

El *Ombudsman* y la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos: un diálogo necesario

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
(coordinador)

CLAUDIO NASH ROJAS
BIANCA ROXANA RUS



DEFENSOR
DEL PUEBLO



CNDH
M É X I C O



Universidad
de Alcalá

PROGRAMA REGIONAL DE APOYO
A LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO
DE IBEROAMÉRICA

2019

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
PROGRAMA REGIONAL DE APOYO A LAS DEFENSORÍAS
DEL PUEBLO DE IBEROAMÉRICA (PRADPI)

El *Ombudsman*
y la Doctrina Internacional
de los Derechos Humanos:
un diálogo necesario

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
(coordinador)

CLAUDIO NASH ROJAS
BIANCA ROXANA RUS



2019

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

ISBN: 978-607-729-549-5

D.R. © Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Periférico Sur núm. 3469, esquina Luis Cabrera,
colonia San Jerónimo Lídice,
Demarcación Territorial Magdalena Contreras,
C. P. 10200, Ciudad de México.

Diseño de portada: Irene Vázquez del Mercado
Formación de interiores: Carlos Acevedo R.
Área responsable: SE

Editado en México: noviembre, 2019



CONTENIDO

NOTA PRELIMINAR	9
PRIMERA PARTE. LA UTILIDAD PARA EL <i>OMBUDSMAN</i> DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	13
<i>Claudio Nash Rojas</i>	
1. Introducción	13
2. La centralidad de los derechos humanos en el diseño institucional latinoamericano: las últimas tres décadas	16
2.1. Los desarrollos institucionales nacionales e internacionales	16
2.2. Hacia una idea robusta de los derechos humanos y su garantía	19
3. Las particularidades del sistema internacional en materia de derechos humanos	22
3.1. Tratados de derechos humanos	22
a) Catálogos de derechos	23
b) Código de conducta	25
3.2. Las resoluciones internacionales (<i>soft law</i>)	38
3.3. Principios de interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos	43
4. Los usos y funciones del DIDH en el rol de los <i>Ombudsman</i>	47

4.1. Las funciones del DIDH	47
4.2. Los usos del DIDH	50
a) Concreción de principios	50
b) Concreción de derechos y libertades	51
c) Llenar lagunas en los catálogos de derechos	54
d) Control de los límites de los derechos humanos	55
e) Inaplicación de normas internas	56
4.3. Las funciones y usos en el rol del <i>Ombudsperson</i> : recapitulación	57
5. El DIDH en el proceso argumentativo de las INDH	58
5.1. Argumentación y convencimiento	59
5.2. Líneas de argumentación para incorporar el DIDH en el razonamiento de las INDH	60
5.3. Líneas de argumentación para incorporar el DIDH en el razonamiento de las INDH en casos de grupos en situación de discriminación	63
6. ¿Por qué utilizar los estándares internacionales es una mejor protección de los derechos humanos?	66
6.1. Cumplimiento de obligaciones internacionales	67
6.2. Efectividad de los derechos	68
6.3. Coherencia del sistema normativo nacional	69
7. Conclusiones	71
Bibliografía	72
Jurisprudencia y doctrina internacional	75
Jurisprudencia nacional	78
SEGUNDA PARTE. EL SOPORTE INTERNACIONAL DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	81
<i>Guillermo Escobar Roca y Bianca Roxana Rus</i>	
1. Recordando conceptos básicos	81
2. Libertad de expresión (agravios a periodistas)	94
3. Derecho a la protección de la salud (expedientes clínicos)	105

4. Derecho al trabajo (salario mínimo)	112
5. Derecho al matrimonio (no discriminación por orientación sexual)	118
6. Derecho a la vida (desapariciones forzadas)	123
7. Libertad de expresión (publicidad oficial)	138
8. Libertad de circulación y residencia (desplazamiento forzado interno)	143
9. Personas privadas de libertad	155
10. Personas migrantes	173
11. Pueblos indígenas	180
12. Conclusiones	189

NOTA PRELIMINAR

Este libro, que aparece simultáneamente con los escritos por las investigadoras del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI), Alejandra Celi (*El sistema interamericano de derechos humanos: vías de intervención de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*) y Tatsiana Ushakova (*Elaboración de Informes para los sistemas universal y regional de derechos humanos: guía práctica para las INDH*), es el último resultado de una ya larga y fructífera colaboración entre la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México y el PRADPI. Las Defensorías del Pueblo vigilan el cumplimiento en la práctica de los derechos humanos en cada país, detectan sus vulneraciones, y recomiendan a los poderes públicos los cambios necesarios para corregirlas y evitarlas en el futuro, y para esta triple tarea necesitan contar con buenas herramientas teóricas y metodológicas, de cara a la formulación de argumentos bien contruidos, capaces de convencer, y ello no siempre en un entorno receptivo ni amigable. En la Universidad estudiamos los derechos humanos, a veces desde una perspectiva demasiado “teórica”, aunque con la ventaja de que somos profesionales de la investigación, con más tiempo y distancia de la realidad, lo que nos permite más fácilmente formular (o al menos lo intentamos) argumentos sólidos y, en la medida de lo posible, dotados quizás de una mayor objetividad: nadie nos elige ni nos controla, y esto tiene algunos beneficios. Como fácilmente se advierte, la colaboración entre Universidad y *Ombuds-*

man es mutuamente enriquecedora: los profesores necesitamos conocer mejor lo que pasa (esto es Sociología de los derechos humanos, y no siempre contamos con los medios suficientes para hacerla bien), y el *Ombudsman* precisa un armazón teórico para fundar mejor sus recomendaciones. Como decía el viejo Kant, una teoría que no sirve para la práctica es una mala teoría, y una práctica sin sustento teórico está condenada a sucumbir al riesgo de la contradicción y la endeblez argumentativa.

En esta ocasión, el proyecto de investigación se centra en la relación entre el *Ombudsman* y el sistema internacional, tema que ya hemos abordado en ocasiones anteriores (véase sobre todo el libro que coordiné en 2008, *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*) y que ahora se actualiza y concreta mejor, desde una perspectiva todavía más orientada a la práctica. Cada vez se demuestra mejor que los Defensores del Pueblo y los diversos mecanismos internacionales (universales y regionales) de garantía de los derechos humanos pueden y deben colaborar, pues su objetivo es común, y las experiencias en este sentido van ganando con el tiempo en cantidad y en calidad.

En concreto, este libro examina la utilidad para el *Ombudsman* de la doctrina de los órganos internacionales de derechos humanos. La primera parte, escrita por el profesor de la Universidad de Chile Claudio Nash, uno de los mejores expertos latinoamericanos en Derecho internacional de los derechos humanos, expone el marco teórico del análisis. Tras una introducción muy útil para entender el estado actual de esta rama del ordenamiento, se centra en la importancia que la misma tiene para la labor del *Ombudsman*, concluyendo que la articulación entre los estándares nacional e internacional de derechos humanos proporciona un marco de referencia insustituible para que los *Ombudsman* defiendan una concepción robusta de tales derechos, incluyendo muy en especial las obligaciones estatales (poco definidas en los tratados y mejor concretadas en el *soft law*): es obvio que si estas no se perfilan con claridad, su exigibilidad resulta más dificultosa. La incorporación de los estándares internacionales debe realizarse mediante argumentaciones que permitan convencer a las

autoridades de que dichos estándares son parte de sus obligaciones y no meras políticas públicas, y aquí la labor de los órganos internacionales es referencia inexcusable. La situación ha dado un vuelco espectacular: ahora el Derecho internacional es muchas veces más exigente que el nacional, y esto tiene consecuencias prácticas indudables.

En la segunda parte, la joven investigadora Bianca Roxana Rus, bajo mi dirección y revisión y siguiendo el marco teórico y metodológico que vengo construyendo desde hace tiempo, ha realizado una muy correcta selección y sistematización de las Recomendaciones Generales de la CNDH de los últimos años, conectándolas con los documentos internacionales que las sustentan. Nuestra intención con este capítulo ha sido no solo contribuir al mejor conocimiento y difusión de una experiencia importante (seguramente sea el *Ombudsman* mexicano quien mejor está aprovechando las potencialidades del Derecho internacional) sino fomentar su extensión a otras Defensorías y, muy modestamente, introducir algunos pequeños añadidos para fortalecerla.

Solo me queda agradecer el continuo apoyo del Presidente de la CNDH, Luis Raúl González Pérez y de la Secretaria Ejecutiva, Consuelo Olvera, felicitar a ambos por su tarea y hacer votos para que nuestras instituciones, que deben continuar trabajando con independencia de las personas concretas que en cada momento las ocupen, sigan colaborando en el futuro, en beneficio del *Ombudsman* y de la Universidad pero también y sobre todo de la mejor garantía de los derechos de las personas, en México, en España y en el resto de Iberoamérica.

GUILLERMO ESCOBAR
Madrid, octubre de 2019

PRIMERA PARTE

LA UTILIDAD PARA EL OMBUDSMAN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CLAUDIO NASH ROJAS

1. INTRODUCCIÓN

La pregunta que guía este libro es cuál es el rol que puede y debe cumplir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el cumplimiento de las labores que son propias de las figuras de las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH), sean estas *Ombudsperson*, defensorías, institutos. Existe un cierto consenso a nivel regional sobre el importante rol que cumplen estos organismos para la efectiva vigencia de los derechos humanos (DDHH) y durante las últimas décadas se han ido consolidando como instituciones fundamentales para la plena vigencia del sistema democrático, el estado de derecho y los derechos humanos. Asimismo, las funciones que desarrollan las INDH se han ido ampliando y hoy abarcan cuestiones tan centrales como la promoción, el control y la protección de derechos humanos.¹

Para poder desarrollar adecuadamente sus labores es necesario que estas instituciones tengan un conocimiento integral de los alcances de la protección de derechos humanos tanto a nivel nacional

¹ Ver Naciones Unidas, Asamblea General. “Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos” (Principios de París). A/RES/48/134, de 4 de marzo de 1994. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/27/PDF/N9411627.pdf?OpenElement>

como internacional. En efecto, los derechos humanos hoy configuran un cuerpo normativo integral que no puede ser dividido sin afectar su efectividad. En dicha senda, los Estados han avanzado las últimas décadas en el desarrollo de importantes instrumentos en el ámbito internacional para complementar la protección nacional en materia de derechos humanos. Este sistema no solo debe garantizar la protección de derechos humanos a través de procedimientos subsidiarios que sean aplicables cuando falla la protección nacional, sino que también debe complementar a los sistemas nacionales en la garantía de estos derechos. Actualmente, los sistemas nacionales y el internacional se complementan y retroalimentan (Nash, 2010).

Por ello, seguir pensando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) solo como un sistema subsidiario, que opera cuando la protección interna falla, es un error que debe ser superado; seguir pensando que la única discusión relevante para las INDH es saber si pueden o no concurrir ante los organismos internacionales, hoy es una discusión superada. De allí que una de las materias que cada vez adquiere mayor relevancia en las experiencias nacionales es establecer adecuadamente cómo operan los estándares internacionales en el ámbito interno.

¿Cuál es el rol que pueden cumplir las INDH en este proceso? Esa es la pregunta fundamental para los derechos humanos en el siglo XXI.

En síntesis, cada vez se hace más necesario que las instituciones nacionales de derechos humanos cuenten con las herramientas adecuadas para realizar sus funciones en materia de promoción, control y protección de derechos humanos bajo un enfoque integral, que incorpore, armónicamente, los estándares internacionales y estos sean un instrumento tan útil y obligatorio como lo son los *estándares* de origen nacional (constitución, leyes, jurisprudencia).

En el contexto descrito, el objetivo de este estudio introductorio es poder analizar de qué manera los estándares internacionales (con sus particularidades propias) pueden ser utilizados en la promoción, el control y la protección de derechos humanos a nivel nacional por parte de las INDH.

En particular, se busca:

- Analizar los procesos de convergencia entre la protección nacional e internacional y sus consecuencias para el trabajo de las INDH.
- Describir las particularidades del sistema internacional en materia de derechos humanos, esto es, poder reseñar cuáles son los elementos particulares que aporta el DIDH (catálogo, estructura).
- Revisar las posibles funciones y usos del DIDH en el trabajo de las INDH.
- Analizar el rol de la argumentación con un enfoque integral de derechos humanos en el trabajo de las INDH.
- Finalmente, establecer algunas cuestiones normativas que se derivan de una visión integral de derechos humanos en el trabajo de las INDH

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, se propone una metodología de trabajo centrada en un enfoque analítico, el cual, sobre la base de la revisión de los principales conceptos, jurisprudencia y prácticas comparadas, permita configurar una mirada integral de los derechos humanos en el ámbito de trabajo de las INDH.

El texto se estructura de la siguiente forma: un apartado inicial en que se desarrollan algunas pinceladas generales sobre el contexto en el que se inserta este estudio, con énfasis en los diseños instituciones nacionales e internacional en materia de derechos humanos; el análisis de las particularidades del sistema internacional, en especial, en materia de reglas comunes (sistema de tratado, normas de *soft law* y reglas de interpretación); las funciones y usos del DIDH en la labor de los INDH; los procesos argumentativos y su utilización por parte de las INDH; y, algunas reflexiones sobre la utilidad de usar estándares internacionales en las labores propias de los INDH en el ámbito nacional.

2. LA CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL LATINOAMERICANO: LAS ÚLTIMAS TRES DÉCADAS

En este apartado buscamos situar el contexto en el que se inserta la discusión sobre la recepción del DIDH en el ámbito interno, los procesos que se han presentado en la región y la forma en que la convergencia entre la protección nacional y la internacional han ido reconfigurando la concepción sobre derechos humanos al interior de los países de la región.

2.1. Los desarrollos institucionales nacionales e internacionales

Desde mediados del siglo XX somos testigos de la configuración, a nivel nacional e internacional, de sistemas normativos preocupados de la protección de derechos humanos (Nowak, 2003). Dichos sistemas se fueron desarrollando en forma paralela y, en una primera etapa, la relación entre el sistema internacional y los sistemas nacionales estuvo marcada por la discusión acerca de la forma de recepcionar las normas internacionales en el ámbito interno, esto es, un debate muy propio del constitucionalismo comparado. Esta relación ha sido resuelta, generalmente, mediante decisiones normativa-constitucionales que han establecido procedimientos de adopción de obligaciones internacionales y de recepción interna, así como la jerarquía de dichas obligaciones de origen internacional (Dulitzky, 1996). A partir de dicho proceso, la visión tradicional sobre la relación derecho interno – derecho internacional ha girado en torno a ciertos temas puntuales o ciertos “puntos de contacto” de carácter formal.²

La etapa de incorporación formal ha dado paso a una segunda etapa caracterizada por la incorporación sustantiva de los estándares desarrollados en el ámbito internacional, para resolver cuestiones internas de los Estados (Nash y Núñez, 2017). Esta etapa está marca-

² Por ejemplo los temas propios del agotamiento de los recursos internos o el cumplimiento de las resoluciones internacionales en el ámbito nacional.

da por dos procesos: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial. En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional, sea con el surgimiento de nuevos textos (Brasil 1988, Colombia 1991, Venezuela 1998), sea por medio de la reforma de los mismos (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005), sean por la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989, Colombia 1991). Este proceso de mayor institucionalización ha permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad en materia de derechos humanos. Es importante tener en consideración que este desarrollo ha ido más allá de lo constitucional y explica los procesos de transformación legislativa en materia de procedimientos, estructuras institucionales de justicia, por mencionar algunos hitos. Dichas reformas no han sido neutras, sino que han tenido objetivos claros y precisos: por una parte, obtener una garantía de los derechos y que estos se encuentren al alcance de las personas; por otra, desarrollar sistemas nacionales compatibles con los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

En materia jurisprudencial, el proceso más interesante se ha dado en el ámbito de la jurisprudencia latinoamericana, la que ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos, en especial los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para resolver casos a nivel nacional. Claros ejemplos de esto los encontramos en los razonamientos de los tribunales nacionales que han incorporado estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado; nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia, no serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional.³

³ Ver *Diálogo Jurisprudencial*, editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) desde 2006 y con 19 volúmenes a la fecha (junio 2019).

Este proceso de convergencia se va dando en paralelo a un profundo desarrollo de la protección de derechos humanos a nivel internacional. Lo que hoy conocemos como Derecho Internacional de los Derechos Humanos comenzó a desarrollarse como parte de un esfuerzo colectivo por establecer un nuevo orden internacional desde fines de la segunda guerra mundial (Glendon, 2011). Dicho orden buscaba, fundamentalmente, poder controlar a los Estados y establecer límites a la soberanía que debían ser cuidadosamente vigilados desde la comunidad internacional.

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales durante las últimas décadas se ha traducido en la consagración de amplios y vastos catálogos de derechos humanos y en la creación de mecanismos de promoción y protección internacionales de estos derechos. Tanto en el sistema de Naciones Unidas (ONU) como en el de la Organización de Estados Americanos (OEA) se ha desarrollado un sistema complejo, con instrumentos que consagran completos catálogos de derechos y, además, que regulan las condiciones de su implementación (Declaraciones, Pactos, Convenciones, entre otros); se han diseñado mecanismos de control y protección, donde se han establecido órganos (Consejo DDHH y comités en Naciones Unidas; Comisión y Corte en el sistema interamericano) y procedimientos asociados a dichos órganos (informes de distinta naturaleza, resoluciones internacionales, mecanismos de protección y promoción).

Tal como ha sucedido a nivel local, a nivel internacional también es posible observar un proceso a través del cual se va complejizando la garantía de los derechos humanos. A través de distintos instrumentos, principalmente los tratados internacionales en la materia, se han ido configurando estándares normativos que buscan complementar la protección de los derechos humanos a nivel nacional, tanto los temas como la profundidad en que estos son tratados van siendo progresivamente más amplios y más profundos. Por su parte, la protección de derechos a través de la actuación de los órganos internacionales, también ha evolucionado, dando cuenta de un rol cada vez más activo y profundo en la labor de estos órganos internacionales

en materia de derechos humanos (Mac-Gregor y Pelayo, 2012; Ayala, 2013).⁴

2.2. Hacia una idea robusta de los derechos humanos y su garantía

La principal consecuencia de la centralidad asignada a los derechos humanos a partir del fin de la Guerra Fría, a nivel mundial y, particularmente en Latinoamérica, ha sido el desarrollo de un cuerpo normativo tanto a nivel nacional e internacional que ha estado acompañado de un sistema institucional (organos y procedimientos) para garantizar su efectividad. Estos dos sistemas, si bien se han ido desarrollando en forma paralela, en las últimas décadas han ido crecientemente convergiendo hacia una protección integral y única de derechos humanos. Este desarrollo ha sido destacado por la doctrina como un proceso de “internacionalización” del derecho constitucional y de “constitucionalización” del DIDH (Mac-Gregor y Pelayo, 2012).⁵

⁴ Este fenómeno ha sido reconocido por la propia Corte IDH quien en su informe del año 2010, indicó “Durante 2010 el ‘diálogo jurisprudencial’ entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia” (Corte IDH. Síntesis del informe anual de la Corte IDH correspondiente al ejercicio 2010 que se presenta a la comisión de asuntos jurídicos y políticos de la OEA, 18 de marzo de 2011, párr. 4).

⁵ La internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos correspondería a aquel proceso que se inicia, progresivamente, tras la segunda guerra mundial y mediante el cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos fundamentales. La constitucionalización del DIDH, por su parte, se relaciona con la progresiva aplicabilidad del DIDH en el ámbito interno, a través de diversas fórmulas y cláusulas constitucionales.

El resultado de dicha convergencia (internacionalización y constitucionalización) ha traído consigo que los derechos humanos tengan una doble fuente normativa: nacional e internacional que obligan a los poderes estatales encargados de implementarlos (Ayala, 2013).

En el marco de este proceso de convergencia sustantiva⁶ es importante prestar atención para nuestro estudio —por sus implicancias teórico-prácticas para la garantía de los derechos humanos— al hecho que la recepción nacional de estándares internacionales ha permitido la configuración de una concepción robusta de derechos fundamentales (Nash, 2010).⁷ Esta concepción robusta de derechos fundamentales tiene implicancias a distintos niveles: (a) se ha ampliado la base normativa, que en materia de derechos humanos ya no está limitada a los derechos de origen nacional (constitución, leyes); (b) los mecanismos de protección internacional desarrollan los contenidos mínimos de los tratados y esos criterios deben ser considerados a nivel nacional con la misma fuerza obligatoria que aquellos de origen nacional; (c) la mirada integral de los derechos humanos ha dotado de una mayor legitimidad al discurso sobre los derechos humanos (Sikkenk, 2016).

Al poner esta visión robusta de los derechos humanos en el centro de la actividad del Estado, la consecuencia lógica ha sido una mayor preocupación por la efectividad de estos y, por tanto, la necesidad de diseñar mecanismos efectivos para su garantía. No tendría ningún sentido ampliar el contenido y la profundidad de los derechos en un sistema normativo nacional si no se establecen mecanis-

⁶ La incorporación formal se refiere al proceso mediante el cual la norma de DIDH pasa a tener valor en el ordenamiento jurídico interno, esto es, pasa a ser norma integrante del corpus iuris del Estado. Por su parte, la incorporación sustantiva se basa en la adopción de estándares sustantivos desarrollados por el sistema internacional de derechos humanos, para resolver cuestiones institucionales, normativas y jurisdiccionales al interior de los Estados (Nash y Núñez, 2017).

⁷ Claros ejemplos de esta recepción encontramos en los razonamientos de los tribunales constitucionales y tribunales ordinarios en temas como obligaciones positivas de los Estados, restricciones y juicio de ponderación, bloque de constitucionalidad, estado de cosas inconstitucional, entre otras. Cada una marcada por las tendencias internacionales en materia constitucional y por los avances en la jurisprudencia internacional.

mos que hagan efectiva su vigencia. Por tanto, los mecanismos de garantía son parte esencial de los derechos humanos en la región (Escobar, 2005).

La garantía de los derechos humanos puede darse por vía jurisdiccional, a través de los órganos judiciales ordinarios (tribunales de justicia) y especializados (cortes constitucionales) o no jurisdiccional (normativa y órganos administrativos). Las garantías deben verse reflejadas no sólo en los órganos y procedimientos (principalmente recursos y procedimientos jurisdiccionales), sino también en las prácticas asociadas a dichas instituciones. Es, precisamente, en el marco de las garantías no jurisdiccionales que se han desarrollado las INDH en la región, sea en su formato de defensorías, *Ombudsperson* o institutos de derechos humanos (Plascencia, 2015; Escobar, 2012). Estas instituciones cumplen un importante rol en un estado de derecho, en tanto buscan controlar la actividad de los poderes del Estado ejerciendo un contrapeso a las instituciones que ejercen el poder en un sistema democrático. Sus principales funciones son: la promoción y la protección de derechos humanos. Mas, este rol debe ser entendido de una manera dinámica y no conservadora, esto es, las INDH tienen como objetivo preservar, pero también ampliar la protección de derecho (Principios París: A.3.a.) y para ello debe revisar la legislación, las prácticas institucionales y las situaciones de violación de derechos humanos (en general y en materias específicas), proponer medidas y preocuparse de la educación en derechos humanos (Principios París, A.3)

Para cumplir adecuadamente con dichas funciones, las INDH deben tener en consideración el sistema de derechos humanos en su integralidad y, por ello, es necesario incorporar los estándares internacionales de derechos humanos. Al respecto los Principios de París, señalan que será función de las INDH “promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva” (Principios París: A.3.iv.b).

Por tanto, para poder cumplir con sus funciones, las INDH deben tener cabal conocimiento del DIDH y de las consecuencias que este tiene para la actividad estatal. Solo desde dicho conocimiento se podrán incorporar en sus mecanismos de trabajo como parámetro de cumplimiento por parte del Estado de sus compromisos en materia de derechos humanos (Escobar, 2008).

3. LAS PARTICULARIDADES DEL SISTEMA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

A continuación, pasamos a revisar las particularidades del sistema internacional de derechos humanos que son relevantes para el cumplimiento de las funciones de las INDH. Dividiremos este apartado en tres partes, las normas relativas a los tratados de derechos humanos, las resoluciones internacionales (*soft law*) y las reglas sobre interpretación.

3.1. Tratados de derechos humanos

El primer análisis lo debemos dedicar a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El sistema internacional ha tendido a una fuerte codificación en materia de derechos humanos. Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe⁸ y, por ello, es importante tener en consideración que los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin la protección de los individuos bajo la jurisdicción del Estado. Esta finalidad es el elemento sustancial para determinar el cumplimiento de buena fe por parte de las autoridades estatales (Nowak, 2003; Mc Gregor y Pelayo, 2012).

A continuación, estudiaremos los catálogos de derechos, y el código de conducta o reglas comunes que establecen para los Estados. Todo ello, a la luz de las funciones propias de las INDH.

⁸ Ver: artículo 26 Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969).

a) *Catálogos de derechos*

Los catálogos de derechos humanos a nivel internacional son la positivización en instrumentos de carácter internacional de derechos y libertades en los que existe un amplio consenso sobre la necesidad de garantizarlos frente al poder estatal (Peces-Barba, 1999).

Un primer aspecto a considerar en relación con los catálogos de derechos contenidos en los instrumentos internacionales es el papel que juega la dignidad de la persona humana en el sistema normativo internacional. La dignidad es el valor hacia el cual debe propender todo el sistema normativo de derechos humanos. Esto tiene consecuencias normativas, ya que este valor central funda el contenido de los derechos humanos y, por tanto, todo el sistema y su aplicación deben propender a la realización de este valor. Mas, este es un término cuyo contenido es discutido y debemos dotarlos de un grado de concreción ya que cada intérprete o aplicador del sistema de derechos humanos podría dar un contenido distinto y, con ello, se desnaturaliza su rol unificador del sistema (Garzón Valdés, 2006).

Por esta razón, los instrumentos internacionales se han preocupado de desarrollar un cuerpo de principios que permitan dar concreción a una idea común de dignidad. Así, en los catálogos internacionales se produce una interesante confluencia de al menos tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos, estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de DDHH. Los derechos y libertades consagrados internacionalmente, contiene derechos de libertad (tanto positiva como negativa), derechos de igualdad (ante la ley, ante otros, material) y, derechos de participación (derechos políticos en sentido estricto).

Como sistema codificado, el sistema normativo internacional se basa en una estructura sistemática, donde sus principios estructuran las soluciones particulares y solo en la medida que haya concordancia entre el valor de la dignidad humana, los principios estructurales y

las normas y sus interpretaciones, el sistema se legitima. De ahí la centralidad que tienen los principios en el sistema, en tanto valores estructurantes de los sistemas codificados.

En cuanto a la estructura de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales, el punto de partida es una constatación: el sistema está compuesto por normas jurídicas. Dentro de las normas podemos distinguir principios y reglas. Los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán hechas o cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.⁹

El sistema internacional es un sistema complejo en el que los derechos contenidos en los tratados están expresados como principios y reglas (Alexy, 2002: 115-138). En este sistema complejo es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente (Prieto, 2003: 175). La forma en que el derecho resuelve estas situaciones está determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto: a) Los conflictos entre principios se resuelven a través de mecanismos de ponderación y b) los conflictos entre reglas se resuelven a través de mecanismos de preeminencia (ley que anula, ley rango superior, entre otros) (Alexy, 2002). Lo relevante en el caso de los conflictos entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la

⁹ Sobre el juicio de ponderación se ha escrito mucho, los textos más relevantes que he tenido en consideración y que son necesarios que para tener una visión general del tema en los sistemas normativos estudiados, son: Alexy, 2002: 90-98 y 160-172; Prieto, 2003: 175-216.

mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los derechos consagrados como principios no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implica la anulación o invalidez práctica de estas normas.¹⁰

Por tanto, los catálogos de derechos consagrados internacionalmente complementan los derechos recogidos en el ámbito nacional. Como estos pasan a ser parte del sistema jurídico interno, para las INDH es relevante tener en consideración que los catálogos de derechos humanos consagrados internacionalmente tienen una estructura compleja, tienen vertientes culturales diversas y se expresan a través de normas jurídicas de distinto tipo (principios y reglas). Por tanto, para utilizar los estándares internacionales es necesario determinar cuáles son los principios que inspiran los derechos y libertades, si están expresados en forma de principios o reglas. En particular, en materia de conflictos entre derechos, las INDH deberán determinar qué tipo de conflicto es el que se presenta en la realidad y utilizar adecuadamente los mecanismos para su resolución, o bien, para guiar su resolución por parte de las autoridades llamadas a resolverlos en cada situación particular.

b) Código de conducta

Si bien los catálogos de derechos consagrados internacionalmente son una contribución a la protección nacional ya que permiten complementar las normas contenidos en los instrumentos de origen na-

¹⁰ Según Prieto "los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario" (Alexy, 2002: 187).

cional en materia de derechos humanos, particularmente los catálogos constitucionales, su aporte es más profundo que esto. La principal aportación que han hecho los tratados de derechos humanos es el desarrollo de un código general de conducta de los Estados respecto de cada uno de los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales. Este código de conducta es lo que en derecho internacional se conoce como “reglas comunes” que configuran un complejo sistema de obligaciones generales, límites legítimos, sistemas de responsabilidad y reglas de interpretación. A continuación, desarrollamos cada uno de estos aspectos en sus aspectos centrales para su uso a nivel nacional (salvo sistema de reglas interpretativas que lo analizaremos en forma separada).

— Obligaciones generales

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de dos obligaciones principales: respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, en conjunto con el principio de igualdad y no discriminación.¹¹ Estas obligaciones deben ser cumplidas respecto de cada derecho o libertad consagrada internacionalmente y de ahí la importancia que tienen en materia de control de la actividad de las autoridades en materia de derechos humanos que desarrollan las INDH en el ámbito nacional. Estos son los estándares que deben utilizar las INDH cuando deben resolver materias propias de las funciones que le son asignadas.

La *obligación de respeto* consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación está definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo de

¹¹ En este sentido no estoy pensando en una división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino que determinando las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

cada derecho o libertad en concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y están determinadas por cada derecho o libertad. Por ejemplo, en materia de prohibición de tortura, el mandato es claramente un mandato de abstención: no torturar; en cambio, en el caso del derecho a la protección judicial, el mandato es de hacer, en concreto, establecer un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos humanos. En consecuencia, lo que define el cumplimiento o incumplimiento, es la adecuación de la conducta al mandato normativo, lo que puede implicar una acción o una abstención de la autoridad estatal.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas.¹² Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo impliquen la adopción de políticas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho.¹³ En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos requisitos

¹² En este sentido, derechos que no son considerados tradicionalmente como derechos prestacionales implican un fuerte componente prestacional. Se puede pensar a modo de ejemplo lo que implica tener un sistema judicial que garantice un debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.

¹³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es *to take steps*, en francés es *s'engage à agir* ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General Núm. 3.

mínimos: deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y se debe evitar la adopción de medidas de carácter regresivo (Abramovich y Courtis, 2004). Las INDH deben controlar que las autoridades cumplan efectivamente con estas medidas (planificación, implementación y evaluación) de garantía de los compromisos estatales en materia de derechos prestacionales.¹⁴

La *obligación de garantía*, por su parte, consiste en la obligación que asume el Estado de asegurar, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva del goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen (Mc Gregor y Pelayo, 2012). La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía:

- a) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. Estas consisten, entre otras, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional; dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio; y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso de que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. De la misma forma, deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y la población.
- b) El deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos. El Estado tiene la obligación de amparar a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por

¹⁴ El mandato general de “seguimiento de las actuaciones de la autoridad” por parte de las INDH es central en materia de políticas públicas con un enfoque de derechos humanos (Escobar, 2008: 29).

privados.¹⁵ En este sentido, el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. Para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas se debe estar ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser efectiva y proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple solo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

- c) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos. En el ámbito de la reacción frente a violaciones el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso de que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados, de forma tal de evitar la sensación de impunidad.¹⁶

¹⁵ Si bien hay autores, por ejemplo Nowak, 2003: 23-30; y Abramovich y Courtis, 2004: 31 (aunque aclaran que es una postura simplemente convencional, no sustantiva), que autonomizan esta obligación, no me parece que pueda ser explicada al margen de la obligación general de garantía. La autonomía de la protección por parte del Estado en casos concretos de amenaza, no requiere de un razonamiento distinto en cuanto a la actividad del Estado que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos amenazados, ya sea por agentes del Estado o por privados.

¹⁶ “La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del

d) Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control. En el caso de la CADH y del Pacto, la obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.¹⁷ Pero la obligación de cooperar no se agota en la producción y entrega de información, sino que exige también colaborar para que los órganos internacionales puedan cumplir adecuadamente con sus funciones.

Para las INDH las obligaciones generales son un parámetro de actuación para controlar la actividad de las autoridades respecto de los derechos y libertades contenidos en los tratados internacionales. La única forma en que los DDHH logran ser gozados y ejercidos por los individuos es que estos sean incorporados dentro del actuar de los distintos poderes estatales. Por ello, las INDH al momento de realizar su ejercicio de control y protección de DDHH, deben utilizar como parámetros de control las distintas facetas de la obligación de garantía.¹⁸ Esta es la forma en que se puede exigir de las autoridades la adopción de medidas positivas de prevención, protección, investigación y sanción y cooperación con una base normativa sólida.

Finalmente, en materia de obligaciones generales es relevante para la aplicación interna de las obligaciones de respeto y garantía es que estas deben darse en condiciones de igualdad y *no discrimi-*

derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción" (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 110).

¹⁷ Comité de Derechos Humanos. Caso Massera et. al Vs Uruguay. Comunicación N° 5/1977. Resolución de 15 de agosto de 1979, párr. 43.

¹⁸ Sobre el rol de los parámetros de control como un instrumento de mejora de las condiciones de los derechos humanos y no solo como una medida "conservativa", ver: Escobar, 2008: 29.

nación.¹⁹ Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*.²⁰

La acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un elemento comparativo, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma diferenciada (entre quienes están en igual condición) o similar (entre quienes están en desigual condición). El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma directa e inmediata sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos que en forma indirecta lo permitan, o bien, por medio de la omisión de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienten, entre otras.

Empero no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo.²¹

¹⁹ El Comité de Derechos Humanos ha definido la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Comité de Derechos Humanos. Observación General Núm. 18, párr. 7).

²⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

²¹ El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos: “[...] el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son **razonables y objetivos** y lo que se persigue es lograr un **pro-**

Hay dos cuestiones que son importantes para las INDH y que deben tenerse en consideración en relación con las obligaciones generales en materia de igualdad y no discriminación. Primero, que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente.²²

Segundo, según lo ha establecido la Corte Interamericana, las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, las obligaciones de las autoridades en materia de derechos humanos deben “determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección [...]”²³ y que atendidas estas particularidades surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.²⁴ Así, frente a las situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho (condiciones personales o situación generalizada), no basta con las medidas generales, sino que el Estado está en la obligación de adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado.

Estas medidas especiales son exigibles para el Estado cuando está en conocimiento de la situación de vulnerabilidad y deben ser efectivas en el marco de las competencias de las autoridades.²⁵ Esta

pósito legítimo en virtud del Pacto” (Comité de Derechos Humanos. Observación General Núm. 18, párr. 13). El destacado es nuestro.

²² A modo de ejemplo, ver artículo 24 de la CADH y artículo 26 del PIDCP.

²³ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

²⁴ *Ibidem.*, párr. 154.

²⁵ “Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada [...] para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de in-

es una materia vinculada directamente con el control que realizan las INDH en el ámbito nacional. Los informes de las INDH, sus recomendaciones, la resolución de casos, la interposición de acciones judiciales, entre otras medidas, son las que permiten crear un escenario donde las autoridades no puedan alegar desconocimiento de las situaciones de violaciones de derechos humanos en materia de discriminación. Visibilizar estas situaciones es una función central de las INDH para obligar a la adopción de medidas en el ámbito de competencias de las autoridades locales.

— Límites

Frente a las obligaciones internacionales en materia de DDHH puede darse la circunstancia de que el Estado esté autorizado para adoptar medidas que afectan el pleno goce y ejercicio de algunos derechos humanos, sin que esto constituya una violación de sus compromisos internacionales. Estos límites, para ser legítimos, deben cumplir con los requisitos de forma y fondo consagrados internacionalmente. Los tratados internacionales regulan dos formas de límites legítimos: la restricción y la suspensión de derechos.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la *restricción de derechos* por parte del Estado. La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por los compromisos internacionales, los que exigen el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

Los elementos que deben concurrir para una restricción legítima de derechos son: legalidad, objeto legítimo y necesidad en una sociedad democrática.²⁶

dividuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo" (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 155).

²⁶ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr.161 y Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121.

- a) Respeto del principio de legalidad. El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida restricción del ejercicio de un derecho humano, deben estar establecidas por ley.²⁷ Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión “ley” implica exigencias de forma y materiales. El artículo 30 de la CADH establece expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas “por razones de interés general”, lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones.
- b) Objetivo legítimo. El segundo límite es que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros.²⁸ Asimismo, hay derechos con posibilidades de restricción particular, como por ejemplo, que la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su “función social”.
- c) Respeto de la necesidad en una sociedad democrática. De acuerdo a la interpretación que han hecho los órganos de control internacional la medida de restricción deberá cumplir con los siguientes elementos: necesaria, adecuada y proporcional. Por “necesaria” se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. La autoridad debe demostrar que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restricti-

²⁷ A modo de ejemplo, ver artículos 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y artículos 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

²⁸ CADH, artículos 15 y 16.

vos que los empleados. La medida será “adecuada” cuando sea conducente para obtener el resultado buscado mediante la restricción de ese derecho particular; y la “proporcionalidad propiamente tal” dice relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que, si la hay una alternativa menos gravosa, debe emplearse esa alternativa.²⁹

En cuanto a la posibilidad de *suspensión de derechos*, el artículo 4 del Pacto y art. 27 de la CADH permiten a los Estados partes suspender temporalmente algunas obligaciones contraídas en virtud de dicho tratado. Para que la suspensión de derechos sea legítima debe concurrir elementos formales y sustantivos que incluyen: a) las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado; b) los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; c) un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten; d) la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias; e) la prohibición de suspender obligaciones cuando esta suspensión es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos; y, f) cumplimiento de aspectos formales.

En el ámbito de los límites legítimos el rol que deben cumplir las INDH es insustituible. Estamos hablando de la posibilidad de una afectación legítima al pleno goce y ejercicio de derechos humanos por parte de quien es el destinatario de la obligación. En una sociedad democrática los límites deben ser aplicados en forma estricta y bajo control. El control puede ser judicial, pero no es la única forma —probablemente tampoco la más importante— ya que en la práctica el principal control es el que pueden ejercer en forma rápida y oportuna las INDH. En su labor de protección las INDH deben obser-

²⁹ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

var a la autoridad: cuando se están realizando restricciones sin base legal; cuando la base legal no está fundada en el bien común; cuando los objetivos de las restricciones no sean compatibles con estándares internacionales; cuando en la práctica de los órganos estatales las medidas de restricción no sean necesarias, idóneas y proporcionales; cuando la suspensión de derechos no tenga base fáctica; cuando no sea proporcional; cuando no estén garantizados los recursos legales efectivos, entre otros. En estos casos, se deben recomendar por parte de las INDH cambios legislativos y de prácticas estatales para asegurarse que los límites a los derechos humanos siempre sean los menos y ejecutas en forma estricta. Además, cuando proceda, se deberán tomar las medidas necesarias (judiciales, administrativas o de otro tipo) necesarias para evitar que se produzcan violaciones o si estas ya se han producido, propender a su cese inmediato.

— Sistema de responsabilidad

Por último, las reglas generales contenidas en los tratados internacionales configuran el marco en el que se configura la responsabilidad internacional de los Estados.

En el derecho internacional público la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado, a través de un tratado o del derecho consuetudinario. Los elementos que componen el hecho ilícito internacional son los siguientes: a) existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y b) que dicho acto sea atribuible al Estado (CDI, 2001: art. 2).

Respecto de la responsabilidad por actos de privados, el sistema internacional ha establecido que el Estado puede llegar a ser responsable en estos casos atendida su falta de respuesta frente a estas acciones privadas que de haber sido provocadas por sus agentes constituirían violaciones de derechos.³⁰ Por tanto, el Estado puede

³⁰ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 172; Comité de Derechos Humanos. Observación General Núm. 31, párr. 8.

ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), o bien, dicha responsabilidad puede emanar de una omisión del Estado de actuar en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales.

Para las INDH esta es una cuestión a tener en cuenta porque al momento de controlar a las autoridades y emitir sus recomendaciones e informes, es importante que hagan ver que el incumplimiento en que se pueda estar incurriendo puede hacer al Estado responsable internacional. Este es un argumento que puede ser persuasivo en algunos casos y en otros, será el necesario cumplimiento del rol preventivo que deben desarrollar las INDH respecto de las autoridades estatales.

Por último es importante tener presente que cuando se configura responsabilidad internacional del Estado, además de mantenerse la obligación de cumplir con la obligación original, surge una nueva obligación para el Estado, cual es la de reparar el daño producido por el ilícito internacional (CDI, 2001: arts. 34 y ss.). La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos es un concepto que se ha instalado como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos.³¹ En el ámbito del DIDH se ha asumido una concepción amplia del concepto de reparación integral y se han dispuesto actuaciones del Estado que comprenden medidas de restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición.³² Una cuestión importante que considerar

³¹ En la Convención Americana sobre Derechos Humanos este principio se recoge en forma explícita en el artículo 63.1.

³² El Comité de Derechos Humanos ha señalado: "El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos" Comité de Derechos Humanos. Observación General Núm. 31, párr. 16. Asimismo, un interesante paso en esta

es que el DIDH ha centrado su atención en materia de reparaciones en la persona de la víctima y, respecto de la sociedad en su conjunto, en la garantía de no repetición. (Principios ONU, 1994)

Las consecuencias de la responsabilidad internacional (cese de la violación, reparación y garantías de no repetición) son un elemento esencial para el ejercicio de control y protección que deben desarrollar las INDH. Frente a violaciones de derechos humanos, es importante que las INDH insten por su reparación y pueden recomendar medidas acordes a los estándares internacionales cuando se pronuncien sobre materias y situaciones en las que se ha configurado una violación de derechos humanos. En este sentido, no es necesario que un caso llegue a la sede internacional para que se repare conforme a los estándares internacionales de derechos humanos ya que la responsabilidad internacional surge al momento de producirse el ilícito atribuible al Estado.

3.2. Las resoluciones internacionales (*soft law*)

En Derecho Internacional, además de los tratados y la costumbre internacional, existen otras fuentes que pueden tener un papel relevante en materia de derechos humanos: las resoluciones de los órganos internacionales.³³ A diferencia de tratados internacionales, el valor jurídico de estos instrumentos se discute.³⁴ Este debate resulta importante en materia de recepción del DIDH en el ámbito interno

material se dio el 16 de diciembre de año 2005, ya que mediante Resolución 60/147, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

³³ La Asamblea General de las Naciones Unidas, establecida en 1945 por la Carta de Naciones Unidas, es el órgano principal de la organización en el que están representados todos los Estados miembros. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos es el órgano supremo y deliberativo de la organización, establecida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos en 1948.

³⁴ A menudo las organizaciones internacionales son autorizadas por su carta constitutiva para dictar resoluciones de carácter obligatorio, generalmente, pero no únicamente, en asuntos relacionados con su funcionamiento interno.

porque está vinculado con la pregunta ¿qué es lo que se recepciona cuando se habla de instrumentos internacionales aplicables en el ámbito interno?

Se han planteado diversos argumentos para asignar valor jurídico a las resoluciones de organizaciones internacionales. En primer lugar, es necesario tener en consideración que es el propio sistema diseñado por los Estados el que contempla la creación de organismos que tienen como fin interpretar los instrumentos y darles efectividad a través de las funciones que les son asignadas o las que se entienden necesarias para el cumplimiento de dichos fines. En este sentido, el juez de la Corte Internacional de Justicia, Antonio Cançado Trindade, sostiene que el sistema internacional no contempla un sistema jerárquico de fuentes, por lo que no corresponden descartar los efectos jurídicos de fuentes distintas a la de los tratados (Cançado, 2005).

Es posible sostener que la cuestión relativa a la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales conocidos como resoluciones internacionales no es una cuestión que se agote en las formas jerárquicas, sino que está vinculada con las razones para su consideración y el contexto de las mismas (Escobar, 2008). Así, una resolución que contenga una simple interpretación de una disposición de la Carta, debería ser considerada como vinculante para los Estados miembros de la ONU, ya que gozaría del mismo status legal que la propia disposición interpretada. Esta posición ha sido defendida sólidamente por la doctrina en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y lo mismo ha sucedido con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que se considera una elaboración de la Carta de la OEA (Nikken, 1987: 286-7; Brownlie, 1990: 699; Schachter, 1994).³⁵ De la misma forma, los tratados contemplan la creación de organismos a los que se les asigna como función la interpretación del contenido y alcance de los derechos contenidos en

³⁵ Ver también Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A Núm.10, párr. 43.

los tratados, por lo que las resoluciones que estos organismos emiten en el cumplimiento de sus funciones debería ser considerado una interpretación auténtica de los mismos y conservar su fuerza obligatoria (Escobar, 2008).

Igualmente, se puede sostener que, en la medida en que una resolución contiene expresamente el deseo de los que la adoptan de que la violación de lo allí contenido constituya una violación de la Carta de las Naciones Unidas, esa resolución constituye un compromiso internacional, por lo menos para aquellos Estados que votaron a favor de la resolución (Pocar, 1995:142). Asimismo, el voto de la Asamblea General puede llegar a representar, acompañado de otras manifestaciones, la práctica necesaria y suficiente para crear una norma de derecho consuetudinario, ya que constituiría tanto una expresión de la conducta objetiva de los Estados como una manifestación de la *opinio juris* (Pocar, 1995).³⁶

De igual forma, en los sistemas de protección de derechos humanos (Naciones Unidas y OEA) se contemplan procedimientos cuasi-judiciales de protección (casos individuales) donde los Estados crean los órganos que realizan el control, crean el procedimiento a través de los tratados respectivos, nombran a sus miembros y participan con plenos derechos en la tramitación de los casos; finalmente, cuando pierden, señalan que no son obligatorios. Esto es claramente una violación al principio de buena fe.

Ninguna de las opiniones atribuye a una resolución la capacidad de crear, por sí sola, obligaciones para los Estados, pero ellas señalan los criterios que deben guiar el examen de la misma para decidir qué valor jurídico tiene. Cada resolución debe ser examinada para ver:

- (i) si es una elaboración de una disposición contenida en un tratado;
- (ii) si aparece de manifiesto en la misma que los Estados consideran su violación como una violación de la Carta;

³⁶ *Ibidem*.

- (iii) si la resolución puede, en conjunto con otros actos, constituir práctica y *opinio juris* suficiente para considerar el contenido de la resolución como normas de derecho consuetudinario (Higgins, 1994: 17-38).

Para las INDH es relevante tener presente que si bien no puede atribuirse a la resolución fuerza vinculante para todos los Estados o para los Estados firmantes, las resoluciones juegan de todos modos un papel principal en materia de obligaciones internacionales para los Estados. Así, dependiendo del número de Estados que la firmaron y de la representatividad de los mismos (por ejemplo, si los Estados provienen de las distintas regiones del mundo), la resolución será una guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido de un derecho humano establecido en algún tratado. Asimismo, no es infrecuente que los órganos de supervisión internacionales recurran a ellas, considerándolas una explicación de disposiciones más generales contenidas en los tratados, en cuyo caso la resolución adquirirá fuerza por haber sido incorporada a la jurisprudencia.³⁷

Por tanto, en el ámbito internacional y en el nacional es perfectamente posible que un instrumento que no tenga las características propias de un tratado, pueda llegar a tener fuerza vinculante en la medida que se den ciertas condiciones de contexto. Estas condiciones dicen relación con el órgano que dicta la normativa, el objeto de reglamentación, las formalidades que concurran en su dictación, entre otras.

Un ejemplo en este sentido son las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad.³⁸ En materia de acceso a la justicia existe un amplio catálogo de normas

³⁷ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Manzano c. Perú)*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C Núm. 71, párr. 73; *Caso Castillo Petruzzi*, Sentencia 30 de mayo 1999, Serie C Núm. 52, párr. 139.

³⁸ Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008.

en el sistema interamericano, principalmente,³⁹ el derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y a un recurso efectivo (artículo 25); como asimismo está vinculado al derecho a la igualdad (artículo 1.1 y 24) y a la libertad y seguridad personales (artículo 7). Ahora, el contenido de las Reglas de Brasilia, no es sino una expresión concreta del alcance que se pretende dar al derecho de acceso a la justicia en el actuar de las instituciones nacionales dedicadas a la defensa judicial. No estamos ante un instrumento que contemple nuevos derechos o que plantee la necesidad de formular un nuevo proceso de codificación de las normas relativas a los derechos de los sectores desaventajados de la sociedad.⁴⁰

Cuando un instrumento es dictado por una instancia de discusión especializada de las instituciones superiores de justicia de la región, busca desarrollar estándares de conducta para concretar la obligación de respeto y garantía de que son destinatarias en materia de derechos humanos, podemos entender que estamos frente a una obligación especial, que debe ser cumplida como parte de la observancia de la obligación principal que este instrumento accesorio desarrolla. Esta interpretación no es extraña a las normas de derecho internacional. Tampoco es desconocida para el desarrollo de las nor-

³⁹ En este sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos vs. Argentina, 28 de noviembre de 2002, párr. 52; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 402. Ver también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.LN/II, Doc. 68, 20 enero de 2007. Por su parte, también para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el acceso a los tribunales comprende diversos derechos en favor de las partes, los que se relacionan tanto con la organización y composición de las instituciones judiciales, como con la sustanciación de los procesos, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Brualla de la Torre v. Spain*, 19/12/1997, 155/1996/774/975. En el mismo sentido, puede verse el Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Leandro Despuy, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/8/4 13 de mayo de 2008, p. 7.

⁴⁰ El artículo 1 de las Reglas señala: “Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”.

mas sobre derechos humanos y es particularmente amigable con la forma de interpretación de las normas de derechos humanos, especialmente con las normas de interpretación.

3.3. Principios de interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos

Para comprender de mejor forma los alcances de los tratados y normas de *soft law* para el cumplimiento de las funciones propias de las INDH en la región, es útil analizar los alcances de las reglas de interpretación en materia de derechos humanos. Las normas para la interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de la Convención de Viena establece que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Para efectos de la interpretación de las obligaciones internacionales del Estado, el contexto de un tratado comprende: a) el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo; y c) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él (art. 31.2 a) y b) de la Convención Derecho de los Tratados).

La formulación de la norma del artículo 31 consagra la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación, sin que haya entre ellos ninguna jerarquía y, en consecuencia, toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta, simultáneamente, la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin de este.

La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico, que se refleja en la amplitud del concepto “el contexto del tratado”, ya que los instrumentos formulados con el objeto de interpretar un tratado

son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes, pueden entenderse como una interpretación que éstas han dado al acuerdo primero.⁴¹

Las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo.

También existe reciprocidad entre las fuentes internacionales y las domésticas. Los principios generales del derecho se originan en el derecho interno de los Estados, que puede ser fuente de normas internacionales, así como criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales. Por otra parte, la interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los Estados Partes del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos.

Por su parte, la interpretación pro persona es fundamental en materia de derechos humanos. Si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que éstos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. Esto ha sido reiterado por la Corte Interamericana, que expresó en el primer asunto del que conoció que: "el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional,

⁴¹ Esta es una de las razones que se dan para asignarle valor de norma a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

siempre que ello no implique una alteración del sistema⁴² y constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento. Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) La interpretativa extensiva de los derechos, y b) La interpretativa restringida de los límites (Castilla, 2009: 65-83).

La interpretación extensiva tiene tres expresiones. En primer lugar, que el principio pro persona debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. La segunda, son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto; en cuyo caso, debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Una tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a la CADH y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos de acuerdo con el principio pro persona la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

En cuanto a la interpretativa restringida de los límites, es posible señalar que la Convención de Viena dispone que uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto, (que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos), como consecuencia, la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así, los límites legítimos de las obligaciones del Estado siempre deben de interpretarse de manera estricta. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos. Otro punto que hay que tener en consideración es que este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales.

⁴² Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras* (1981), párr. 16.

El segundo uso que tiene este principio, se refiere a la preferencia de normas, que a su vez tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora, b) la conservación de la norma más favorable. La preferencia normativa, aporta una solución práctica de gran importancia respecto al supuesto de colisión de normas. Esta interpretación desplaza la tradicional discusión sobre la jerarquía de las normas; ya que teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico. Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la aplicación de la norma más protectora, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos. Y cuando el principio se manifiesta mediante la conservación de la norma más favorable, se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.

La interpretación pro persona es un instrumento vital para que las INDH puedan ejercer sus funciones de control y protección adecuadamente, ya que configura un parámetro claro para decidir en casos donde puedan haber más de una interpretación razonable dentro del sistema normativo u opiniones contrapuestas de distintas autoridades. Poder resolver estas tensiones con base en un sistema sólidamente fundado en la lógica del sistema internacional de derechos humanos puede ser de gran ayuda para la fundamentación y motivación de las decisiones por parte de las INDH.

Finalmente, las normas sobre interpretación por persona nos permiten volver a la cuestión de las resoluciones internacionales (*soft law*) en el ejercicio interpretativo de las INDH. Es necesario reiterar que estos son instrumentos internacionales que cumplen un papel

interpretativo en materia de derechos humanos. Si los tratados internacionales contienen un catálogo de derechos y libertades y estos están acompañados de códigos de conducta exigentes para los Estados, es necesario poder determinar el contenido y alcance de estos derechos en casos concretos. Para ello es necesario, siempre, un ejercicio de interpretación.

En el sistema convencional interamericano, la letra d) del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será 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”. Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y, en principio, no parecieran tenerlo, y dispone que el intérprete no las puede ignorar.⁴³

A partir de una interpretación pro persona que tiene como fin último lograr la mejor protección de los derechos humanos, un análisis de las fuentes que dotan de contenido y alcance a las normas vinculantes, es un ejercicio necesario. Por ello, la sugerencia es no quedar atrapados en el debate sobre la fuerza vinculante, en gran parte superado a través de la aplicación de la interpretación pro persona.

4. LOS USOS Y FUNCIONES DEL DIDH EN EL ROL DE LOS OMBUDSMAN

4.1. Las funciones del DIDH

La función que tradicionalmente se asigna a los derechos humanos es una *subjetiva*, esto es, que deben ser capaces de dar una efectiva

⁴³ La Corte Interamericana se pronunció sobre el punto en la Opinión Consultiva Núm. 10, basándose en parte en el argumento de que podía ser necesario interpretar la Declaración al interpretar la Convención Americana, en razón de lo dispuesto en el art. 29 de este último cuerpo legal (Corte IDH. OC-10/89, párr. 36).

protección a los derechos subjetivos de los individuos, ya que estos reflejan valores esenciales para la dignidad del ser humano (Hesse, 1996: 90). La función subjetiva se manifiesta en: a) la garantía de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales; b) el establecimiento de procedimientos para la protección judicial y administrativa; y c) por vía interpretativa, irradiando su contenido a todo el aparato estatal. Esta función subjetiva supone una visión de los derechos fundamentales como barrera que busca prevenir los ataques del Estado a la esfera de existencia individual. Asimismo, implica una actividad positiva del aparato estatal, que permite a las personas hacer uso de su libertad en condiciones de igualdad (Hesse, 1996: 90-92).

Una visión robusta de los derechos humanos como la que se ha ido construyendo a partir de la convergencia de la protección nacional e internacional pone un especial énfasis en la *función objetiva* que cumplen estos derechos en un sistema democrático. En la medida en que los Estados hagan un efectivo reconocimiento integral de los derechos humanos, se legitiman los sistemas políticos y jurídicos. Así, es posible sostener que los derechos fundamentales tienen un rol como principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho (Hesse, 1996: 90-92).

La consecuencia de asumir esta función objetiva de los DDHH es que la aplicación de los estándares internacionales en el ámbito interno no solo es un elemento que "limita" la actividad del Estado, sino que, básicamente, configura un parámetro de legitimidad de dicha actividad.⁴⁴ Esto cobra especial relevancia para el trabajo de las INDH ya que estas deben velar por la legitimidad de la actuación estatal y, por ende, que estas cumplan plenamente con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Esta función de control es fundamental en aquellas materias donde la legislación otorga amplios espacios de actuación a los

⁴⁴ Como destaca Ferrajoli (1995: 213), una de las características del constitucionalismo en relación a los derechos, reside en haber incorporado como normas de legitimación interna, gran parte de las fuentes de justificación externa "relativas al 'cuándo' y al 'cómo' del ejercicio de los poderes públicos". En este caso, los criterios de legitimación respecto al 'cómo' ejercer el poder público también estarían en fuentes del DIDH.

agentes estatales, incluso en materias donde la ley entrega un espacio de discrecionalidad a las autoridades. El criterio es que la discrecionalidad en ningún caso puede significar descontrol y, menos aún, arbitrariedad.⁴⁵

Para materializar esta función objetiva y que las INDH puedan realizar este control de legitimidad de la actuación estatal se hace necesario definir cuál es la base de dicho control y cuál es el límite de la discrecionalidad para que no constituya arbitrariedad. Aquí es donde una mirada integral de los derechos humanos tiene un papel fundamental, en particular, aquellos que provienen de fuentes internacionales. Los derechos consagrados en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de los órganos de control permiten establecer parámetros precisos que deben ser contrastados con las decisiones estatales.

Un ejemplo interesante se da en materia migratoria que es una de las materias donde los Estados tienden a reservar un mayor grado de discrecionalidad. En este sentido, los estándares internacionales son una fuente útil para determinar la legitimidad de estas decisiones. Así, en Chile, al resolver una acción de amparo constitucional relativo a migración, la Corte Suprema señaló que “la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona”; del mismo modo, “el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero”.⁴⁶

En definitiva, la función de legitimación de la actividad del Estado pone un límite a sus poderes y esta es una cuestión de puede y debe ser controlada desde los INDH, incluso en aquellos casos en que la autoridad tiene una amplia discrecionalidad. El parámetro para materializar dicho control son los compromisos del Estado en materia de derechos humanos, incluidos aquellos de fuente internacional.

⁴⁵ Tribunal Constitucional de Chile. STC Rol Núm. 198-1995, 04/01/95, considerando 10.

⁴⁶ CS. STC Rol Núm. 11521-2014, 12/05/14, considerando 5o.

4.2. Los usos del DIDH

Incorporados los estándares internacionales al ámbito interno se configura un sistema de derechos humanos más amplio y profundo, pero esto no tendría ningún impacto en la mejora de la protección de derechos si no se utilizan en el ejercicio cotidiano de las instituciones públicas. Por ello, la discusión sobre el uso de los parámetros internacionales en el ámbito nacional es relevante. A continuación, revisaremos algunos de los principales usos del DIDH que pueden ser de relevancia para el cumplimiento de las funciones de las INDH en la región.

Para poder analizar los usos que se le da al DIDH a nivel nacional, se debe reiterar que el DIDH es un sistema complejo, es decir, el conjunto de tratados, declaraciones y la práctica normativa de los tratados que surge de su aplicación por parte de los órganos internacionales de derechos humanos.⁴⁷ Asimismo, se debe aclarar que el uso del DIDH debe ser sustantivo, es decir, que la utilización del DIDH sea determinante y no una mera mención al DIDH como un elemento de orden descriptivo o enunciativo.⁴⁸

a) Concreción de principios

La existencia de principios o conceptos jurídicos indeterminados en las leyes y constituciones es una constante en los ordenamien-

⁴⁷ Respecto a la jurisprudencia, esta última es asumida con valor de lo que la doctrina llama “cosa interpretada” cuando el Estado no ha sido condenado por la jurisprudencia en cuestión. Sobre la diferencia entre *res judicata* y *res interpretata*, véase Ferrer-Mac Gregor (2014).

⁴⁸ Se trataría de aquellas sentencias que enumeran los tratados que regulan un derecho, y que al ser citados tienen solo como fin reforzar un argumento que previamente ya había sido desarrollado (argumento de autoridad) o que operan bajo el argumento *ad abundantiam*. Como señala Queralt Jiménez en su estudio de la apertura del Tribunal Constitucional Español a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, “la aparente forma con la que venga presentada la referencia al o a los instrumentos interpretativos europeos, no determina, tampoco, el uso que de ellos vaya a hacerse; en otras palabras, lo aparentemente intenso o abundante de una cita no condiciona la incidencia real de la utilización del canon europeo como instrumento interpretativo en la jurisprudencia del TC” (Queralt, 2008: 218).

tos jurídicos.⁴⁹ Estos principios y conceptos en situaciones vinculadas con derechos humanos juegan un rol fundamental en la resolución de conflictos y también operan como parámetros interpretativos. Un ejemplo clásico de este fenómeno,⁵⁰ es concretar el principio del “debido proceso” o “*due process*”:⁵¹ Por ejemplo, un fallo histórico de la Sala Constitucional de Costa Rica desarrolló el contenido y alcance del derecho a un debido proceso a la luz del desarrollo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y no sólo de los tratados internacionales en la materia. La Sala Constitucional estableció que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, especialmente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son fuente normativa que da contenido y alcance —es decir, dota de un contenido normativo concreto— a un derecho fundamental (debido proceso).⁵²

Este uso del DIDH es trascendental para las INDH ya que nuestros sistemas constitucionales y legales consagran principios generales que pueden ser utilizados para controlar la actividad estatal. Para poder utilizar estos principios es necesario concretizarlos y dotarlos de contenido y alcance concretos. Para este proceso puede ser muy útil el DIDH y los diversos instrumentos que aplican y explican los principios internacionales de derechos humanos.

b) Concreción de derechos y libertades

Las cláusulas constitucionales y legales que consagran derechos humanos, en muchos casos, están formuladas en términos generales e

⁴⁹ Como destaca Guastini, “gran parte de las disposiciones constitucionales sustantivas utilizadas por los jueces constitucionales en las decisiones sobre la legitimidad constitucional de las leyes, no expresan reglas precisas, sino principios generales, los cuales exigen: por un lado, un proceso de concretización, para ser aplicados a controversias concretas” (Guastini, 2008: 73).

⁵⁰ Véase al respecto el análisis que realiza Pérez-Tremps (2016: 174) en relación a la incorporación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de debido proceso.

⁵¹ Un caso ejemplar en esta materia en el derecho comparado, se puede encontrar en la sentencia Núm. 1739-1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

⁵² *Ibidem*.

indeterminados.⁵³ Al igual que ocurre con los principios constitucionales, los derechos que están expresados de esta forma general y aquellos que están establecidos de manera indeterminada, al momento de ser aplicados a contextos complejos y a titulares en situación de discriminación, es necesario dotarlos de concreción para que puedan cumplir con sus fines. En dicho proceso de concreción se abre un espacio útil para aplicar los estándares internacionales de derechos humanos.

Un buen ejemplo en esta materia, es el derecho de igualdad ante la ley (art. 24 CADH y 26 PIDCP). Uno de los ejemplos relevantes en la región es el de derechos de las personas LGTBI. La situación de discriminación y marginación en que se encuentra la población LGTBI en la región se ha traducido, entre otros aspectos, en la ausencia de normas que protejan su ejercicio de derechos y libertades en condiciones de igualdad. Por ejemplo, en el caso del derecho a la identidad y al nombre, este derecho es posible de concretar a partir de estándares internacionales, tales como principios de Yakarta⁵⁴ y la reciente opinión consultiva OC-24/18 de la Corte Interamericana.⁵⁵

Para las INDH este ejercicio de concreción del contenido y alcance de derechos humanos a la luz de los estándares internacionales les permite tener base normativa para enfrentar situaciones complejas que no siempre tienen una respuesta desarrolla a nivel interno. Al dotar de contenido y alcance a los derechos en los contextos concretos y considerar las particularidades de los titulares de derechos

⁵³ Desde esta perspectiva “las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales se configuran como normas incompletas o abiertas susceptibles de ser ‘especificadas’ o ‘rellenadas’ con los contenidos de los tratados de derechos humanos”, Cuenca (2012), p. 4.

⁵⁴ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007.

⁵⁵ Corte IDH., *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A Núm. 24.

se necesita una base normativa sólida que puede ser encontrada en los estándares del DIDH.

Una aplicación aún más profunda es el uso del DIDH para generar un contenido nuevo de un derecho ya reconocido internamente. En estos casos se trata de una “reintegración de derechos” que es lo se produce cuando producto de la integración del DIDH se reconocen nuevas dimensiones de los derechos fundamentales que van emergiendo de acuerdo a la conciencia social y política.⁵⁶ Estas nuevas dimensiones pueden implicar, además, la generación de obligaciones adicionales y complementarias al Estado derivadas de la garantía de los derechos constitucionales.

Un ejemplo de un nuevo contenido a un derecho consagrado constitucionalmente sería el caso del derecho de defensa.⁵⁷ En particular en materia de defensa técnica, los Estados tienen a consagrar un derecho formal de defensa, a partir de los estándares interacionales, particularmente jurisprudenciales, es posible una construcción sustantiva del derecho a defensa más allá de los parámetros tradicionales. Las INDH al controlar la actividad del Estado pueden realizar esta interpretación que permite profundizar la protección con base en el sistema internacional de derechos humanos. De esta forma, serán de gran utilidad las resoluciones tales como los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas, sus observaciones generales, informes temáticos de relatores, de la Comisión Interamericana y jurisprudencia contenciosa en el sistema interamericano.

Otra manifestación de la integración de contenidos a partir de la incorporación de la norma internacional, lo constituyen aquellos ca-

⁵⁶ Pérez-Tremps (2016: 176) lo explica también en los siguientes términos (calificando a este uso como contenido conexo o accesorio): “en otros casos, la invocación del Convenio Europeo y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o de otros tratados en materia de derechos, no se ha hecho tanto para delimitar el contenido de un derecho o libertad, como para completar éste mediante la incorporación de contenidos conexos o accesorios que no aparecían claros (o ni siquiera aparecían) en el texto constitucional”.

⁵⁷ En Chile, ver CA de Temuco. STC Rol Núm. 378-2013, 11/05/13, considerando 12 (destacado nuestro). En un sentido similar, véase: CS. STC Rol Núm. 3419-2007, 13/11/07 y; CS. STC Rol Núm. 6053-2007, 29/04/08.

sos donde el DIDH otorga lineamientos específicos para la actuación de la autoridad pública en garantía de derechos. Se trata, por ejemplo, de la incorporación de obligaciones derivadas de la prohibición de la tortura o de obligaciones específicas respecto de grupos en situación de discriminación, como son los niños y niñas y pueblos indígenas.⁵⁸

Este uso más profundo del DIDH puede ser ocupado por las INDH para abordar situaciones de afectación de derechos humanos que no estaban contempladas en los instrumentos nacionales, pero que atendidos cambios fácticos y normativos es necesario regular y proteger adecuadamente. Así, es posible dar efectividad a los derechos sobre la base de contenidos normativos derivados del ámbito nacional e internacional, interpretados como un todo armónico y coherente.

c) Llenar lagunas en los catálogos de derechos

El DIDH también puede ser utilizado por INDH para completar el catálogo de derechos consagradas en los instrumento de derecho interno.

Este fenómeno ocurre con frecuencia en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Al ser muchas de las constituciones de raigambre liberal, la consagración de los DESC se encuentra limitada, tanto respecto a los derechos que son reconocidos, así como respecto a las garantías jurisdiccionales. Por ejemplo, en el caso chileno donde existe una constitución claramente restrictiva en materia de DESC, el DIDH se ha utilizado para reconocer, por ejemplo,

⁵⁸ Se ha dispuesto, por ejemplo: "Gendarmería de Chile deberá adecuar sus protocolos de actuación así como sus actuaciones propiamente tales, en forma especial a lo que dispone su normativa interna y particularmente a lo que dispone la Convención contra la Tortura, aplicando con racionalidad y proporcionalidad, cuando corresponda, las herramientas que establece su normativa interna en cuanto al uso de la fuerza y elementos de seguridad y persuasión" (CA de Concepción. Rol Núm. 97-2015, 8 de junio de 2015. En el mismo sentido: CA de Valdivia. Rol Núm. 8-2013, 13 de marzo de 2013; CA de Antofagasta. Rol Núm. 68-2013, 7 de diciembre de 2013 y; CA de Concepción. Rol Núm. 78-2015, 4 de mayo de 2015.

la existencia del derecho al agua⁵⁹ o el derecho a una vivienda digna.⁶⁰ En estos casos se pueden utilizar las Observaciones Generales del Comité DESC para dar un contenido autónomo y específico a estos derechos.

En muchos países de la región las posibilidades de exigibilidad de los DESC están limitadas, por lo que el rol de control y protección desde las INDH es fundamental. Por ello, los estándares internacionales son un sustento importante para ampliar la base de los DESC y poder realizar un control institucional sobre dicha base y no limitada solo a los estándares nacionales.

d) Control de los límites de los derechos humanos

Otro uso que se le puede dar al DIDH en el ámbito interno es determinar los límites de los derechos desde la perspectiva normativa o argumentativa.⁶¹ Desde esta perspectiva normativa destacan principalmente casos referidos al derecho de libertad de expresión. En este sentido, un uso evidente de los estándares internacionales para dotar de contenido a conceptos abstractos vinculados con las responsabilidades ulteriores como un límite legítimo del derecho a la libertad de expresión, tales como, el “interés público”.⁶²

⁵⁹ CA de Santiago. Rol Núm. 10140-2012, 28 de junio de 2012; CA de San Miguel. Rol Núm. 1106-2015, 11 de diciembre de 2015; CA de San Miguel. Rol Núm. 2052-2015, 14 de abril de 2016 y; CA de Temuco. Rol Núm. 6345-2016, 21 de diciembre de 2016.

⁶⁰ CA de Temuco. Rol Núm. 8828-2013, 21 de julio de 2014.

⁶¹ Éste último se trata de aquellos casos en que lo que se importa es el “test” o razonamiento a seguir en el juicio (Pérez Tremps, 2016: p. 176).

⁶² “El alcance de esta noción de interés público real ha sido muy bien explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostiene: en cuanto al carácter de interés público, en su jurisprudencia la Corte ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes” (Corte IDH, Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 61).

“CA de Santiago. Rol Núm. 66458-2014, 18 de noviembre de 2014, considerando 5. En el mismo sentido: CS. Rol Núm. 21499-2014, 8 de octubre de 2014 y; CA de San Miguel. Rol Núm. 334/2015, 09 de julio de 2015.

La cuestión de los límites de los derechos humanos es un campo lógico de preocupación por parte de las INDH. Este es un ámbito en que el poder público puede afectar legítimamente los derechos humanos y, por tanto, debe ser objeto de un escrutinio estricto por parte de las instituciones creadas para la garantía de derechos y el control de las autoridades. Como vimos *supra*, las INDH deben estar en condiciones de plantear los problemas normativos y de implementación de las restricciones de derechos y para poder fundar ese control la normativa internacional y los estándares jurisprudenciales son un criterio fundamental para legitimar dicha visión crítica.

Así, para poder dar cuenta de principios básicos en materia de límites de derechos, como son la razonabilidad, la proporcionalidad, necesidad, entre otros, los criterios deben establecerse a partir de una mirada integral de derechos humanos.

e) *Inaplicación de normas internas*

Este es el uso más intenso del DIDH en el ámbito interno. Consiste en la utilización del DIDH para dejar de aplicar una norma incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, de manera de cumplir con el mandato convencional.⁶³ En estos casos se trata de corregir interpretaciones de la normativa interna que están enfrentadas o no resultan del todo adecuadas a la luz de los avances del derecho internacional (Cuenca, 2012). Con dicho fin se pueden utilizar tanto los tratados internacionales, como la jurisprudencia de la Corte IDH.⁶⁴

Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana,⁶⁵ este ejercicio es obligatorio para todas las autoridades del Estado. Por ello, es im-

⁶³ La posibilidad de conocer y fallar en este sentido se explica por la posibilidad que presentan estos casos de realizar una interpretación armónica de la legislación aplicando directamente la norma internacional (cuando esta es lo suficientemente específica para permitir su aplicación directa).

⁶⁴ Corte Almonacid Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁶⁵ El control de convencionalidad (en el ámbito interno), consiste en el deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la CADH,

portante que las INDH, en el ejercicio de sus funciones, puedan dar cuenta de las contradicciones entre las normas nacionales y los estándares internacionales y también propongan las interpretaciones y medidas que pueden ser tomadas para compatibilizar la normativa nacional con la internacional. En aquellos casos en que esto no es posible, corresponde que las INDH hagan ver esta situación y propongan la forma en que procede la aplicación directa de la normativa internacional en el ámbito nacional.

4.3. Las funciones y usos en el rol del Ombudsperson: recapitulación

Tal como se ha afirmado al comienzo de este apartado, el proceso de recepción del DIDH a partir de su incorporación en el sistema normativo nacional, este se complejiza y las autoridades deben aplicarlo íntegramente, esto es, deben aplicar las normas de origen interno y las normas de origen internacional. Esto tiene como consecuencia que las INDH deben ejercer sus facultades de promoción, control y protección de derechos humanos considerando este sistema normativo integral de derechos humanos y exigir de todos los poderes del Estado su aplicación en los mismos términos de integridad.

Al recepcionarse el DIDH y pasar a ser derecho interno, la pregunta es de qué forma es posible utilizarlo. Lo que hemos planteado son una serie de vías a través de las cuales los INDH pueden utilizar el DIDH para ejercer sus funciones en materia de derechos humanos. Así, hemos planteado que el DIDH complementa el cuerpo normativo de derechos fundamentales para que estos cumplan su función de validación de la actividad de los órganos estatales (tanto la subje-

sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y demás instrumentos del sistema interamericano (Ferrer Mac-Gregor, 2012). Su base normativa se encuentra en las normas del Derecho Internacional Público (artículos 26 y 27 de la Convención de Viena) y en el ámbito interamericano en los artículos 1.1, 2 y 29 de CADH. En el caso de Chile ha tenido una aplicación progresiva en el ámbito constitucional y en el ámbito de la justicia ordinaria, fundando los tribunales su aplicación en el artículo 5 inc.2 de la Constitución (Núñez, 2016).

tiva de protección de derechos como la objetiva de parámetro de legitimidad del ejercicio de poder público).

Asimismo, se han dado una serie de ejemplos de usos concretos para dar relevancia al DIDH en el trabajo cotidiano de las INDH. En particular, se ha puesto énfasis en los usos complementarios del DIDH respecto del derecho interno, sea por la vía de concreción de principios generales y derechos, ampliación de los derechos a situaciones no contempladas en el diseño nacional, llenado de vacíos de regulación, control de los límites e inaplicabilidad. Cada uno de estos usos da cuenta de la posibilidad cierta de que el DIDH sea un instrumento relevante en el ejercicio de las labores de los INDH en el ámbito nacional.

5. EL DIDH EN EL PROCESO ARGUMENTATIVO DE LAS INDH

Corresponde en este apartado formular algunas recomendaciones en orden a cómo pueden argumentar las INDH al momento de utilizar los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, se dan algunos argumentos relativos a la mayor legitimidad del discurso de las INDH cuando recurren a los estándares internacionales (Escobar, 2008).

En el escenario normativo que hemos descrito, donde los Estados han ampliado su catálogo de derechos y han incorporado estándares sobre cumplimiento, el proceso argumentativo que utilicen las INDH para materializar este mejor escenario normativo es relevante para poder irradiar el sistema interno y, en definitiva, velar por la efectividad de los derechos humanos. Tal como lo ha sostenido Atienza “[L]a constitución del ‘Estado Constitucional’ no supone solo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (el principio dinámico del sistema jurídico político), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho” (Atienza, 2004).

En una democracia deliberativa no basta con la existencia formal de los derechos, sino que su efectividad está condicionada porque las INDH velen que los derechos humanos sean cumplidos por la autoridad. Ello se logra con argumentaciones que permitan a los poderes públicos tener los elementos para adecuar su conducta con pleno respeto de los derechos humanos. El proceso argumentativo a que hacemos referencia y que deben llevar a cabo las INDH se vincula con la idea de democracia en tanto razones justificatorias de la actividad estatal (Atienza, 2007) y, por tanto, centrales en la actividad de los poderes del Estado.

5.1. Argumentación y convencimiento

Ya hemos visto que en un sistema normativo que tiene una estructura compleja, es necesario dotar de contenido a derechos que se expresan como principios y es necesario coordinar y dotar de un contenido preciso en el caso concreto. Ese es un ejercicio argumentativo que permite otorgar razones que buscan convencer acerca de la solución propuesta. Tal como señala Guastini “[U]n argumento interpretativo es, simplemente, la razón -el argumento, precisamente- que un intérprete ofrece para sostener una tesis interpretativa, sea que se trate de una tesis cognitiva o decisoria” (Guastini, 2014: 261).

Para corroborar si el ejercicio interpretativo y argumentativo es correcto, es necesario contrastar la solución provisoria con el sistema general de obligaciones del Estado y sus límites. Nos parece que el vínculo entre estos estándares y la solución del caso interno, si bien se basa en criterios de corrección, tiene su mejor expresión en el proceso discursivo, entendiendo este, como lo hace Alexy en tanto una teoría (la del discurso) “que se compone de una concatenación de los conceptos de corrección, de juicio y fundamentación racionales y de discurso racional” (Alexy, 2010: 70).

Debemos tener en cuenta que en un sistema basado en principios (mandatos de optimización) que ha establecido ciertos mínimos normativos, el ejercicio de interpretación y argumentación es lo que nos permite aplicarlo a los casos concretos (Alexy, 2002: 81-115).

Las normas de derechos humanos no son máximos, sino que con concreciones mínimas a partir de las cuales el Estado construye la legitimidad del uso del poder estatal.⁶⁶ Por ello, la argumentación es un ejercicio para proyectar esos mínimos al caso concreto y, en algunos casos, poder ampliarlos a situaciones no previstas.

Es en este proceso de concreción, donde una mirada integrada del derecho de origen nacional y el internacional le permite a las INDH encontrar las mejores soluciones para cada caso concreto que cae dentro de su ámbito de control. En esta lógica, el sistema internacional no es una traba ni una mera anécdota, sino que es parte del sistema jurídico aplicable que tiene usos y objetivos concretos.

El objetivo que se busca con el razonamiento basado en derechos es encontrar una solución al caso concreto que le dé efectividad a los derechos humanos y que dicha solución le permita al Estado cumplir con sus obligaciones constitucionales, internacionales y legales. Estos son “factores de corrección” que nos permiten tomar decisiones acerca de la mejor interpretación en el caso concreto.⁶⁷

Lo que aportaremos a continuación son líneas de argumentación que pueden utilizar las INDH para desarrollar sus decisiones considerando base normativa ampliada al DIDH.

5.2. Líneas de argumentación para incorporar el DIDH en el razonamiento de las INDH

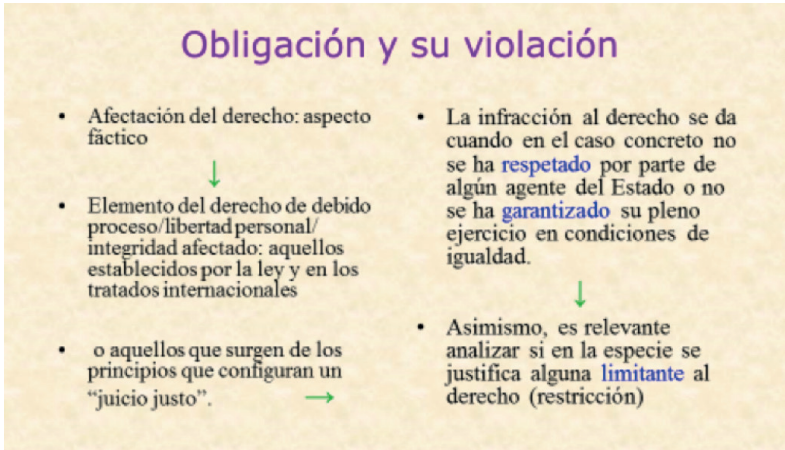
Hay un elemento común a toda forma de razonar en materia de derechos humanos y es que estamos ante una obligación para todas las autoridades y funcionarios del Estado. En efecto, la recepción del DIDH en el ámbito interno tiene como consecuencia que este pasa

⁶⁶ “El Estado constitucional se distingue del Estado de Derecho en que no solo garantiza la seguridad jurídica, la legalidad de la administración y la independencia del poder judicial, sino que, por encima de ello, garantiza también la constitucionalidad de cada uno de los tres poderes” (Alexy, 2010: 90).

⁶⁷ Para Rawls (2002: 90), la característica de la justicia procesal imperfecta es “que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad”.

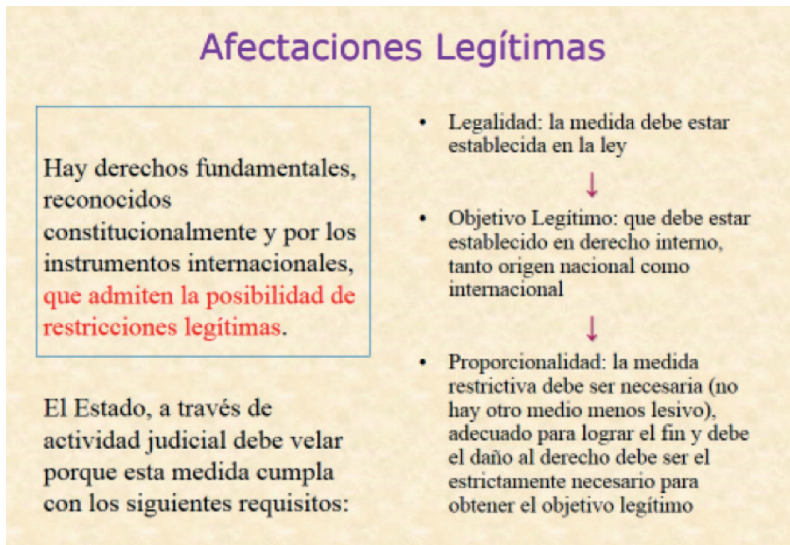
a ser derecho nacional y, por tanto, las autoridades deben aplicarlo al momento de resolver un caso (cuerpo normativo ampliado).

Una primera cuestión es plantear cuándo se produce una infracción a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:



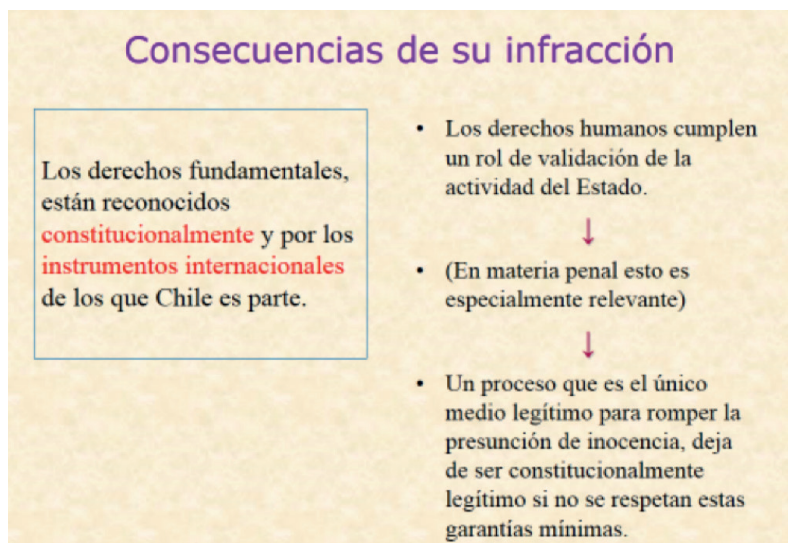
Aquí tenemos los elementos centrales de todo análisis jurídico: hechos respecto de los cuales se aplica un cierto sistema normativo que mediante el proceso interpretativo permite dar solución al caso concreto. Lo que agregamos es que los hechos deben ser analizados a la luz de un sistema normativo ampliado y, por tanto, incluso de las normas legales, internacionales y constitucionales y sus desarrollos jurisprudenciales. Asimismo, que este conjunto normativo es lo que permite hablar de un “pleno cumplimiento de los derechos humanos” base para la legitimidad de la actuación del poder público en una sociedad democrática. Además, nos permite incorporar argumentativamente todos los estándares que hemos visto en los capítulos precedentes de este libro, independiente de su fuente de origen.

Respecto de las restricciones de derechos, que son propias del ámbito en el que desarrolla sus funciones las INDH, es posible el siguiente esquema:



En este esquema queda claro que la carga de la justificación de la medida restrictiva queda en manos del Estado; que la restricción de derechos no es una cuestión discrecional; y, que la decisión debe tomarse a la luz de los antecedentes del caso concreto.

Finalmente, las consecuencias de una infracción de las obligaciones del Estado, a través de una de sus agentes, también pueden hacerse presente a través de una cierta argumentación estándar aplicable a distintas situaciones. Una buena forma de llamar la atención de las autoridades sobre los alcances de la decisión y lo grave que sería apartarse del planteamiento integrador de estas bases normativas y jurisprudenciales, es mediante el siguiente planteamiento:



A través de este esquema, que puede ser aplicado en diversas situaciones, se deja claro que la decisión que adopte la autoridad en el caso concreto, es una decisión que involucra al Estado y la responsabilidad del mismo. Además, aclara que la única forma en que se legitime el uso del poder público en el caso concreto es mediante el pleno cumplimiento de las obligaciones constitucionales, internacionales y legales aplicables en la especie.

5.3. Líneas de argumentación para incorporar el DIDH en el razonamiento de las INDH en casos de grupos en situación de discriminación

En ciertos casos nuestro esquema de razonamiento debe ser complejizado atendida la situación en la que se encuentran los titulares de derechos o características personales de quienes recurren a las INDH. Frente a esta interpretación de los DDHH excluyente, surge la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión en atención al principio de universalidad, puesto que todas las personas son titulares de los mismos derechos y para lograr la plena vigencia de este

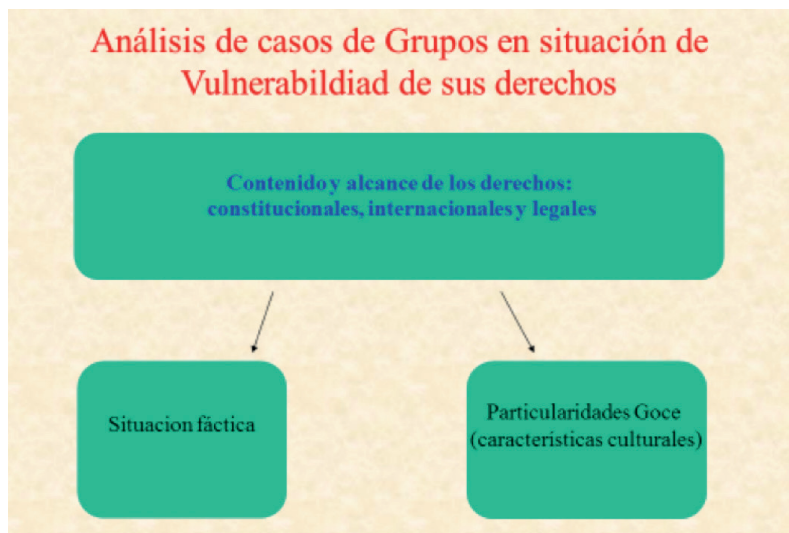
principio de universalidad es fundamental el esfuerzo de interpretación y argumentación desde las INDH. El trabajo de especialización que muchas de ellas desarrollan en la región tiene sentido en la medida que aporte argumentos diferenciados respecto de ciertos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos.

En algunas situaciones el elemento central es el contexto en el que se encuentran los titulares de derechos. En estos casos estamos ante situaciones de exclusión y marginación basadas preferentemente en elementos históricos que llevan a que la interpretación de derechos respecto de los miembros un grupo diferenciado, sin permitir el pleno goce y ejercicio de derechos. La situación de las mujeres, privados/as de libertad y migrantes son un ejemplo de cómo el contexto puede impedir el pleno goce y ejercicio de derechos y eso obliga a la autoridad a tomar medidas especiales que permita el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad.

En otros casos, serán las características particulares de los titulares de derechos los que serán determinantes para el goce y ejercicio de derechos. Sin medidas especiales que tomen en consideración estas particularidades, no es posible un ejercicio pleno de derechos. Ejemplo de esta situación es la de niños/as que su condición de ser sujetos en desarrollo es determinante. En otros casos, el elemento determinante será la especificidad cultural de sus titulares, como en el caso de miembros de comunidades indígenas.

En todos estos casos, desde un punto de vista argumentativo lo que se modifica es la forma de dotar de contenido y alcance a los derechos y a las obligaciones generales del Estado. El ejercicio se complejiza, ya que tendremos que incorporar estos elementos situacionales o personales para interpretar el contenido y alcance de los tipos penales, de las normas procesales y de ejecución de las sentencias.⁶⁸

⁶⁸ Este mandato en el contexto de la Defensa Penal Pública (DPP) en Chile, se ha concretizado en la creación de unidades de defensa penal especializada, que tienen por objeto otorgar una defensa que satisfaga los requerimientos del/a defendido/a. De



En estos casos, el esquema de argumentación que hemos desarrollado con anterioridad se mantiene, pero se amplía al considerar que de las obligaciones generales del Estado se derivan deberes especiales en atención al titular del derecho (DPP, 2013). A modo de ejemplo, en el caso de las mujeres, este acercamiento particular exige la inclusión de una perspectiva de género en el control que realizan las INDH, lo que supone considerar que en todas las sociedades, la estructura social condiciona los tipos de delitos, su frecuencia y distribución, según cómo se expresen estos en los distintos grupos sociales y que operan, asimismo, mandatos culturales que imponen una “verdad”—aunque los hechos demuestren lo contrario— y reafirman jerarquías establecidas (DPP, 2009).

En estos casos podemos esquematizar los razonamientos:

esta forma, el servicio de defensa contempla: a) defensa juvenil; b) defensa indígena; c) defensa de migrantes; e) defensa de privados de libertad y; f) defensa de género.

**ARGUMENTACIÓN GRUPOS SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
EN SUS DERECHOS**

¿Cuál es el derecho afectado por los hechos del caso concreto?

El contenido del derecho (sustantivo o procesal) a la luz de la Constitución, normas internacionales (disposiciones convencionales y jurisprudenciales) y legales es el siguiente (...)

La concreción de este derecho a la luz de la (situación o características personales del titular) es la siguiente (...) conforme a las normas internacionales (Convención Derechos Niño/a / Convenio 169 / Convención Eliminación toda forma de discriminación contra la Mujer, etc).

Por tanto, en el caso concreto, estos estándares nos debieran llevar a la siguiente conclusión (...) de forma tal de cumplir con las obligaciones constitucionales, internacionales y legales del Estado a través de la actuación que la autoridad debe tomar en esta materia.

El sentido de este argumento es demostrar que es posible incorporar los elementos particulares, sean situacionales o personales, dentro de un mismo esquema argumentativo.

6. ¿POR QUÉ UTILIZAR LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES ES UNA MEJOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

En cada Estado de la región se ha diseñado un modelo constitucional particular en materia de derechos humanos, pero más allá de dicha divergencia institucional, existen ciertos criterios comunes que permiten sostener que una mirada unificada en torno a las exigencias que impone la recepción del DIDH en el ámbito interno y los desarrollos de experiencias de recepción sustantiva permite una mejor protección de los derechos humanos en el ámbito interno.

Estos criterios son: el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, la eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno, y el pleno respeto por la coherencia interna de cada sistema normativo.

A continuación, revisaremos el alcance de cada uno de estos principios y las implicancias que tienen para las INDH.

6.1. Cumplimiento de obligaciones internacionales

Al suscribir los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento de buena fe.⁶⁹ Dentro de estas medidas estatales está la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter, esto es, que instituciones como las INDH adopten recomendaciones de distinto tipo a la luz de un contenido y alcance de los derechos humanos consagrados tanto a nivel nacional como en los instrumentos internacionales que han sido incorporados en el ámbito interno.⁷⁰

Además, en muchos Estados de la región el cumplimiento de los compromisos internacionales, incluidos los de derechos humanos, tiene rango constitucional (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, México, entre otros).

En consecuencia, las INDH, al momento de evaluar la actividad del Estado, su legislación, y el uso de instrumentos judiciales (cuando corresponda), deben tener claro que dicho control tiene como parámetro los compromisos internacionales del Estado. Esto tiene una doble consecuencia, por una parte guía el actuar de la propia INDH y también debe ser el parámetro para exigir la actuación de las autoridades sujetas a la supervigilancia de las INDH.

En este sentido, no podemos olvidar que los compromisos internacionales del Estado lo involucran como un todo, pero para que esto se implemente en el ámbito nacional es necesario determinar

⁶⁹ Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Artículo 26 "Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

⁷⁰ Artículo 2 CADH: "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".

cuáles son las autoridades responsables, qué medidas deben adoptar y cómo deben actuar cuando estas están incumpliendo sus obligaciones y comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos. Dicho ejercicio de control es una labor central para las INDH y en ese esfuerzo los parámetros internacionales no son solo un objetivo, sino el medio para alcanzarlo.

6.2. Efectividad de los derechos

El segundo criterio es que los derechos humanos puedan cumplir con su objeto y fin en cada caso concreto. La efectividad de las normas sobre DDHH consagradas en los instrumentos internacionales es un estándar normativo que fija un cierto patrón de conducta al Estado que debe ser concretizado en cada situación analizada. Esto obliga a las INDH a interpretar las normas o evaluar las prácticas estatales buscando aquella que permita a cada persona o grupo protegido por las mismas su pleno goce y ejercicio y clarificar cuáles son las conductas de las autoridades aptas para lograr dicho objetivo. En caso que se la autoridad establezca alguna limitación, para que esta sea legítima, será necesario que se cumplan con los requisitos consagrados internacionalmente y esto debe ser controlado por las INDH para hacer presente y recomendar a la autoridad las medidas pertinentes para adecuar su conducta a los estándares internacionales.

Ejemplos de este camino en la experiencia comparada son los casos referidos a la protección de grupos en situación de discriminación.⁷¹ Así, por ejemplo, en el caso Mexicano, respecto a la temática indígena la SCJN ha dispuesto la necesidad de garantizar un acceso a la justicia que considere las particularidades de los pueblos indígenas, disponiendo el desarrollo de procesos judiciales culturalmente sensibles;⁷² estableciendo, además, la obligación de realizar la consulta previa en conformidad a los estándares del Convenio 169 de la

⁷¹ Sobre la respuesta jurisdiccional frente a estos casos en América Latina y en la jurisprudencia interamericana, véase Nash y Núñez (2015).

⁷² Véase, entre otros: SCJN. Expediente Varios 1396/2011.

OIT.⁷³ En materia de violencia contra las mujeres ha incorporado la Convención Belém do Pará y la CEDAW junto con la jurisprudencia interamericana para desarrollar extensamente los deberes de debida diligencia con que deben actuar los/as jueces/zas frente a casos de violencia contra la mujer,⁷⁴ estableciendo el deber de juzgar con perspectiva de género.⁷⁵ Finalmente, en materia de derechos de las personas con discapacidad, por aplicación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ha realizado sentencias en formato de “lectura fácil” y modificado el sistema de capacidad jurídica desde un modelo basado en la dependencia a uno basado en el acompañamiento en la toma de decisiones (que tiene como paradigma el modelo social de la discapacidad).⁷⁶

Estos son ejemplos de esfuerzos judiciales para dar efectividad a los derechos, asumiendo las características personales de los titulares de derechos y el contexto en que estas se encuentran. Este es el mismo esfuerzo que deben hacer las INDH para interpretar los derechos de forma tal que estos permitan que las personas puedan gozarlos y ejercerlos efectivamente y en condiciones de igualdad. Los estándares internacionales, como hemos visto *supra*, son una ayuda para determinar este contenido concreto y contextualizado. Esto obliga a que las recomendaciones que emitan, el control que efectúen o la interpretación judicial que promuevan, esté en línea con esta mirada integral de los derechos humanos.

6.3. Coherencia del sistema normativo nacional

En un sistema codificado como lo son nuestros sistemas constitucionales, la norma superior del sistema irradia a todas las normas inferiores y a las actividades de sus órganos que deben ajustarse a esta (Hesse, 1996). De esta forma, un sistema con coherente interna será aquel que permita un ejercicio lógico desde la norma superior a la resolución

⁷³ Véase, entre otros: SCJN. Amparo en revisión 631/2012 y Amparo en revisión 498/2015.

⁷⁴ Véase, entre otros: SCJN. Amparo en revisión 554/2013 y Expediente Varios 1396/2014.

⁷⁵ Véase, entre otros: SCJN. Amparo directo en revisión 2655/2013.

⁷⁶ Véase entre otros: SCJN. Amparo en revisión 159/2013.

de las situaciones concretas, pasando por las normas procesales y sustantivas aplicables. Por tanto, la legitimidad de las actuaciones de la autoridad en el ámbito interno están dadas por la coherencia de dichos actos en concreto con las obligaciones constitucionales y a las obligaciones internacionales.⁷⁷

Por ejemplo, la SCJN (México) en casos referidos a la justicia militar, ha señalado a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH que debe interpretarse el fuero militar de manera restrictiva, dando coherencia al ordenamiento jurídico.⁷⁸ Por su parte en el caso de Perú, resultan relevante destacar aquellos casos en que se ha interpretado la normativa sobre libertad de reunión ordenando una interpretación restrictiva a la luz de los estándares fijados en el artículo 15 de la CADH⁷⁹ o se han fijado parámetros de interpretación constitucional para la garantía del plazo razonable para garantizar la coherencia con el estándar interamericano.⁸⁰

⁷⁷ Esta es una característica propia de los sistemas codificados, construidos sobre la idea de sistematicidad y coherencia lógica (Ruiz Miguel, 2002: 270-275).

⁷⁸ “[...] Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radi-lla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...) De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación *la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación” Tesis P. LXXI/2011 (9a.) consultable en la página 554, Libro III, diciembre de 2011, tomo I, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. El destacado es nuestro. En el mismo sentido: SCJN. Expediente Varios 1396/2011, 13 de mayo de 2015.

⁷⁹ Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 4677-2004-PA/TC (Caso Confederación General de Trabajadores del Perú), sentencia de 7 de diciembre de 2005.

⁸⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia Núm. 3771-2004-HC/TC (Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón), sentencia de 29 de diciembre de 2004.

De esta forma, las INDH deben realizar un ejercicio de concreción de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos como parte del sistema normativo nacional. Esta es la única forma en que sus resoluciones, actuaciones de control y ejercicio de acciones judiciales (cuando correspondan) le den coherencia al sistema normativo nacional. Fundar el actuar de las INDH solo en la normativa nacional provoca una división de las obligaciones del Estado en materia de DDHH que atenta contra el principio de indivisibilidad de estos derechos, configurados de una manera compleja que siempre debe incorporar los estándares internacionales a los que se ha comprometido el Estado.

7. CONCLUSIONES

La pregunta que nos formulamos al comienzo de este estudio introductorio era: ¿Cuál es el rol que pueden cumplir las INDH en el proceso de convergencia entre la protección nacional y la internacional? Sostuvimos que el objetivo de este estudio introductorio era poder analizar de qué manera los estándares internacionales (con sus particularidades propias) pueden ser utilizados en la promoción, el control y la protección de derechos humanos a nivel nacional por parte de las INDH.

Podemos concluir que:

- a) El proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional ha permitido configurar una visión robusta de los derechos humanos que incorpora los estándares nacionales e internacionales como marco de referencia para la función de control y protección por parte de las INDH.
- b) Al incorporar los estándares internacionales, se están recepcionando no solo un catálogo de derechos humanos, sino que también un código de conducta que es aplicable a los deberes de cada autoridad en el cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, las normas de *soft law* son parte de la base norma-

- tiva que es incorporada en forma sustantiva a través del proceso de interpretación. De ahí que los criterios de interpretación y particularmente la interpretación pro persona cumplen un rol fundamental para el trabajo de las INDH.
- c) Para concretizar el análisis integrado de las normas internas y de origen internacional en materia de derechos humanos, las INDH puedan utilizar los estándares internacionales como parámetro de validación de la actuación pública. Asimismo, analizamos una serie de usos del DIDH en el análisis interno.
 - d) Los procesos de incorporación de los estándares internacionales deben darse a través de procesos argumentativos que permitan convencer a las autoridades que el uso de los estándares internacionales es parte de sus obligaciones en materia de derechos humanos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.
 - e) Finalmente, este uso sustantivo de los estándares internacionales permite a las INDH un mejor control y protección de los derechos humanos en el ámbito nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.W. *Diálogo Jurisprudencial*, editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM). Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/dialogo-jurisprudencial/issue/archive>
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid.
- Alexy, R. (2002), *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- _____ (2010), *La construcción de los derechos fundamentales*. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Atienza, M. (2013), "Argumentación jurídica y Estado constitucional", *Novos Estudios Jurídicos*, 9 (1).
- _____ (2007), "Constitución y argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24.

- Ayala, C. (2013), *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Porrúa, México.
- Brownlie, I. (1990), *Principles of Public International Law*. Clarendon Press, Oxford.
- Cançado Trindade, A. A. (2005), "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Brill-Nijhoff, Leiden-Boston.
- Castilla, K. (2009), "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20.
- Comisión de Derecho Internacional (2001), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º. Período de Sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.
- Cuenca, P. (2012), "La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12.
- Defensoría Penal Pública (2009), *Evaluación de las concepciones de género de los/as defensores/as penales públicos*. Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile.
- _____ (2013), *Informe de jurisprudencia sobre defensa de migrantes*. Departamento de Estudios y Proyectos, Santiago de Chile.
- Dulitzky, A. (1996), "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica.
- Escobar Roca, G. (2005), *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Trama, Madrid.
- _____ (2008), "Del Derecho débil a la fuerza de los derechos", en *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*. Dykinson, Madrid.
- _____ (2012), "Defensor del Pueblo", en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*. Disponible en http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/to_pdf/49
- Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón*. Trotta, Madrid.

- Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo, C. (2012), "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2014), "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia los pares (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 12, núm. 2.
- Garzón Valdés, E. (2006), "¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?", en E. Bulygin (ed.), *El positivismo jurídico*. Fontamara, México.
- Glendon, M. (2011), *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Guastini, R. (2008), *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid.
- _____ (2014), *Interpretar y argumentar*. CEPC, Madrid.
- Hesse, K. (1996), "El significado de los derechos fundamentales", en Benda, E. y otros, *Manual de Derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid.
- Higgins, R. (1994), *Problems and Process. International Law and How to Use It*. Clarendon Press, Oxford.
- Nash, C. (2010), *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*. Fontamara, México.
- Nash, C. y Núñez, C. (2015), *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*. Ubijus- IIDH, México.
- _____ (2017), "Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148.
- Nikken, P. (1987), *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Civitas, Madrid.

- Nowak, M. (2003), *Introduction to the International Human Rights Regime*. Martinus Nijhoff, Leiden y Boston.
- Núñez, C. (2016), *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Librotecnia, Santiago de Chile.
- Peces-Barba, G. (1999), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid.
- Pérez-Tremps, P. (2016), *Sistema de justicia constitucional*. Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- Pocar, F. (1995), "Codification of Human Rights Law by the United Nations", en *Perspectives on International Law. In Honour of Judge M. Lachs*. Martinus Nijhoff, La Haya.
- Prieto, L. (2003), "Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicancias", en: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid.
- Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007.
- Queralt Jiménez, A. (2008), *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Rawls, J. (2002), *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Ruiz Miguel, A. (2002), *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Trotta, Madrid.
- Sikkink, K. (2016), *Evidence for Hope*. Princeton University Press, Princeton.
- Schachter, O. (1994), "United Nations Law", en *American Journal of International Law*, núm. 88.

Jurisprudencia y doctrina internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Síntesis del informe anual de la Corte IDH correspondiente al ejercicio 2010 que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, 18 de marzo de 2011

- Asunto de Viviana Gallardo y otras, Resolución de 13 de noviembre de 1998, Serie A Núm. 101.
- La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A Núm. 5.
- Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A Núm.10
- Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A Núm. 18
- Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A Núm. 24.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Núm. 4.
- Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C Núm. 52.
- Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Manzano c. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C Núm. 71.
- Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C Núm. 97.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C Núm. 107.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Núm. 140.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Núm. 146.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154.

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C Núm. 206

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Núm. 205

Caso Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C Núm. 238

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero de 2007

Tribunal Europeo De Derechos Humanos

Caso Brualla de la Torre vs. Spain, 19/12/1997, 155/1996/774/975

Comité de Derechos Humanos

Observación General Núm. 18. "No discriminación", U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1989.

Observación General Núm. 31. "La Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto", CCPR/C/21/REV.1/ADD.13, 2004.

Caso Massera *et. al* vs. Uruguay. Comunicación Núm. 5/1977. Resolución de 15 de agosto de 1979, párr. 43.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación General Núm. 3. "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)". U.N. Doc. E/1991/23, 1990.

Resoluciones de Naciones Unidas

Asamblea General. "Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos" (Principios de París). A/RES/48/134, de 4 de marzo de 1994. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/27/PDF/N9411627.pdf?OpenElement>

Asamblea General. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147, 16 de diciembre de año 2005.

Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Leandro Despuy, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/8/4 13 de mayo de 2008

Jurisprudencia nacional

Chile

Tribunal Constitucional de Chile. STC Rol Núm. 198-1995, 04/01/95.

Corte Suprema (CS).

CS. STC Rol Núm. 3419-2007, 13/11/07.

CS. STC Rol Núm. 6053-2007, 29/04/08.

CS. STC Rol Núm. 11521-2014, 12/05/14.

CS. Rol Núm. 21499-2014, 08 de octubre de 2014.

Cortes de Apelaciones (CA).

CA de Santiago. Rol Núm. 10140-2012, 28 de junio de 2012.

CA de Valdivia. Rol Núm. 8-2013, 13 de marzo de 2013.

CA de Temuco. STC Rol Núm. 378-2013, 11/05/13.

CA de Antofagasta. Rol Núm. 68-2013, 07 de diciembre de 2013.

CA de Temuco. Rol Núm. 8828-2013, 21 de julio de 2014.

CA de Santiago. Rol Núm. 66458-2014, 18 de noviembre de 2014.

CA de Concepción. Rol Núm. 78-2015, 04 de mayo de 2015.

CA de Concepción. Rol Núm. 97-2015, 08 de junio de 2015.

CA de San Miguel. Rol Núm. 334/2015, 09 de julio de 2015.

CA de San Miguel. Rol Núm. 1106-2015, 11 de diciembre de 2015.

CA de San Miguel. Rol Núm. 2052-2015, 14 de abril de 2016.

CA de Temuco. Rol Núm. 6345-2016, 21 de diciembre de 2016.

Costa Rica

Núm. 1739-1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

México

SCJN. Tesis P. LXXI/2011 (9a.) consultable en la página 554, Libro III, diciembre de 2011, tomo I, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época.

SCJN. Expediente Varios 1396/2011.

SCJN. Amparo en revisión 631/2012.

SCJN. Amparo revisión 2655/2013.

SCJN. Amparo en revisión 554/2013.

SCJN. Amparo en revisión 159/2013.

SCJN. Expediente varios 1396/2014.

SCJN. Amparo en revisión 498/2015.

Perú

Tribunal Constitucional. Sentencia Núm. 3771-2004-HC/TC (Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón), sentencia de 29 de diciembre de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 4677-2004-PA/TC (Caso Confederación General de Trabajadores del Perú), sentencia de 7 de diciembre de 2005.

SEGUNDA PARTE

EL SOPORTE INTERNACIONAL DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
BIANCA ROXANA RUS

1. RECORDANDO CONCEPTOS BÁSICOS

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (CNDH) tiene entre sus principales misiones monitorear el cumplimiento de los derechos humanos en el país y, cuando detecta casos de incumplimiento de estos, emitir recomendaciones para evitarlos. Estos incumplimientos pueden producirse en casos aislados o de forma relativamente generalizada, lo que podríamos denominar vulneraciones estructurales de los derechos. Conviene, antes de analizar el trabajo de la CNDH, realizar algunas consideraciones conceptuales de carácter general.

Cada figura del catálogo de derechos humanos tiene un contenido más o menos abierto pero que no podemos inventar. Este contenido viene determinado sobre todo, además de por las normas de reconocimiento o creación de cada derecho (Constituciones y tratados ratificados), por su desarrollo en las leyes nacionales (completadas a veces con normas del ejecutivo) y en la jurisprudencia vinculante, considerándose tal normalmente la emitida por el más alto tribunal de cada país y por los tribunales internacionales (en Latinoamérica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en ocasiones, el Tribunal de Justicia

de la Unión Europea).¹ Podemos completar estos contenidos con otras normas o documentos “oficiales” de más discutible fuerza vinculante, siempre que lo argumentemos de manera convincente, pero no entraremos aquí en cómo debe realizarse tan importante tarea. Este libro comienza dando por sentado este paso previo: el *Ombudsman* ya ha argumentado cuál es el contenido del derecho. Una vez realizada esa afirmación, el siguiente paso consiste en demostrar que el derecho se ha incumplido, y aquí conviene detenerse un poco más, pues el concepto de incumplimiento no siempre se utiliza correctamente y muchas veces se confunde con el de garantía.

Creemos que para una INDH es importante distinguir entre cumplimiento y garantía de un derecho. Los poderes públicos suelen desempeñar ambas funciones pero el *Ombudsman* solo garantiza derechos. El cumplimiento siempre es previo a la garantía y esta se pone en marcha cuando el incumplimiento se ha producido (o cuando queremos defender esta tesis).

Un derecho se cumple de dos maneras: por omisión (en los derechos de defensa) o por acción (en los derechos de prestación). Raramente un derecho es solo defensivo. Por ejemplo, hoy se acepta que al menos el derecho a la vida e integridad, además de exigir omisiones (que nadie afecte a esos bienes), incluye un deber estatal de protección, a veces exigible por sus titulares (contenido subjetivo) y a veces no (contenido objetivo).

La diferencia entre cumplimiento y garantía es importante para precisar el papel de cada obligado en la satisfacción de los derechos. Si no determinamos bien por quién y cómo deben cumplirse los derechos, mal podremos avanzar en su posterior garantía. Uno de los temas peor estudiados de la teoría general de los derechos es el punto de vista del sujeto pasivo (a veces ni aparece en los libros sobre derechos), aunque cada vez es más frecuente leer afirmaciones del

¹ Para más detalles sobre el papel de los distintos órganos de determinación del contenido de los derechos, G. Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005, pp. 95 y ss.

tipo: “la expansión de los derechos puede ser positiva, pero estos sirven de poco sin deberes correlativos de otros”.

Cumplir un derecho es realizar las acciones u omisiones que conforman su contenido, de ahí la importancia de precisar previamente en qué consiste dicho contenido. Si concretamos bien el contenido de un derecho, constatar su incumplimiento es tarea sencilla desde el punto de vista jurídico-argumentativo. Veamos dos ejemplos de determinaciones del contenido de un mismo derecho, seguidas de la afirmación de su incumplimiento:

- 1) El derecho a la integridad física prohíbe que cualquiera (obligado universal) toque el cuerpo de cualquiera (titular universal) sin su consentimiento (contenido defensivo). Si A toca el cuerpo de B sin su consentimiento, incumple el derecho a la integridad física.
- 2) El derecho a la integridad física obliga a las autoridades públicas (entre ellas, la policía) a proteger (con debida diligencia) a las víctimas de trata (contenido prestacional en sentido amplio). Si la policía del país A no protegió diligentemente a la víctima B, incumple el derecho a la integridad física.

Se trata de dos contenidos claros del derecho a la integridad física (sin duda, este derecho incluye muchos otros); como se advierte, resulta sencillo afirmar jurídicamente que en ambos casos A incumplió con este derecho, y para llegar a esta conclusión lo importante no es tanto la argumentación jurídica como demostrar que realmente se produjo el hecho violatorio.

Uno de los pocos autores que se enfrentan bien al problema de la necesaria distinción entre cumplimiento y garantía es el jurista italiano Luigi Ferrajoli,² aunque él utiliza una terminología diferente. La referencia interesa, pues adelanta un tema importante para el *Ombudsman*, las obligaciones del legislador:

² *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 61-62.

Es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso [de incumplimiento]. En otras palabras, que existan lagunas primarias, por defecto de estipulación de las obligaciones y prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y lagunas secundarias, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las garantías secundarias. Pero tampoco en tales casos es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá solo lamentar la laguna que hace de él un “derecho de papel” y afirmar la obligación del legislador de colmarla.

Lo que Ferrajoli denomina garantías primarias y garantías secundarias es lo que preferimos llamar, respectivamente, cumplimiento y garantía.

Cuando el obligado es el Estado (el supuesto más típico) y este debe realizar una acción positiva a favor del derecho (como sucede por definición en los derechos de prestación), a veces se confunden cumplimiento y garantía. Por ejemplo, cuando la Administración otorga asistencia médica no está garantizando el derecho a la salud sino cumpliéndolo, y cuando no lo hace, es cuando aparece la garantía; por ejemplo, un juez que condena a la Administración a indemnizar por los daños derivados de una asistencia sanitaria inexistente, insuficiente o deficiente, está garantizando el derecho a la protección de la salud, no cumpliéndolo. Recordemos: las garantías aparecen cuando los derechos no se cumplen o, mejor dicho cuando alguien alega su incumplimiento.

Como regla, el Parlamento y la Administración deben primero cumplir los derechos y después el Poder Judicial garantizarlos. Ahora bien, hay excepciones, pues en casi todos los derechos procesales (p. ej., art. 8 CADH), quien debe cumplirlos (y no garantizarlos) es el Poder Judicial.

Conviene detenerse un poco más en la posición de la Administración, pues se trata del ámbito más típico de control del *Ombudsman*:

- 1) La Administración *cumple* con los derechos cuando realiza los actos que conforman su contenido y que les impone la ley; por ejemplo, al financiar una confesión religiosa, registrar una asociación, proteger el orden en una manifestación o prestar asistencia médica. Si no lo hace, o lo hace de manera incompleta o defectuosa, entran en juego las garantías (p. ej., la justicia contencioso-administrativa o el Defensor del Pueblo).
- 2) La Administración *garantiza* los derechos cuando los obligados por los mismos los incumplen, y ello puede suceder en dos tipos principales de supuestos:
 - a) Cuando la ley permite que determinados servicios públicos asociados a derechos fundamentales sean prestados por particulares, la Administración debe supervisar el correcto cumplimiento de aquéllos. Así sucede por ejemplo con los centros concertados de enseñanza: aquí las autoridades no cumplen directamente con las obligaciones típicas del contenido del derecho a la educación (prestar el servicio educativo) sino que supervisan el cumplimiento por parte de otros.
 - b) En determinados sectores los ataques a los derechos fundamentales procedentes de particulares son demasiado frecuentes pero están relativamente bien definidos e identificados. En relación con alguno de ellos se han constituido nuevas Administraciones, por lo general independientes (cuya constitucionalidad o al menos legitimidad puede considerarse problemática),³ léase, inmunes a las instrucciones del Presidente del ejecutivo, cuya principal tarea es proteger, previamente a la vía judicial, frente a tales ataques. Algunos ejemplos son las

³ Cuando es la propia Constitución quien regula estas Administraciones (como es el caso de la mexicana, que incluye numerosos “órganos constitucionales autónomos”), no se plantea obviamente este problema, pero sí su legitimidad democrática (bien planteada en P. Salazar Ugarte, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana*, FCE, México, 2017), que con carácter general puede enunciarse como sigue: ¿hasta qué punto las Administraciones independientes pueden limitar el campo de actuación de los órganos elegidos directa o indirectamente por el pueblo? En América Latina, donde tenemos elección directa del Presidente de la República (no así en España, sistema parlamentario), este problema se plantea todavía más claramente.

autoridades de protección de datos (que garantizan este derecho fundamental sobre todo cuando es incumplido por las empresas) y las autoridades de defensa de los consumidores. También el Ministerio Fiscal o Público (institución más próxima a la Administración que al Poder Judicial) podría desempeñar un papel similar.

El papel de las Administraciones en la garantía de los derechos va a crecer en los próximos años, no solo por el tránsito del Estado prestador (que cumple directamente con los derechos) al Estado garante (que supervisa ese cumplimiento) sino también porque la experiencia demuestra que centrar en los tribunales la garantía de los derechos es una empresa condenada al fracaso: en todos nuestros países el Poder Judicial sufre de un déficit estructural. Ciertamente, esta nueva perspectiva de la Administración exige un cambio de modelo, donde entre otras cosas se asegure la independencia de los organismos de control y su sometimiento a reglas claras que garanticen un procedimiento justo. Las tendencias más avanzadas del actual Derecho administrativo caminan precisamente en esta doble dirección.

Una vez aclarado cuál es el contenido de un derecho y quién y cómo se ha incumplido, conviene verificar si se trata de un incumplimiento excepcional o estructural. La demarcación evidentemente es sutil, tiene bastante de apreciación subjetiva y en todo caso exige poseer mucha información, lo que no siempre estará a nuestro alcance. Veamos por ejemplo la violencia doméstica, una forma evidente de incumplimiento del derecho a la vida e integridad. ¿Existe en mi país un incumplimiento excepcional o estructural de esta faceta del derecho? Primero, necesitamos muchos datos. El dato del número de mujeres fallecidas en estas situaciones no parece difícil de lograr pero seguramente sí lo sea el saber cuántas más mujeres sufren otros tipos de violencia, pues muchas no lo denuncian y el Estado no puede poner cámaras de vigilancia en el interior de las viviendas. Aunque tuviéramos el dato (p. ej., cien mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia doméstica al año, por cada 100.000 habitantes), sigue

siendo algo bastante subjetivo afirmar que se trata de un incumplimiento estructural del derecho.

Desde la perspectiva positivista, un derecho existe cuando una norma jurídica lo reconoce y cuando cuenta con garantías frente a su incumplimiento, al menos de tipo judicial. Los derechos humanos solo tienen sentido en Estados constitucionales democráticos y de Derecho. Sin un Estado de Derecho relativamente consolidado resulta una ingenuidad hablar de garantías y por tanto de derechos humanos. El Estado formal de Derecho alude sobre todo a que el Estado cumpla el Derecho, lo que conecta directamente con el tema de las garantías. Las garantías pueden funcionar mejor o peor pero sin un nivel mínimo de efectividad la Constitución y los tratados internacionales se convierten en un fraude. Hay Constituciones que proclaman derechos sin garantías, y esto es una contradicción en los términos (la garantía es elemento necesario de la existencia de un derecho), y hay países donde hay derechos y garantías pero estas no funcionan ni en su grado mínimo, lo que dificulta mucho hablar de derechos propiamente dichos.

En Iberoamérica tenemos un Estado de Derecho de calidad media, esto es, con deficiencias prácticas importantes: relativamente bien construido sobre el papel pero con serias disfunciones en la realidad. No hay violaciones masivas de los derechos pero sí *algunas* vulneraciones persistentes y preocupantes de *algunos* derechos, que tienen *un cierto* carácter estructural, esto es, no se trata de casos aislados sino reiterados y frecuentes: nuevamente una cuestión de grados. En un Estado de Derecho consolidado las vulneraciones de los derechos deben ser esporádicas y aisladas y se resuelven bien con las garantías tradicionales, que son básicamente de tipo judicial.

El concepto de vulneración estructural es sociológico y apenas ha sido desarrollado teóricamente, pues pocos juristas saben Sociología y pocos sociólogos saben Derecho. Nuevamente se trata de una cuestión de grados. Cuando un derecho se vulnera de forma *demasiado* frecuente podemos hablar de un problema estructural, y aquí las garantías tradicionales se quedan cortas. No se trata de un problema nuevo sino que trae causa de un modelo de litigio individualista

y hoy necesitado de cambios importantes. Precisamente el *Ombudsman* responde bien a esta necesidad, pues además de solucionar problemas particulares, puede llamar la atención sobre vulneraciones estructurales, que afectan de igual modo a numerosas personas. Como iremos viendo, esta es la principal finalidad de los Informes de derechos humanos elaborados por las Defensorías del Pueblo.

En algunos países el poder ejecutivo ha publicado planes nacionales de derechos humanos, que obviamente deben partir, como resulta obligado en la elaboración de cualquier política pública seria, de un previo análisis de la situación. Resulta necesario el apoyo público a grupos de investigación independientes y que trabajen con buena coordinación, financiación y claridad en sus objetivos, a efectos de realizar este imprescindible análisis previo, que sin duda también puede corresponder al *Ombudsman*.

La mera redacción de planes de este tipo pone de manifiesto que el ejecutivo es consciente de la existencia de vulneraciones estructurales de los derechos, pues los casos aislados se resuelven con acciones concretas, no con un plan nacional. Si el plan contiene, como resulta natural, medidas estructurales, implícitamente admite que hay problemas estructurales. Un listado provisional de las vulneraciones estructurales de los derechos en cada país puede reconstruirse a partir de los informes sobre países de los órganos de supervisión de los tratados sobre derechos humanos, elaborados por cierto de forma algo artesanal pero que, a diferencia de los escritos académicos, tienen una cierta fuerza vinculante.

El problema de las violaciones estructurales (o más bien su correlativo de garantías estructurales) ha sido abordado en otros países. Por ejemplo, en Estados Unidos se habla de "sentencias estructurales" para conceptualizar los casos en los cuales el Tribunal Supremo da solución a problemas persistentes de vulneración generalizada de derechos. El asunto no es nuevo, pudiendo citarse como precedente la famosa Sentencia *Brown versus Board of Education* (1954), que dio lugar al fin de la segregación racial. Sin embargo, ha sido el Tribunal Constitucional de Colombia quien más ha desarrollado este tipo de razonamiento, llegando incluso a construir un concepto propio, el

“estado de cosas inconstitucional”, utilizado para imponer un amplio número de medidas a los poderes legislativo y ejecutivo, con intención de poner fin a la vulneración estructural, por ejemplo, de los derechos de los reclusos (Sentencias 153/98, sobre el hacinamiento carcelario y 608/98, sobre la salud en los centros penitenciarios) o de las víctimas del desplazamiento forzado (Sentencia 25/04).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace lo mismo, sin decirlo expresamente: ya superan la decena las sentencias de Estrasburgo que dicen (aunque suavemente) a los Estados miembros lo que deben hacer para solucionar problemas que también son considerados estructurales: por ejemplo, Burmych y otros contra Ucrania, de 12 de octubre de 2017; AEA contra Grecia, de 15 de marzo de 2018; o GIEMSRLL contra Italia, de 28 de junio de 2018. No hay sin embargo una regla clara, aparte quizás de la llegada de un alto número de demandas sobre el mismo tema, que permita al Tribunal de Estrasburgo afirmar la presencia de una vulneración estructural.⁴ Lo mismo sucede en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en numerosas ocasiones incluye en sus fallos medidas de alcance general.⁵

Nos encontramos ante el problema más importante para la garantía de los derechos, de especial interés para el *Ombudsman*, pues de poco sirve solucionar casos aislados si persisten muchos otros iguales y todo parece indicar que continuarán en el futuro. Pese a

⁴ El propio Tribunal habla de “casos repetitivos”: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf. Es evidente que el tema va mucho más allá, y las críticas (más doctrinales que políticas) no se han hecho esperar, pues no solo se altera el tradicional equilibrio de poderes sino también (y esto segundo nos parece más relevante) la concepción tradicional de la justicia como mecanismo de protección de casos individuales. Aquí debe avanzarse con sumo cuidado, seleccionando muy bien los casos a tratar como “piloto” y sobre todo las “políticas” que se proponen, pues hay un alto riesgo de cometer errores; p. ej., D. Kurban, “Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights’ Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations”, *Human Rights Law Review*, núm. 16, 2016. Un Tribunal debe tener mucha información y apoyo para proponer políticas, y aquí nuevamente el *Ombudsman* podría colaborar.

⁵ Para un resumen, S. García Ramírez y C. Zanghi, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 455-460.

estos recientes avances de los tribunales regionales (en todo caso subsidiarios y estadísticamente muy excepcionales), el sistema judicial no está bien diseñado para combatir las vulneraciones estructurales de los derechos, de ahí la necesidad de que el *Ombudsman* cubra esta laguna.

Aunque la cuestión variará según las características (en la norma y en la realidad) de cada país, veamos por qué se produce este déficit de la garantía judicial:

- 1) Si la vulneración procede de una ley contamos con el control, que puede ser concentrado o difuso, de constitucionalidad de las leyes y con el control de convencionalidad de las leyes. Este segundo mecanismo es relativamente reciente y no siempre funciona de manera correcta; en todo caso, su aplicación es muy excepcional. En cuanto al primero, encontramos que, si es concentrado (cuando es difuso raramente sirve para solucionar el problema estructural, pues los jueces concretos suelen limitarse a resolver casos concretos) solo puede activarse mediante procedimientos muy especiales; así, en el modelo predominante en Europa: a) el recurso directo contra leyes solo puede presentarse en un plazo determinado y por un grupo muy concreto de legitimados, entre los cuales no se encuentran los ciudadanos afectados (si nadie recurre en plazo, este procedimiento nunca podrá utilizarse); b) el recurso indirecto a través de un juez, no sujeto a plazo, depende de la libre decisión de este juez y solo cuando el caso llega a su conocimiento (y en muchos países hay serios problemas de acceso a la justicia).
- 2) Si la vulneración procede de la falta de ley, muchos países carecen de un procedimiento de control de las omisiones legislativas (fundamental para solucionar vulneraciones estructurales de derechos sociales e inclusive de derechos reaccionales, pues recordemos que estos suelen incluir un deber estatal positivo de protección), y solo con mucha imaginación podrá conseguirse que se obligue al Parlamento a actuar.

- 3) Si la vulneración procede de un reglamento o acto administrativo, en principio los afectados podrían recurrir ante la justicia contencioso-administrativa, aunque raramente una vulneración estructural va a producirse por acto administrativo. Aquí el problema que puede plantearse es la falta de legitimación.
- 4) Si la vulneración procede de una política pública compuesta por un complejo de reglamentos, actos y omisiones (y esto será lo habitual cuando de vulneraciones estructurales se trata), no será fácil identificar el objeto del recurso, y si no hay un objeto claro, la demanda se inadmitirá.
- 5) Si la vulneración procede de la falta de una política pública, además del problema anterior nos encontraremos con dificultades añadidas para controlar las omisiones de la Administración.

En estas circunstancias, resulta clave que el *Ombudsman*, además de argumentar correctamente sobre el contenido de los derechos, investigue sus incumplimientos, y cuando constate que estos son generalizados, emita recomendaciones generales. Un incumplimiento excepcional amerita un procedimiento y una recomendación particular; un incumplimiento generalizado, un informe monográfico y un conjunto de recomendaciones que vayan más allá de un caso particular.

A las violaciones estructurales de derechos corresponden recomendaciones generales. Veamos si esta categoría aparece como tal en la actuación del *Ombudsman* iberoamericano. En México las "recomendaciones" (en sentido amplio) se sistematizan en seis categorías: recomendaciones, recomendaciones por violaciones graves, recomendaciones generales, recomendaciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, acciones de inconstitucionalidad y pronunciamientos e informes especiales.

Las recomendaciones generales aparecen mencionadas en el Reglamento interno de la CNDH (última versión actualizada a 22 de diciembre de 2017). Aunque no se concreta expresamente cuándo procede su emisión, se señala:

La Comisión Nacional también podrá emitir recomendaciones generales a las diversas autoridades del país, a fin de que se promuevan las modificaciones de disposiciones normativas y prácticas administrativas que constituyan o propicien violaciones a los derechos humanos. Estas recomendaciones se elaborarán de manera similar que las particulares y se fundamentarán en los estudios realizados por la propia Comisión Nacional a través de las visitadurías generales, previo acuerdo del presidente de la Comisión Nacional. Antes de su emisión, estas recomendaciones se harán del conocimiento del Consejo Consultivo para su análisis y aprobación.

Las Recomendaciones Generales contendrán en su texto los siguientes elementos:

1. Antecedentes;
2. Situación y fundamentación jurídica;
3. Observaciones, y
4. Recomendaciones.

Las recomendaciones generales no requieren aceptación por parte de las autoridades a quienes vayan dirigidas. Se publicarán en la Gaceta y en el *Diario Oficial de la Federación*. El registro de las recomendaciones generales se realizará de forma separada, y la verificación del cumplimiento se hará mediante la realización de estudios generales.

Analizado el contenido de las distintas categorías de recomendaciones en sentido amplio, se comprueba que se emiten recomendaciones generales no solo en las así llamadas sino también en buena parte de todas las demás categorías, y al menos en las acciones de inconstitucionalidad y en los informes especiales.

Desde la toma de posesión del actual Presidente hasta mayo de 2019, la CNDH ha emitido un total de 13 recomendaciones generales (desde la núm. 22), 555 acciones de inconstitucionalidad (la gran mayoría contra leyes estatales) y 17 informes especiales.

La CNDH ha realizado un importante esfuerzo para demostrar violaciones estructurales de los derechos, proponiendo consecuentemente recomendaciones para evitarlas, que trascienden los casos particulares. En este trabajo realizamos una selección de algunas de las recomendaciones generales (en el sentido material de la expresión) más importantes emitidas por la Institución en los últimos cinco años, se encuentren contenidas en informes monográficos o en los documentos denominados expresamente “recomendaciones generales”.

Partiendo de que el incumplimiento más o menos generalizado del derecho ha sido demostrado (cuestión en la que no entraremos aquí), es muy importante argumentar correctamente las recomendaciones subsiguientes. En este estudio no vamos a realizar una propuesta completa de cómo debe realizarse esta argumentación (tema este pendiente de otro trabajo, ahora en elaboración) sino tan solo a incidir en uno de sus elementos, cuya utilidad ya ha sido demostrada en el capítulo anterior, escrito por el profesor Nash, y al que remitimos: el poder a veces no escucha al *Ombudsman* (y mucho menos le responde), pero si este va de la mano del Derecho internacional, quizás tenga más suerte. Parece el peor de los argumentos, el de autoridad (“no lo digo yo, lo dicen los órganos internacionales”), pero en realidad va más allá, pues en bastantes ocasiones es también un argumento de coherencia (en términos jurídicos, de interpretación sistemática externa), y este es más importante.⁶

La CNDH apoya sus argumentos muchas veces en los documentos internacionales, sean vinculantes o no, siendo una de las INDH del mundo que mejor uso está haciendo del Derecho internacional. En lo que sigue, tras la selección de algunas de las recomendaciones generales de la CNDH producidas en los últimos años, buscaremos

⁶ Sobre el buen uso de los argumentos de autoridad y sistemático externo en materia de derechos humanos, G. Escobar Roca y R. García Manrique, *Argumentación e investigación en derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 41 y ss., 63 y ss., 119 y ss. Y 187 y ss.

su apoyo en los documentos internacionales⁷ (recopilando los citados por la propia CNDH y añadiendo muchos otros), con la intención de mostrar una buena práctica y realizar un ejercicio útil que pueda coadyuvar a la mejora del trabajo futuro de la propia CNDH y de otras INDH.

En muchos temas, las recomendaciones de la CNDH se reiteran en varios de sus documentos o son muy dependientes de las peculiaridades del contexto mexicano. Nos hemos tomado la licencia de reescribirlas en un lenguaje que resulte más “exportable” a otros países, pues nuestra intención no es solo sistematizar el trabajo de la CNDH sino también darlo a conocer en otras latitudes. Al inicio de cada bloque temático se citan los documentos más relevantes de la CNDH donde encontrar las recomendaciones originales.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN (AGRAVIOS A PERIODISTAS)

Recomendación General Núm. 24, de 8 de febrero de 2016

- *Recomendación I: Investigar con diligencia los agravios cometidos contra los periodistas y crear fiscalías y unidades especiales de investigación y persecución de los delitos cometidos contra ellos, así como los mecanismos locales y los órganos de coordinación necesarios para garantizar la protección de este colectivo*

Tal y como se recogió en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Québec, los Estados deben asegurar que los periodistas y los líderes de opinión tengan la libertad de in-

⁷ Para un estudio algo más amplio en el tiempo (desde Recomendación General Núm. 1 hasta la Núm. 30), no limitado a las conexiones de las recomendaciones con el Derecho internacional, puede acudir a la excelente síntesis de H. Fix-Zamudio y H. Fix-Fierro, *Las recomendaciones generales de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 2017.

investigar y publicar sin miedo a represalias, acoso o acciones vengativas, incluyendo el mal uso de leyes contra la difamación.⁸

En el mismo orden de ideas, la Declaración de Santiago sobre Democracia y Confianza Ciudadana indica que la democracia se fortalece con el pleno respeto a la libertad de expresión, al acceso a la información y a la libre difusión de las ideas y todos los sectores de la sociedad, incluyendo los medios de comunicación a través de la información plural que difunden a la ciudadanía, pueden contribuir a un ambiente de tolerancia de todas las opiniones, propiciar una cultura de paz, y fortalecer la gobernabilidad democrática.⁹

En relación con la obligación estatal de investigar los agravios contra periodistas, la Relatoría para la libertad de expresión ha indicado que los Estados deben realizar investigaciones serias, imparciales y efectivas de los asesinatos, secuestros, amenazas e intimidaciones a periodistas y demás trabajadores de medios de comunicación social.¹⁰ Así, en su informe anual de 2018, ante el recrudecimiento de la violencia contra periodistas, la Relatoría ha reiterado las obligaciones estatales de prevención, investigación, sanción y reparación de los agravios sufridos por el ejercicio de su profesión. De forma concreta, en cuanto a la prevención recomendó a los Estados adoptar mecanismos adecuados para evitar la violencia contra los comunicadores, incluida la condena pública a todo acto de agresión, omitiendo cualquier declaración que pueda elevar el riesgo para los y las periodistas, el respeto del derecho de los y las periodistas a la reserva de las fuentes de información; el entrenamiento y capacitación a los funcionarios públicos y en especial de las fuerzas policíacas o de seguridad y, si fuere necesario, la adopción de guías de conducta o directrices sobre el respeto de la libertad de expresión, la determina-

⁸ 7 OEA, Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, Québec, 2001, p. 9. Disponible en http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/cumbreamericasquebec_planaccion.pdf

⁹ OEA, Declaración de Santiago sobre Democracia y Confianza Ciudadana: un nuevo compromiso de gobernabilidad para las Américas, 2003, p.2. Disponible en http://www.oas.org/xxxiiga/spanish/docs/agdoc4224_03rev3.pdf

¹⁰ CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión, 2003, p. 228. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=139&IID=2>.

ción de sanciones adecuadas de manera proporcionada al daño cometido; así como la elaboración de estadísticas precisas sobre la violencia contra periodistas. Esto supone la **existencia de unidades y protocolos de investigación especiales**, así como la identificación y el agotamiento de todas las hipótesis criminales posibles que vinculen la agresión con el ejercicio profesional de la víctima. Por último, en relación a la sanción y reparación, se hizo un llamamiento a juzgar por tribunales imparciales e independientes a todos los responsables de los asesinatos, agresiones, amenazas y actos de intimidación por causa del ejercicio de la libertad de expresión, **remover los obstáculos legales a la investigación y sanción de dichos delitos**, asegurar a las víctimas y sus familiares una participación lo más amplia posible en la investigación y procesos judiciales, así como una **reparación adecuada**, y eliminar las barreras de género que obstaculizan el acceso a la justicia.¹¹

Respecto de esto último, cabe resaltar que la falta de debida diligencia en la investigación, persecución y sanción de las personas responsables de ataques a periodistas genera una violación del derecho de acceso a la justicia y de las garantías judiciales de las personas afectadas y sus familiares. Además, cada hecho de violencia contra la prensa que queda sin investigar y cada vez que sus responsables no son llevados ante la justicia es una invitación a que se produzcan más agresiones. También es importante que se lleve ante la justicia, no sólo al autor material, sino intelectual de los ataques.¹²

Tras su misión conjunta a México, las Relatorías Especiales de la ONU y la OEA, en junio de 2018, mostrando una profunda preocupación, han instado a las autoridades mexicanas a adoptar las reformas legales que sean necesarias para asegurar una cooperación y coordinación efectiva entre el nivel federal y las entidades federativas, a

¹¹ CIDH, Informe Anual de la CIDH 2018, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, OEA/SER.L/V/II, 17 de marzo de 2019, pp. 283-284. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/IA2018RELE-es.pdf>

¹² Center for International Media Assistance, en colaboración con RELE y UNESCO, Estándares internacionales de libertad de expresión, agosto de 2017, p. 13. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf>.

fin de proteger a periodistas y defensores de derechos humanos. Mientras tanto, todas las entidades federativas deberían contar con **unidades que coordinen e implementen de manera enérgica las medidas de protección** destinadas a periodistas y defensores de derechos humanos establecidas a nivel federal. A fin de asegurar una implementación adecuada de las medidas de protección, se debería establecer un sistema que prevea **sanciones administrativas** para los funcionarios públicos que se desentiendan de sus obligaciones y que resulte accesible para todos los beneficiarios.¹³

También resaltaron la necesidad de adoptar una variedad de medidas significativas y sostenibles para fortalecer la capacidad de la FEADLE de abordar la situación estructural de impunidad en la cual persisten los delitos contra periodistas, como por ejemplo, adoptar un protocolo donde se expongan los principios y las obligaciones legales de quienes están a cargo de investigar delitos contra la libertad de expresión y se establezca un estándar común sobre cómo impulsar una investigación oportuna, diligente, independiente y transparente de estos casos, congruente con los estándares internacionales de derechos humanos y las mejores prácticas, en consulta con la sociedad civil. A fin de asegurar la rendición de cuentas, deberían adoptarse medidas de seguimiento en colaboración con actores nacionales e internacionales, incluida la participación de los Relatores Especiales de la ONU y la CIDH y de ACNUDH.¹⁴

¹³ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, pp. 18-20. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

¹⁴ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, pp. 18-20. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

- *Recomendación II: Ejercer (la Procuraduría General de la República) la facultad de atracción de los delitos cometidos contra los periodistas*

Tras la reforma constitucional de 2012, la Procuraduría General de la República cuenta con la facultad de atracción para el enjuiciamiento de delitos contra periodistas, en los casos y las condiciones que el Código Federal de Procedimientos Penales así lo determina. Sin embargo, ante la ausencia de criterios precisos y definidos para el ejercicio de tal competencia por parte de la Fiscalía, se está generando una selección de casos o retrasos en algunas investigaciones, con el riesgo de impunidad que ello supone.

La selección de casos sobre los cuales ejercer la facultad de atracción debería regularse de la manera más clara y objetiva posible para evitar que la decisión se tome en virtud de **criterios de mera oportunidad**. La discrecionalidad es algo difícil de ejercer, con carácter general, y más aún en materia penal, pues introduce o puede introducir un elemento de arbitrariedad en el castigo que tendencialmente podría ser poco compatible con algunos principios constitucionales y procesales. Por tanto, resulta conveniente que la ley regule las condiciones de ejercicio de esta facultad: requisitos, plazo, competencia, efectos, recursos, etcétera.¹⁵

Al respecto, resulta procedente recordar lo indicado por la Corte Interamericana, al señalar que el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Lo anterior incluye, entre otras medidas, establecer un sistema de **justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación** por la privación

¹⁵ M. Beltrán de Felipe, "La facultad de atracción como mecanismo excepcional de alteración del reparto de competencias jurisdiccionales en materia penal: un estudio de las reformas de legislación mexicana de 2012 y 2013", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 20, 2016, p. 61. Disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/ajc.20.02>.

de la vida por parte de agentes estatales o particulares. Asimismo, resaltó que investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad internacional del Estado y que esa obligación se desprende de la garantía del artículo 1.1 de la Convención y si se llegare a comprobar cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida. En ese mismo sentido, el Tribunal indicó que la **ausencia de mecanismos efectivos de investigación de violaciones del derecho a la vida y la debilidad de los sistemas de justicia** para afrontar dichas violaciones pueden propiciar, en los Estados, un clima de impunidad respecto de estas, y, en ciertos contextos y circunstancias, pueden llegar a configurar situaciones generalizadas o graves esquemas de impunidad, estimulando y perpetuando, así, la repetición de las violaciones.¹⁶

Procede mencionar en este punto lo constatado por la misión conjunta de las Relatorías Especiales OEA y ONU en México en 2018, que determinaron que México ha realizado escasos avances en la erradicación de la impunidad desde 2010. La impunidad por los asesinatos y otros ataques contra periodistas ha sido documentada por instituciones gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil, y estos datos sugieren que al menos el 99,6 % de estos delitos aún no han sido esclarecidos. Es inadmisibles que el Gobierno mexicano siga sin investigar exhaustivamente estos delitos y juzgar a los responsables. Durante la visita, los Relatores Especiales escucharon varias historias que revelan los altos niveles de temor y autocensura que causaron, entre los periodistas y sus comunidades, la impunidad y la profunda desconfianza en que las autoridades logren justicia y protejan el Estado de Derecho.¹⁷ Dada la gravedad y la magnitud de la

¹⁶ Corte IDH, Caso Carvajal Carvajal y Otros vs Colombia, Sentencia de 13 de marzo 2018, párrs. 163-164. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_352_esp.pdf.

¹⁷ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, p.12. Disponible en

crisis actual y la falta de independencia de muchas autoridades locales, los Relatores Especiales consideran que es imperativo que las autoridades gubernamentales intensifiquen el uso de la potestad legal de la FEADLE para investigar y enjuiciar delitos contra periodistas y adoptar medidas de amplio alcance que pongan fin a la impunidad. Así, se instó a las autoridades mexicanas a establecer **criterios claros, objetivos y transparentes con respecto a la facultad de la FEADLE** de llevar a cabo investigaciones de delitos contra periodistas que no se encuadren en su “jurisdicción original”, a fin de evitar que se frustren las investigaciones penales con demoras irrazonables y confusiones en cuanto a jurisdicción. Asimismo, en aras a asegurar la calidad de la rendición de cuentas, se solicitó a las autoridades **compilar y publicar estadísticas detalladas sobre las actividades de la FEADLE**, a saber, la cantidad de investigadores, el presupuesto disponible, la cantidad de casos dentro de su competencia, el tipo de delitos investigados, el estado de las investigaciones, el tipo de presunto agresor y las condenas obtenidas.¹⁸

- *Recomendación III: Capacitar a servidores públicos en materia de libertad de expresión*

La Corte Interamericana ha insistido en diversas sentencias en la necesidad de proveer **capacitación adecuada** a los agentes del Estado que tienen obligaciones generales o especiales en materia de derechos humanos, a efecto de prevenir violaciones reiteradas como consecuencia de la falta de preparación, información o comprensión de los deberes del Estado en diversos ámbitos. Entre éstos destacan, por la frecuencia de los hechos violatorios, los concernientes a seguridad pública, persecución de delitos e impartición de justicia. Sin

https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

¹⁸ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, pp. 14, 19-20. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

embargo, este tema se manifiesta igualmente en otras hipótesis, entre ellas la concerniente a la libertad de expresión.¹⁹

Así, la Relatoría Especial para la libertad de expresión ha precisado en su informe de 2018 que dada la gravedad y la magnitud de la crisis actual y la falta de independencia de muchas autoridades locales, es imperativo que las autoridades gubernamentales intensifiquen el uso de la potestad legal de la FEADLE para investigar y enjuiciar delitos contra periodistas y adoptar medidas de amplio alcance que pongan fin a la impunidad. Con ese objetivo, se deben proporcionar a la FEADLE todos los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para implementar su mandato. Los investigadores y funcionarios de aplicación de la ley deben estar debidamente equipados y recibir **capacitación especializada** en todos los aspectos de la investigación de delitos contra la libertad de expresión.²⁰

Previamente, en el año 2018, en su informe conjunto, las Relatorías habían instado al Estado a seguir brindando capacitación adecuada sobre seguridad de los periodistas, incluida la formación que tome en cuenta factores de género y culturales, a funcionarios de aplicación de la ley relevantes, y garantizar que todos sus manuales y pautas de actuación cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos sobre libertad de expresión.²¹

¹⁹ Sociedad Interamericana de Prensa, La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018, 2018, P. 103. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>

²⁰ CIDH, Informe Anual de la CIDH 2018, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, OEA/SER.L/V/II, 17 de marzo de 2019, p. 302. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/IA2018RELE-es.pdf>

²¹ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, p.18. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

- *Recomendación IV: Dictar leyes estatales y reglamentos locales de protección de periodistas en riesgo y despenalizar la injuria, la difamación y la calumnia*

La UNESCO, a través de la Declaración de San José, ha instado a los Estados a crear un entorno jurídico e institucional seguro para que los periodistas puedan informar, y a poner en práctica medidas de salvaguardia para aquellos que son susceptibles de ser atacados por su trabajo; y en particular garantizar que los crímenes contra periodistas o medios de comunicación estén sujetos a investigaciones y enjuiciamientos independientes, rápidos y eficaces.²²

En relación con ello y con el fin de garantizar la seguridad de los periodistas en el ejercicio de su profesión, la Relatoría Especial para la libertad de Expresión instó a las autoridades a adoptar las reformas legales que sean necesarias para asegurar una cooperación y coordinación efectiva entre el nivel federal y las entidades federativas, a fin de proteger a periodistas y defensores de derechos humanos. Asimismo, se recordó la importancia de brindar al mecanismo de protección federal los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar su mandato. En particular, aumentar la cantidad de analistas de riesgo que trabajan en el mecanismo de protección federal, así como la cantidad de funcionarios a cargo de supervisar la implementación de medidas. Otra de las necesidades detectadas fue la de reforzar la capacidad del mecanismo federal de dar seguimiento a la situación de los periodistas que sean beneficiarios de medidas de protección y evaluar en forma crítica su eficacia.²³

Por último, los Relatores Especiales consideran positiva la abolición de la difamación penal a nivel federal en 2007. No obstante, la difamación sigue existiendo a nivel estatal en entidades federativas,

²² Naciones Unidas, UNESCO, Declaración de San José- Hablar sin riesgo: Por el ejercicio seguro de la libertad de expresión en todos los medios de comunicación, 2 de mayo de 2013, p. 2. Disponible en <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/WPFD/WPFD-San-Jose-Declaration-2013-es.pdf>

²³ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, pp.18-20. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

mientras que otras cinco mantienen otros tipos de delitos contra el honor en sus códigos penales. Los Relatores Especiales **instan a las autoridades pertinentes en esas entidades federativas a tomar medidas para derogar tales disposiciones, a fin de adecuar su marco legal al marco nacional y a los estándares internacionales.** Asimismo, se utiliza la difamación civil para presionar a periodistas, a menudo a través de demandas presentadas por funcionarios públicos. Varios periodistas en el país han enfrentado demandas infundadas que exigían el pago de cifras exorbitantes por supuestos daños originados por contenidos que han publicado. La falta de regulaciones sobre el uso de demandas infundadas podría disuadir a periodistas de llevar a cabo una rigurosa labor periodística en pro del interés público.²⁴

Esta exigencia de despenalización de la injuria, difamación y calumnia es un reclamo continuo de la Relatoría Especial, que ya en previos informes había solicitado a los Estados promover la derogación de las leyes que consagran la figura de desacato ya que restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático y además son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como promover la modificación de las leyes sobre difamación y calumnia criminal para que ellas no sean aplicadas en la misma forma que las leyes de desacato.²⁵ De esta forma, las autoridades mexicanas deberían proceder a la despenalización de dichos delitos en los Estados en que aún están estipulados, a la mayor brevedad posible.

²⁴ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, p.6. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

²⁵ CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión, 2003, p. 228. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=139&IID=2>.

- *Recomendación V: Garantizar la seguridad de los periodistas y comunicadores en eventos públicos, con las medidas y protocolos necesarios para reaccionar en caso de agresiones contra ellos*

La promoción de la seguridad de los periodistas y la lucha contra la impunidad no deben limitarse a adoptar medidas después de que hayan ocurrido los hechos. Por el contrario, se necesitan **mecanismos de prevención** y **medidas para resolver** algunas de las causas profundas de la violencia contra los periodistas y de la impunidad. Esto conlleva la necesidad de ocuparse de cuestiones como la corrupción, la delincuencia organizada y un marco eficaz para el imperio de la ley a fin de responder a los elementos negativos.²⁶

Los Estados tienen la **obligación de adoptar medidas para prevenir la violencia contra periodistas**, trabajadores y trabajadoras de los medios de comunicación, esta obligación se acentúa ante situaciones o zonas en las cuales existe o se ha detectado un riesgo especial para los periodistas trabajadores de medios de comunicación. Esta obligación resulta particularmente importante en países en los cuales existe un riesgo de que se produzcan estos hechos y en situaciones concretas en que las autoridades saben o deberían haber sabido que hay un riesgo real e inmediato de que se cometan tales delitos. En estas situaciones, la ausencia de una política pública general de prevención puede resultar en una falta del Estado en el cumplimiento de su deber de prevención.²⁷

Junto con la obligación de prevención, los Estados también tienen la obligación de protección, debiendo asegurar que se adopten medidas de protección, efectivas y concretas, en forma urgente destinadas a aquellas personas que puedan ser atacadas por ejercer su derecho a la libertad de expresión. Para ello, se deberían crear **pro-**

²⁶ Naciones Unidas, UNESCO, Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación. Plan de Acción de las Naciones Unidas sobre la Seguridad de los Periodistas y la Cuestión de la Impunidad, 2012, p. 2. Disponible en https://en.unesco.org/sites/default/files/un-plan-on-safety-journalists_es.pdf

²⁷ CIDH, Zonas silenciadas: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión, 15 de marzo de 2017, p. 70. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expression/docs/publicaciones/ZONAS_SILENCIADAS_ESP.pdf.

gramas de protección especializados, que tengan en cuenta las necesidades y los obstáculos locales, en entornos donde exista un riesgo continuo y grave de que se produzcan delitos contra la libertad de expresión. Estos programas especializados deberían incluir una **variedad de medidas de protección, que deberían adecuarse a las circunstancias individuales de la persona en riesgo**, incluido el género, la necesidad o el deseo de continuar llevando a cabo las mismas actividades profesionales y sus circunstancias sociales y económicas.²⁸

3. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (EXPEDIENTES CLÍNICOS)

Recomendación General Núm. 29, de 31 de enero de 2017

- *Recomendación I: Integración de los expedientes clínicos de las usuarias y usuarios de los servicios de salud*

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha interpretado el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referente al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en relación con el párrafo segundo del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, referente a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de cualquier índole. De esa forma, se extrae que el disfrute del más alto nivel posible de salud requiere que los

²⁸ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Declaración conjunta sobre delitos contra la libertad de expresión, 25 de junio de 2012. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=905&IID=2>.

pacientes y el personal médico tengan acceso a la información referente al expediente médico.²⁹

En el mismo sentido se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud, al identificar como elemento integrante fundamental del sistema de salud, un sistema de información sanitaria que funciona satisfactoriamente, esto es, que asegura la producción, el análisis, la difusión y el empleo de información fiable y oportuna sobre los determinantes de la salud, los resultados del sistema de salud y la situación sanitaria.³⁰ Al respecto, también se ha pronunciado el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, precisando que este último derecho requiere, además de la existencia del sistema de información y el debido desglose de los datos que contiene.³¹

En la misma línea, la Asociación Médica Mundial afirma, en la Declaración de Lisboa, que el paciente tiene derecho a recibir información sobre su persona registrada en su historial médico y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive los aspectos médicos de su condición. Además, la información se debe entregar de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pueda entenderla.³²

En el Sistema Interamericano, la Corte IDH ha precisado que resulta evidente la relevancia del expediente médico, adecuadamente integrado, como **instrumento guía para el tratamiento médico y**

²⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 14, sobre "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", E/C.12/2000/4, CESCR, 11 de agosto de 2000, párr. 12, inciso IV. Disponible en <https://undocs.org/es/E/C.12/2000/4>.

³⁰ Organización Mundial de la Salud, *Everybody's Business: Strengthening Health Systems to Improve Health Outcomes*, OMS, 2007, p. 3, (disponible en http://who.int/healthsystems/strategy/everybodys_business.pdf).

³¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008, párr. 71. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/7/11>.

³² Asociación Médica Mundial, Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, reafirmada por la 200ª Sesión del Consejo de la AMM, Oslo, Noruega, Abril 2015, Principio 7. Disponible en <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>

fuentes razonables de conocimiento acerca de la situación del enfermo, las medidas adoptadas para controlarla y, en su caso, las consecuentes responsabilidades. La falta de expediente o la deficiente integración de éste, así como la ausencia de normas que regulen esta materia al amparo de normas éticas y reglas de buena práctica, constituyen omisiones que deben ser analizadas y valoradas, en atención a sus consecuencias, para establecer la posible existencia de responsabilidades de diversa naturaleza.³³

- *Recomendación II: Suministrar los recursos tecnológicos necesarios para facilitar al personal de salud la debida integración del expediente clínico*

La documentación de la atención médica tiene distintos fines, siendo así que se utiliza como medio de comunicación entre médicos y otros profesionales de la salud como enfermeros y kinesiólogos que también atienden al paciente. Además, la documentación clínica sirve como un registro legal en el caso de reclamos por negligencia y juicios de mala praxis. Finalmente, también se utiliza para obtener los datos que serán luego utilizados para la investigación médica y la gestión clínica. La construcción de la historia clínica precisa la integración de información de diversos sistemas. Un centro sanitario debe incorporar la información de admisión, servicios de laboratorio, farmacia, equipos de diagnóstico y servicios médicos, entre otros. Un sistema sanitario debe consolidar la información de varios centros sanitarios, de atención primaria y especializada, entre los que debe tomarse en consideración la información de centros concertados de carácter privado. Además de la información anterior, la historia clínica debe considerar la incorporación de la información que proviene de los estudios genéticos.³⁴

³³ Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Fondo, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 68. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf.

³⁴ J. Carnicero, *De la historia clínica a la historia de salud electrónica*, Pamplona, 2003, p. 69, disponible en <http://www.conganat.org/seis/informes/2003/PDF/CAPITULO2.pdf>.

Tradicionalmente, dichos registros se han realizado en papel, pero con la aparición y auge de las tecnologías, se ha hecho necesario su traspaso a formato electrónico, siendo este último el formato utilizado por la mayoría de las instituciones de salud del mundo. Según la definición de la Organización Internacional de Normalización (ISO, por sus siglas en inglés) los Registros Médicos Electrónicos son el repositorio de información sobre el estado de salud de una persona en formato procesable por una computadora, que es almacenada y transmitida de forma segura y accesible por múltiples usuarios autorizados, disponiendo de un formato estandarizado que es independiente del sistema utilizado y cuyo propósito es el de **acompañar la continuidad del cuidado de forma eficiente y facilitando un cuidado de salud integrado y de calidad**.³⁵

En el contexto latinoamericano, una de las barreras más frecuentemente mencionada por los expertos en cuanto a la utilización de expedientes médicos electrónicos es la financiera, ya que se necesita de una inversión inicial muy alta, y barreras técnicas (como la falta de infraestructura, falta de recurso humano capacitado y problemas de interoperabilidad de los recursos médicos electrónicos). Una vez más, resulta esencial la capacitación de los servidores públicos en el manejo de los recursos, concretamente en informática médica, para asegurar la implementación efectiva de los registros médicos electrónicos.³⁶

La evaluación de los sistemas de información en salud debe realizarse partiendo de tres dimensiones: la tecnológica, la humana y la institucional, siendo la primera de ellas la que nos atañe en este punto. Al respecto, además de ofrecer un acceso a Internet de alta calidad, educación digital y contenido relevante, es necesaria la dispo-

³⁵ ISO, ISO/TR 20514:2005 (en) Health Informatics - Electronic Health Record - Definition, scope and context, disponible en inglés en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-tr:20514:ed-1:v1:es>.

³⁶ Organización Panamericana de la Salud, Registros Médicos Electrónicos en América Latina y el Caribe: Análisis sobre la situación actual y recomendaciones para la Región, 2016, P. 25. Disponible en http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/28209/9789275318829_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

nibilidad de redes móviles. Si bien, el acceso a banda ancha móvil es un elemento fundamental para el uso más eficiente de los servicios de e-salud, actualmente observamos que, aún con plataformas menos sofisticadas tales como el SMS, hay avances en la implementación de la e-salud para la población de menores recursos, que usa equipos móviles poco sofisticados para conectarse a Internet y acceder a información que contribuye a eliminar los obstáculos cotidianos. La disponibilidad de sistemas y políticas de telemedicina es un componente esencial de la dimensión tecnológica. Aunque hay diferentes definiciones de este término, todas coinciden en que significa el uso de TIC para proveer servicios médicos y promover el cuidado de la salud a distancia. Son varios los sistemas relacionados: destacan la teleprevención, el telediagnóstico, la teleadministración y la telecapacitación, que han ayudado a generar beneficios en situaciones de emergencia en contextos complejos.³⁷

En dicho contexto, México debería mantener los esfuerzos de implementación de las reformas en el sector de telecomunicaciones y establecer mecanismos para superar los retos de conectividad de las zonas rurales. Existen áreas de oportunidad en el fortalecimiento de mecanismos de capacitación de los profesionales de la salud y del personal administrativo para que incorporen el uso de las TIC en sus prácticas cotidianas. En los aspectos institucionales, se recomienda establecer una política nacional de e-salud con base en la experiencia de la implementación de las estrategias nacionales previas de 2002 y 2006, las experiencias de los programas estatales de telesalud, e incorporando el marco estratégico del conjunto de herramientas para una estrategia de e-salud nacional de la OMS y la UIT. Por otro lado, hay un gran margen para fortalecer y/o crear los mecanismos de cooperación interinstitucional en e-salud entre los actores del sector. En particular se recomienda una mayor coordinación entre la

³⁷ International Telecommunications Unit, Estudio sobre TIC y salud pública en América Latina: la perspectiva de e-salud y m-salud, 2018, pp. 11-13. Disponible en https://www.itu.int/en/ITU-D/ICT-Applications/Documents/Publications/Estudio_sobre_TICS_y_salud_publica_en_America_latina_S.PDF

Federación y los programas de Telemedicina de las Secretarías Estatales.³⁸

- *Recomendación III: Capacitar al personal sanitario en derechos humanos*

La educación en materia de derechos humanos es un punto de partida fundamental para dotar a los profesionales de la salud de los conocimientos e instrumentos que les permitan promover y proteger los derechos humanos. Al tiempo que les capacita para defender los derechos de sus pacientes, la educación en materia de derechos humanos también desempeña una importante función para ayudar a los profesionales de la salud a defender sus propios derechos humanos.³⁹

Ya desde inicios del siglo XXI, entidades especializadas y organizaciones internacionales han reiterado que las escuelas de medicina incluyan cursos obligatorios sobre la ética médica y los derechos humanos en sus programas de estudios⁴⁰ y han recomendado que los programas de estudios para la formación de los trabajadores de la salud incluyan cursos amplios, obligatorios y que tengan en cuenta los intereses de grupos específicos —como las mujeres— sobre su salud y sus derechos humanos.⁴¹

³⁸ International Telecommunications Unit, Estudio sobre TIC y salud pública en América Latina: la perspectiva de e-salud y m-salud, 2018, pp. 55-56. Disponible en https://www.itu.int/en/ITU-D/ICT-Applications/Documents/Publications/Estudio_sobre_TICS_y_salud_publica_en_America_latina_S.PDF

³⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/60/348, 12 de septiembre de 2005, párr. 11. Disponible en <https://undocs.org/es/A/60/348>.

⁴⁰ Asociación Médica Mundial, Resolución sobre la inclusión de la ética médica y los derechos humanos en el currículo de las escuelas de medicina a través del mundo, Adoptada por la 51ª Asamblea General de la AMM, Tel Aviv (Israel), octubre 1999 y revisada por la 66ª Asamblea General, Moscú (Rusia), octubre 2015. Disponible en <https://www.wma.net/es/policies-post/6731/>.

⁴¹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general No. 24 sobre la mujer y la salud, 1999, apartado f) del párrafo 31. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>.

El Relator Especial en la materia, hace mucho tiempo que muestra su preocupación por que no se preste atención suficiente al derecho a la salud y otros derechos humanos en los programas de estudios y los libros de texto de las escuelas de medicina y enfermería de todo el mundo, siendo así que muchos profesionales de la salud sencillamente no reciben ninguna educación en materia de derechos humanos. Como mínimo, todos los profesionales de la salud deberían recibir formación sobre los derechos humanos de los pacientes, incluido su derecho a la salud; los derechos humanos relacionados con la salud de los grupos vulnerables, como las mujeres, los niños y los discapacitados; y sus propios derechos humanos en lo que respecta a su labor profesional. En la educación en materia de derechos humanos también se deberían incluir en todo momento una serie de consejos prácticos sobre cómo aplicar un enfoque de derechos humanos en la práctica clínica, entre otras cosas, cómo mantener el respeto a la dignidad inherente de todos los pacientes, cómo resistir la presión institucional o social para cometer violaciones, cómo identificar violaciones, cómo facultar a los pacientes o los colegas para defender sus derechos humanos, cómo promover la rendición de cuentas en relación con infracciones presuntas o conocidas y cómo minimizar los riesgos de represalias.⁴²

Los Estados deben adoptar una política o un plan de salud nacional que abarque los sectores público y privado y garantizar la prestación de atención sanitaria, que incluye entre otros aspectos, la adecuada capacitación del personal médico y sanitario.⁴³

La Asamblea General de Naciones Unidas proclamó en 2004 el Programa Mundial para la educación en derechos humanos con el objeto de promover la aplicación de programas de educación en dere-

⁴² Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/60/348, 12 de septiembre de 2005, párrs. 13-15. Disponible en <https://undocs.org/es/A/60/348>.

⁴³ Naciones Unidas y Organización Mundial de la Salud, "El Derecho a la Salud", Folleto informativo núm. 31, junio de 2008, p. 40. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>

chos humanos en todos los sectores. La coordinación internacional del programa, que cuenta con diversas fases cuyos objetivos son acumulativos, corre a cargo del ACNUDH. Precisamente, el Plan de Acción de la Segunda Fase del Programa, que se llevó a cabo entre 2010 y 2014, definía como uno de los ejes prioritarios la formación en derechos humanos de una amplia serie de profesionales adultos que tienen responsabilidades específicas, como agentes estatales, de respetar, proteger y asegurar el disfrute de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción. A fin de que la formación produzca los resultados deseados en el comportamiento y en el desempeño de la labor profesional, debe estar claramente apoyada por las correspondientes políticas y normas de la organización o institución de los educandos y vinculada a esas políticas y normas. Como la formación no debe ser una iniciativa aislada sino parte de la estrategia de fomento de la capacidad en relación con los derechos humanos, es importante que las políticas y reglamentos relativos a la profesión de que se trate también sean revisados para asegurarse de que sean congruentes con las normas de derechos humanos y que promuevan de modo concreto la contribución de esa profesión a los derechos humanos.⁴⁴

4. DERECHO AL TRABAJO (SALARIO MÍNIMO)

Recomendación General Núm. 34, de 14 de noviembre de 2018

- *Recomendación I: Incrementar el salario mínimo*

La OIT ha señalado que establecer y ajustar los niveles salariales es tal vez la parte más difícil del proceso de fijación de los salarios

⁴⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Proyecto de Plan de Acción para la Segunda Etapa (2010-2014) del Programa Mundial para la educación en derechos humanos, A/HRC/15/28, 27 de julio de 2010, párrs. 37-43. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/15/28>.

mínimos. Si se establece un nivel demasiado bajo, el salario mínimo tendrá poco efecto en la protección de los trabajadores y sus familias contra el pago de salarios indebidamente bajos o la pobreza. Si se establece un nivel demasiado alto, los salarios mínimos serán poco respetados y/o tendrán efectos adversos en el empleo. Hace falta adoptar un enfoque equilibrado y basado en datos fácticos que tenga en cuenta, por una parte, las necesidades de los trabajadores y sus familias y, por la otra, los factores económicos. Lograr un equilibrio adecuado entre estos dos tipos de consideraciones es esencial para asegurar que los salarios mínimos se adapten al contexto nacional, y que se tomen en cuenta tanto la protección efectiva de los trabajadores como el desarrollo de empresas sostenibles.⁴⁵

Para mantener su pertinencia, los niveles de salario mínimo tienen que ser ajustados de vez en cuando. El no hacerlo puede dar lugar a que el poder adquisitivo de los trabajadores que ganan el mínimo se deteriore cuando se produzca un aumento de los precios de los bienes y servicios, o puede generar una mayor desigualdad salarial cuando el nivel general de los salarios aumente.⁴⁶

En la Recomendación sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 135), la OIT aclaró que las tarifas de los salarios mínimos deberían ajustarse de tiempo en tiempo para tomar en cuenta los cambios en el costo de la vida y otras condiciones económicas.⁴⁷

Los gobiernos y los interlocutores sociales pueden, en principio, ponerse de acuerdo para revisar el salario mínimo cada vez que lo consideren necesario. Sin embargo, ante la falta de una periodicidad preestablecida, tanto los trabajadores como los empleadores se verán afectados por una cierta incertidumbre. Por ello, una práctica

⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo, Guía sobre políticas en materia de salario mínimo, 2017, p. 60. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/genericdocument/wcms_542028.pdf

⁴⁶ Organización Internacional del Trabajo, Guía sobre políticas en materia de salario mínimo, 2017, p. 61. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/genericdocument/wcms_542028.pdf

⁴⁷ OIT, Recomendación 135 sobre la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo, 1970, Párr.11. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R135

muy frecuente es el ajuste de los salarios mínimos una vez al año, que parece adecuado en los períodos de inflación baja o moderada, ya que proporciona a los trabajadores y los empleadores un margen de previsibilidad apropiado y permite una regularidad razonable, en consonancia con la evolución de las circunstancias económicas.⁴⁸

En América Latina y el Caribe, los salarios mínimos reales se incrementaron a nivel regional en 2018, aunque a una tasa menor a la observada en el año 2017. Ello en un contexto en que la inflación promedio regional de 16 países mantuvo la tendencia decreciente registrada en los últimos años. Los cambios en el salario mínimo en los diferentes países de la región se produjeron en contextos económicos e institucionales distintos. Sin embargo, una forma de evaluar si las variaciones en el salario mínimo son bien absorbidas por las empresas del sector privado es analizar la evolución de la relación entre el salario mínimo y los salarios promedio en dichas empresas. Si bien no es posible indicar un rango adecuado para esta relación, queda claro que los extremos reflejan situaciones anómalas. Así, en uno de los extremos se encuentran países donde la remuneración mínima parece ser muy baja. Es el caso de México, Uruguay, Brasil y Chile, donde los salarios mínimos representan una **proporción menor al 50% de los salarios promedios del sector privado**.⁴⁹ Consecuentemente, las personas que se encuentran cobrando el salario mínimo en México, posiblemente estén expuestas a situaciones de precariedad económica.

- *Recomendación II: Garantizar a los trabajadores las prestaciones necesarias para una vida digna*

Dentro de la Agenda 2030 de desarrollo sostenible, en la que los líderes mundiales han definido una serie de objetivos globales y me-

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo, Guía sobre políticas en materia de salario mínimo, 2017, p. 63. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/genericdocument/wcms_542028.pdf

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo, Panorama Laboral 2018 América Latina y el Caribe, pp. 48-49. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_654969.pdf

tas específicas para erradicar la pobreza, proteger el medioambiente y asegurar la prosperidad de todas las personas, concretamente el Objetivo 8 llama a promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.⁵⁰ Se precisa asimismo que el trabajo decente implica que todas las personas tengan oportunidades para realizar una actividad productiva que aporte un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias; que ofrezca mejores perspectivas de desarrollo personal y favorezca la integración social.⁵¹ De esta forma, queda latente el llamamiento a los gobiernos a asegurar unas condiciones de vida digna a todas las personas sujetas a su jurisdicción. En ese mismo sentido se pronunció la Relatoría Especial sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, al precisar que los Estados deben velar por que todos los trabajadores perciban un salario suficiente que les permita a ellos y a sus familias tener acceso a un **nivel de vida adecuado**.⁵²

A nivel internacional, se analiza la pobreza desde un enfoque multidimensional, siendo que para llevar una vida digna deben considerarse otros factores más allá de los ingresos económicos, como pueden ser la salud, la educación, la alimentación y otras necesidades básicas. Así, aunque la situación de pobreza puede variar en su intensidad y en su duración, desde el enfoque de derechos humanos, es deber de los Estados remover los obstáculos para el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas, grupos y colectividades que viven en esa situación; así como crear las condiciones necesarias que

⁵⁰ Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2015. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.

⁵¹ Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Trabajo decente y crecimiento económico- Por qué es importante, 2015. Disponible en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/8_Spanish_Why_it_Matters.pdf.

⁵² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/21/39 del 18 de julio de 2012, párrafo 84, inciso b). En http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-HRC-21-39_sp.pdf

garanticen una vida digna a las personas que viven en situación de pobreza hasta que se logre su erradicación.⁵³

Tal y como ha indicado María Claudia Camacho en el marco de la OEA, en las condiciones de trabajo no sólo se reflejan las desigualdades, sino que se perpetúan. De ahí la necesidad de atender los desafíos del mercado laboral también en la lucha por la igualdad, además del crecimiento económico y la reducción de la pobreza. Enfrentar estos desafíos implica, entre otros, aumentar la productividad en general y especialmente de los segmentos más precarios; mejorar la formación para el trabajo; ampliar la cobertura de la protección social; mejorar los canales para la creación y formalización de empresas; eliminar la discriminación y mejorar el cumplimiento de la legislación laboral, en especial la protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.⁵⁴

En el marco de la OIT, si bien los Convenios y Recomendaciones al respecto indican que el salario mínimo debe tomar en consideración las necesidades de los trabajadores y sus familiares, al no contener indicaciones precisas sobre las cuantías ni sobre las necesidades a cubrir, se reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados, que en la práctica genera situaciones de desprotección y/o precariedad económica. Así, se inició a hablar de otros términos más allá del salario mínimo, como es el *living wage*, siendo este un salario que permite llevar a los trabajadores y sus familias un estilo de vida sencillo, aunque digno, considerado como aceptable por la sociedad, teniendo en cuenta su nivel de desarrollo económico. Abarca no solamente las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias, como la manutención y el alojamiento, sino también las necesidades sociales y culturales, como la educación y el tiempo libre.⁵⁵

⁵³ CIDH, Pobreza y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de septiembre de 2017, párrs. 78 y 94. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDD-HH2017.pdf>.

⁵⁴ M. C. Camacho, "Desigualdad en el empleo y el trabajo", en OEA, *Desigualdad e inclusión social en las Américas, 14 ensayos*, 2011, p. 274. Disponible en <https://www.oas.org/docs/desigualdad/libro-desigualdad.pdf>

⁵⁵ OIT, Sistemas de Salario Mínimo, Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos,

A la vista de los cambios estructurales demográficos y el envejecimiento paulatino de la población mundial, la OIT también ha resaltado la importancia de desarrollar un marco de política integral que asegure condiciones de vida dignas en todas las fases de la vida, solucionando los déficits, formalizando la economía informal, y garantizando suficiente protección social y sostenibilidad fiscal, reduciendo así las desigualdades. Así, asegurando condiciones de trabajo decentes en el presente, se impulsan las condiciones de vida dignas en la vejez.⁵⁶

- *Recomendación III: Publicar la metodología, informes y estudios empleados para fijar el salario mínimo*

En el marco de los Principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, los Estados deben velar por que los servicios y programas públicos que afectan a las personas que viven en la pobreza **se elaboren y apliquen de manera transparente**. Para ello, deben proporcionar **información accesible y culturalmente adecuada** sobre todos los servicios públicos disponibles para las personas que viven en la pobreza y sobre sus derechos respecto de esos servicios. Esta información debe difundirse activamente por todos los cauces existentes. Esto último, con la finalidad de asegurar que las personas que viven en la pobreza disfruten, individualmente o en asociación con otros, del derecho a buscar, recibir e impartir información sobre todas las decisiones que afecten a su vida, incluyendo cómo hacer efectivos los derechos y libertades de los que son titulares.⁵⁷

1970, retomado en la Conferencia Internacional del Trabajo, 103a. reunión, 2014, párrs. 51 a 53. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_235286.pdf

⁵⁶ OIT, Perspectivas sociales y del empleo en el mundo- Tendencias 2018, p. 54. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_631466.pdf

⁵⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlve-

En ese sentido, la población debe tener acceso a la información utilizada por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos a la hora de establecer y ajustar el salario mínimo, comprobando que dichos procedimientos se realizan a la luz de los estándares y criterios internacionales establecidos al efecto, esto es, considerando las necesidades de los trabajadores y de sus familias; el nivel general de salarios en el país; el costo de la vida y sus variaciones; las prestaciones de seguridad social; el nivel de vida relativo de otros grupos sociales y los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, la productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.⁵⁸

5. DERECHO AL MATRIMONIO (NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL)

Recomendación General Núm. 23, de 6 de noviembre de 2015

- *Recomendación I: Permitir el acceso al matrimonio a todas las personas, impidiendo cualquier tipo de discriminación.*

Uno de los instrumentos más relevantes en el plano internacional a la hora de combatir la discriminación por orientación sexual son los Principios de Yogyakarta,⁵⁹ sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, adoptados por un grupo de expertos en 2007.

El Principio 24 precisamente hace referencia al derecho a formar una familia, determinando que los Estados velarán por que las leyes

da Carmona, A/HRC/21/39 del 18 de julio de 2012, párrs. 42-44, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-HRC-21-39_sp.pdf.

⁵⁸ OIT, Recomendación 135 sobre fijación de salarios mínimos, 1970, disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R135.

⁵⁹ Principios de Yogyakarta, marzo de 2007. Disponible en http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, y adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia, al empleo y a la inmigración.

En el Sistema de Naciones Unidas, el 22 de diciembre de 2008, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el principio de no discriminación, que determina que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.⁶⁰

En la misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, emitió en 2009 una Observación referente a la necesidad de eliminar toda forma de discriminación —formal o sustantiva, directa o indirecta— para permitir el pleno goce y ejercicio de este grupo de derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se pronunció en dicha ocasión respecto de la orientación sexual precisando que los Estados parte deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad.⁶¹

Con el ánimo de hacer más efectiva esa lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual, el Consejo de Derechos

⁶⁰ Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3, disponible en <https://undocs.org/es/A/63/635>

⁶¹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, “Observación General Núm. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/GC/20&Lang=en

Humanos de Naciones Unidas aprobó en 2016 una Resolución para el nombramiento de un Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, encomendándole, entre otros, el mandato de trabajar, en cooperación con los Estados, para promover la aplicación de medidas que contribuyan a la protección de todas las personas contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, así como organizar, facilitar y apoyar la prestación de servicios de asesoramiento, asistencia técnica, fomento de la capacidad y cooperación internacional en apoyo de las iniciativas nacionales de lucha contra la violencia y la discriminación de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género.⁶²

En el contexto de la OEA, la Asamblea General ha emitido varias Resoluciones referentes a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, siendo la primera de ella en 2008, manifestando la preocupación por la violencia y violaciones de derechos humanos cometidas contra individuos a causa de su orientación sexual.⁶³ Posteriormente, en 2012, el mismo órgano condenó la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instó a los Estados a eliminar, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas, las barreras que enfrenta el colectivo LGTBI en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como **evitar interferencias en su vida privada**.⁶⁴

⁶² Naciones Unidas, Asamblea General, "Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016 para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género", A/HRC/RES/32/2, 15 de julio de 2016. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/PDF/G1615418.pdf?OpenElement>.

⁶³ OEA, Asamblea General, Resolución 2435, "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", 3 de junio de 2008, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf.

⁶⁴ OEA, Asamblea General, Resolución 2721, "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", 4 de junio de 2012, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. En un primer momento, en el año 2012 la Corte IDH determinó en el *Caso Atala Riffo vs Chile* que, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, **la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención**. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁶⁵

El último pronunciamiento de la Corte IDH en la materia ha sido la Opinión Consultiva 24 de 2017, estableciendo que la Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar, así como del derecho a la protección de la familia, el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y **se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos**, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 93. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.⁶⁶

Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia —sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil— no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.⁶⁷ En ese sentido, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida. Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes.⁶⁸

Agregó la Corte IDH que si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por **extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo —incluyendo el matrimonio—**, de conformidad con el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal consideró que este sería el medio más sencillo y eficaz para

⁶⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24-2017, "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 24 de noviembre de 2017, párr. 199. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁶⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24-2017, "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 24 de noviembre de 2017, párr. 220. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁶⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24-2017, "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 24 de noviembre de 2017, párr. 225. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.⁶⁹

Por otra parte, la Corte reiteró su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.⁷⁰

6. DERECHO A LA VIDA (DESAPARICIONES FORZADAS)

Informe especial sobre desaparición de personas y fosas clandestinas en México (2016)

- *Recomendación I: Instruir a los agentes del Ministerio Público para que en cuanto se pongan a su disposición personas detenidas, se actualice la información del Registro Administrativo de Detenciones y se remita el listado a las instancias competentes de las entidades federativas*

En relación con la obligación de registro de todos los casos de desaparición forzada, recientemente el Comité contra la Desaparición Forzada ha recordado que los Estados deben establecer un **registro consolidado de todos los casos de desaparición forzada** ocurridos en el territorio nacional o cuyas víctimas sean personas de la nacionalidad del Estado desaparecidas en el exterior. Este registro debe reflejar el número total de personas desaparecidas, aquellas encon-

⁶⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24-2017, "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 24 de noviembre de 2017, párr. 218. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁷⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24-2017, "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 24 de noviembre de 2017, párr. 219. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

tradas posteriormente, con vida o muertas, y las que siguen desaparecidas.⁷¹

Asimismo, en referencia al registro de detenciones, el Comité ha precisado que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los casos de privación de libertad, sin excepción, sean inscritos en registros oficiales y/o expedientes actualizados y que incluyan, como mínimo, la información que requiere el artículo 17, párrafo 3, de la Convención. Los registros o los expedientes de las personas privadas de libertad deberán completarse y actualizarse de manera pronta y precisa y estarán sujetos a comprobaciones periódicas y, en caso de irregularidades, los funcionarios responsables serán debidamente sancionados.⁷²

El Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de contar con un registro único de personas desaparecidas a nivel nacional que permita establecer estadísticas confiables con miras a desarrollar políticas públicas integrales y coordinadas encaminadas a prevenir, investigar, sancionar y erradicar este delito aberrante. Dicho registro debería, como mínimo: a) reflejar de manera exhaustiva y adecuada todos los casos de personas desaparecidas, incluyendo información acerca del sexo, edad y nacionalidad de la persona desaparecida y lugar y fecha de desaparición; b) incluir información que permita determinar si se trata de una desaparición forzada o de una desaparición cometida sin ninguna participación de agentes estatales; c) permitir generar datos estadísticos respecto de casos de desaparición forzada aun cuando hayan sido esclarecidos; y d) ser completado con base en criterios claros y homogéneos y actualizado de manera permanente.⁷³

⁷¹ Naciones Unidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 31 de mayo de 2018, párr. 14. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b1581fd4.pdf>.

⁷² Naciones Unidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 31 de mayo de 2018, párr. 33. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b1581fd4.pdf>.

⁷³ Naciones Unidas, ACNUDH, La desaparición forzada en México: una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité contra la Desaparición

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha reiterado dichas recomendaciones tras su visita a México en 2015, instando a las autoridades a complementar los esfuerzos existentes del Gobierno a fin de registrar a las personas privadas de su libertad, mediante la adopción de una **ley nacional que establezca un registro unificado**, de todo tipo de detenciones y personas privadas de la libertad, incluyendo medidas específicas de prevención para evitar detenciones arbitrarias, tortura y desapariciones.⁷⁴

- *Recomendación II: Poner en marcha de forma inmediata la Búsqueda de Personas Desaparecidas prevista en el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada*

Los Estados deben garantizar en la práctica que cuando haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, se proceda a realizar sin demora una investigación exhaustiva e imparcial, aun cuando no se haya presentado una denuncia formal.⁷⁵

Derivado de ello, que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos. Asimismo, el Estado parte debería garantizar que, cuando haya indicios para suponer que se pudiera haber cometido una desaparición forzada, se proceda, sin dilación, a investigar de manera efectiva a todos los agentes u órganos estatales que pudieran haber estado involucrados, así como a agotar todas las líneas de investigación. Para ello, será trascendental tomar las medidas necesarias para garantizar que las fuerzas del orden o de seguridad, sean

forzada, 2015, pág 20. Disponible en http://hchr.org.mx/images/20151022_Desap-Forz_IBA_ONUDH_WEB.pdf.

⁷⁴ Naciones Unidas, ACNUDH, Recomendaciones a México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, octubre 2016, p. 11. Disponible en http://hchr.org.mx/images/doc_pub/RecomendacionesHC_web.pdf.

⁷⁵ Naciones Unidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 31 de mayo de 2018, párr. 25. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b1581fd4.pdf>

civiles o militares, cuyos miembros se encuentren bajo sospecha de haber cometido una desaparición forzada, no participen en la investigación.⁷⁶

El Comité también alentó al Estado a que considere establecer en el ámbito de la PGR una unidad fiscal especializada en la investigación de las desapariciones forzadas que cuente con recursos adecuados, en particular, personal específicamente capacitado en la materia; con una **perspectiva estratégica a nivel nacional y transnacional** sobre este fenómeno delictivo; que **nutra las tareas de búsqueda**; y trabaje de manera coordinada con otras agencias relevantes, en particular la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas.⁷⁷

- *Recomendación III: Capacitar de forma inmediata y permanente a los agentes, peritos y policías y destinar los recursos humanos, tecnológicos, económicos y materiales necesarios para la investigación y búsqueda de personas desaparecidas*

El Comité recomendó en 2015 que el Estado adoptara las medidas necesarias para asegurar que, **tanto a nivel federal como estatal y municipal**, todo el personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, el personal médico, los funcionarios y otras personas que puedan intervenir en la custodia o el tratamiento de personas privadas de libertad, incluyendo los jueces, los fiscales y otros funcionarios encargados de la administración de justicia, reciban formación adecuada y regular acerca de las disposiciones de la Convención, de conformidad con el artículo 23 de la misma.⁷⁸

⁷⁶ Naciones Unidas, ACNUDH, La desaparición forzada en México: una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité contra la Desaparición forzada, 2015, pág. 23. Disponible en http://hchr.org.mx/images/20151022_Desap-Forz_IBA_ONUDH_WEB.pdf.

⁷⁷ Naciones Unidas, ACNUDH, La desaparición forzada en México: una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité contra la Desaparición forzada, 2015, pág. 23. Disponible en http://hchr.org.mx/images/20151022_Desap-Forz_IBA_ONUDH_WEB.pdf.

⁷⁸ Naciones Unidas, ACNUDH, La desaparición forzada en México: una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité contra la Desaparición forzada, 2015, pág. 26. Disponible en http://hchr.org.mx/images/20151022_Desap-Forz_IBA_ONUDH_WEB.pdf.

El Comité se ha pronunciado recientemente, recordando que los Estados deben continuar sus esfuerzos de formación en materia de derechos humanos de los agentes estatales previamente indicados, asegurando que reciban formación específica y periódica sobre las disposiciones de la Convención, de conformidad con su artículo 23, párrafo 1.⁷⁹

El Grupo de Trabajo contra las Desapariciones Forzadas ha recomendado a México que se garantice el derecho a la justicia y el combate a la impunidad mediante la capacitación del personal judicial y del encargado de hacer cumplir la ley, la adopción de protocolos de investigación y la protección de testigos y familiares. Para ello, deben contar con todos los medios disponibles con la finalidad de garantizar que las investigaciones y procedimientos judiciales sean expeditos, de acuerdo con los protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las diferentes instancias involucradas en los procedimientos de investigación y en los procesos judiciales deben contar con los necesarios recursos humanos y materiales para realizar sus labores adecuadamente, de forma independiente e imparcial. Aquellas personas involucradas en labores de investigación deben contar con garantías de protección. Las investigaciones deben asumir líneas de investigación específicas de acuerdo con los patrones de la zona, tiempo o período y/o autoridad involucrada, haciendo públicos los resultados de todas las investigaciones.⁸⁰

⁷⁹ Naciones Unidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 31 de mayo de 2018, párr. 35. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b1581fd4.pdf>

⁸⁰ Naciones Unidas, ACNUDH, La desaparición forzada en México: una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas, Informe del Grupo de Desapariciones forzadas o involuntarias, 2011, pág 53. Disponible en http://hchr.org.mx/images/20151022_Desap-Forz_IBA_ONUDH_WEB.pdf.

- *Recomendación IV: Capacitar sobre los derechos de las víctimas y sobre los procedimientos abiertos a los familiares de las personas desaparecidas que lo requieran*

Además de garantizar el derecho a la verdad de todas las víctimas de desapariciones forzadas, los Estados deben, tal y como el Comité ha precisado, establecer un sistema completo de reparación que sea sensible a las condiciones individuales de las víctimas teniendo en cuenta su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, situación social y discapacidad, y se ajuste plenamente a lo dispuesto en el artículo 24, párrafos 4 y 5, de la Convención, sistema del cual sea responsable el Estado, y que sea aplicable con independencia del proceso penal. Asimismo, el Comité recomienda a los Estados regular la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte o paradero no haya sido esclarecida y la de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, el derecho de familia y los derechos de propiedad, sin tener que declarar la muerte presunta de la persona desaparecida. A este respecto, el Comité alienta al Estado parte a que establezca en la legislación la declaración de ausencia por desaparición forzada.⁸¹

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas ha incidido en la importancia de las garantías de no repetición como mecanismo de prevención. Así, ha precisado que el principio 23 e) de los Principios y directrices básicos sobre desapariciones forzadas hace referencia a diversas garantías de no repetición posibles, como la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; y la revisión y reforma de las

⁸¹ Naciones Unidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 31 de mayo de 2018, párr. 37 y 39. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b1581fd4.pdf>

leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.⁸²

La Corte Interamericana también ha resaltado la importancia de la formación continua de los agentes estatales, al indicar que la función de capacitación es una manera de brindar al funcionario nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades, permitir su especialización en determinadas áreas novedosas, prepararlo para desempeñar posiciones distintas y adaptar sus capacidades para desempeñar mejor las tareas asignadas. Es por ello que la capacitación, como sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante para cumplir sus objetivos.⁸³

- *Recomendación V: Generar en cada entidad federativa un Programa de Localización de Fosas Comunes y crear un Registro Nacional de Fosas Clandestinas*

Respecto a la localización de fosas clandestinas, el Comité contra la Desaparición Forzada ha reiterado recientemente las recomendaciones efectuadas al Estado al respecto (CED/C/MEX/CO/1) y además le ha instado a poner a la brevedad en funcionamiento los registros y herramientas contemplados en la Ley General, incluyendo el Registro Nacional de Personas Fallecidas no Identificadas y no Reclamadas, el Banco Nacional de Datos Forenses y el **Registro Nacional de Fosas** y también el sistema único de información tecnológica e informática, con la inclusión de los familiares y otras organizaciones de la sociedad civil en la implementación y seguimiento de estos instrumentos, además de fortalecer la coordinación entre las entidades encargadas de administrar e incorporar datos a los registros, y garantizar un traspaso de los datos existentes a los nuevos registros

⁸² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/22/45, 28 de enero de 2013, párr. 65. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/22/45>

⁸³ Corte IDH, Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs Perú, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 315. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_299_esp.pdf.

con diligencia. Todos los registros deben cumplir estándares de seguridad, garantizando la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad y conservación de la información. Además, el Comité recomienda al Estado continuar avanzando en la recolección y accesibilidad de datos sobre las desapariciones.⁸⁴

- *Recomendación VI: Implementar las acciones necesarias a fin de que se realice un intercambio permanente de información sobre hallazgos de fosas clandestinas, exhumación y levantamiento de restos humanos e indicios y dotar a los agentes del Ministerio Público de los recursos necesarios para encontrar restos humanos e indicios*

El Comité especializado en la materia ha precisado que los Estados deberán garantizar la efectiva **coordinación, cooperación y cruce de datos** entre los órganos con competencia para la búsqueda de personas desaparecidas e identificación de sus restos cuando hubieran fallecido y asegurar que cuenten con los recursos económicos, técnicos y de personal necesarios.⁸⁵

En el caso de México, el Comité ha instado a las autoridades a garantizar la efectiva puesta en operación de todo el Sistema Nacional de Búsqueda, incluidos todos los registros y herramientas previstas en la Ley General; dotar a la Comisión Nacional de Búsqueda de todas las herramientas, personal idóneo, adecuadamente capacitado y presupuesto suficiente para su correcto funcionamiento; elaborar y publicar a la brevedad el Programa Nacional de Búsqueda y el Programa Nacional de Exhumaciones e Identificación conforme a los más altos estándares internacionales y armonizar las legislaciones locales con la nueva Ley General en la materia para su correcta implementación y crear todas las comisiones locales de búsqueda pre-

⁸⁴ Naciones Unidas, Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/MEX/FU/1, 19 de noviembre de 2018, párr. 17. Disponible en https://www.hchr.org.mx/images/CED_C_MEX_FU_1_33066_S.pdf.

⁸⁵ Naciones Unidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 31 de mayo de 2018, párr. 41. Disponible en <https://www.refworld.org.es/pdfid/5b1581fd4.pdf>.

vistas, dotándoles de personal idóneo y presupuesto suficiente para su correcto funcionamiento.⁸⁶

Asimismo, en materia forense, el Comité ha llamado al Estado a garantizar que la recuperación, identificación, notificación y entrega de los restos de personas fallecidas a sus familias se realice con rigor científico, de forma digna y respetuosa, de conformidad con los más altos estándares; fortalecer los servicios forenses y periciales con la creación de un mecanismo internacional de asistencia técnica forense en conjunto con las víctimas, las organizaciones especializadas y otras entidades relevantes con el objetivo de proceder de manera urgente al procesamiento forense de los miles de cadáveres y restos óseos pendientes de identificación y, por último, reformar la institucionalidad forense y pericial del Estado parte, incluyendo la creación de una institución nacional especializada y autónoma que cuente con un servicio profesional de carrera, sometida a un régimen de rendición de cuentas efectivo que incluya controles de calidad.⁸⁷

- *Recomendación VII: Establecer un procedimiento específico para el adecuado uso y preservación de los indicios, huellas y vestigios y para investigar en el lugar de los hechos*

El Protocolo de Minnesota prevé que cuando se presente un informe o una denuncia de una muerte potencialmente ilícita, o esta se ponga en conocimiento de las autoridades, se debe realizar una investigación inicial para identificar las líneas de investigación y las acciones futuras. Ello incluye identificar todas las fuentes de posibles pruebas y dar prioridad a la reunión y preservación de esas pruebas. Deben reunirse todas las declaraciones de los testigos pertinentes, así como, entre otros, los relatos de los hechos facilitados por los funcio-

⁸⁶ Naciones Unidas, Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/MEX/FU/1, 19 de noviembre de 2018, párr. 20. Disponible en https://www.hchr.org.mx/images/CED_C_MEX_FU_1_33066_S.pdf.

⁸⁷ Naciones Unidas, Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/MEX/FU/1, 19 de noviembre de 2018, párr. 22. Disponible en https://www.hchr.org.mx/images/CED_C_MEX_FU_1_33066_S.pdf.

narios encargados de hacer cumplir la ley. Una vez que se ha reunido y analizado un número significativo de pruebas, se deben extraer las conclusiones preliminares y redactarlas en un único informe que debería contener los detalles de las líneas de investigación seguidas y sus resultados, así como recomendaciones de nuevas indagaciones que permitan avanzar en la investigación.⁸⁸

En la investigación de una muerte potencialmente ilícita puede que haya o no un cadáver en una ubicación conocida, que a su vez puede ser o no el lugar donde se produjo la muerte. Deben localizarse e identificarse todos los lugares físicos importantes, incluido el lugar en el que se produjo un encuentro entre la víctima o víctimas y cualesquiera sospechosos identificados, la ubicación de cualquier delito y los posibles lugares de enterramiento. Deben leerse y consignarse las coordenadas según el Sistema Mundial de Posicionamiento (GPS). Si se utilizan perfiles de ADN para identificar los restos humanos, otros medios de identificación deberán utilizarse en paralelo. La muestra utilizada para generar el perfil, y el perfil propiamente dicho, son un potente almacén de información y deben protegerse contra un uso indebido.⁸⁹

El propósito de los exámenes en la escena del delito es identificar científicamente, documentar, reunir y preservar pruebas que sean admisibles en un tribunal y permitan vincular a los sospechosos, las víctimas y las pruebas físicas con el lugar en cuestión. Esos exámenes deben ser llevados a cabo por expertos forenses que hayan recibido capacitación en las técnicas de identificación científica, documentación, reunión y preservación de las pruebas. Los investigadores de la escena del delito son personas que han recibido capacitación para identificar, documentar, reunir y conservar pruebas físicas para su ulterior análisis. En una etapa temprana habrá que determinar qué

⁸⁸ Naciones Unidas, ACNUDH, El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016, Cuadro 1, p. 13. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

⁸⁹ Naciones Unidas, ACNUDH, El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016, Cuadro 1, p. 14. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

tipo de conocimientos científicos especializados se necesitarán sobre el terreno y, más adelante, en los laboratorios forenses.⁹⁰

Una vez que se han determinado sus dimensiones, deberá asegurarse la escena del delito. Habrá que abrir un registro sobre el acceso a la escena, que se mantendrá hasta que el lugar haya sido examinado a fondo. Asegurar la escena del delito supone limitar el acceso a a misma y garantizar la seguridad personal y de las pruebas.⁹¹

- *Recomendación VIII: Garantizar a toda persona que pueda denunciar una desaparición en cualquier agencia del Ministerio Público del país e iniciar de oficio y de manera inmediata la investigación ministerial, cuando se tenga noticia de hechos que presuman la desaparición de una persona*

Según los recientes Principios Rectores para la búsqueda de personas desaparecidas, tan pronto como las autoridades encargadas de la búsqueda tengan conocimiento, por cualquier medio, o tengan indicios de que una persona haya sido sometida a desaparición, deben iniciar las acciones de búsqueda de forma inmediata, sin ninguna demora o dilación y de manera expedita, sin previa presentación de denuncia o solicitud formal alguna. Estas acciones de búsqueda deben incluir, cuando sea necesario, el desplazamiento a los lugares pertinentes. La legislación nacional y las autoridades competentes deberán garantizar que el inicio de las actividades de búsqueda y localización de las personas desaparecidas no esté condicionado a plazo alguno, ni siquiera de horas, de manera que dichas actividades se emprendan de forma inmediata. La ausencia de información por parte de los familiares o denunciantes no puede ser invocada para no dar inicio en forma inmediata a las actividades de búsqueda y localización de la persona desaparecida. En caso de duda sobre la exis-

⁹⁰ Naciones Unidas, ACNUDH, El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016, Cuadro 1, p. 31. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

⁹¹ Naciones Unidas, ACNUDH, El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016, Cuadro 1, p. 32. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

tencia de una desaparición involuntaria también se debe iniciar la búsqueda de forma inmediata. Se deben preservar y proteger todos los elementos probatorios disponibles que son necesarios para investigar las hipótesis de una desaparición y proteger la vida de la persona desaparecida.⁹²

La CIDH, en su informe de seguimiento de las recomendaciones adelantadas a México, señaló que el gran desafío del Estado mexicano radica en romper el ciclo de impunidad imperante a fin de lograr una efectiva investigación, procesamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos. Así, en los casos de desapariciones forzadas y la recomendación de la CIDH al respecto de investigar más allá de la autoría material del delito, si bien existe un marco normativo que contempla que la investigación de la desaparición forzada contemplará la cadena de mando, la CIDH advierte que resulta necesario que dicha ley se implemente en la práctica.⁹³

Asimismo, la Comisión se mostró especialmente preocupada por las altas cifras de personas desaparecidas, la **falta de acciones eficaces** para su ubicación, y la **situación de impunidad** que caracteriza estos casos. En este contexto, la CIDH observa que está pendiente el cumplimiento de medidas para asegurar que, a nivel federal y estatal, tanto la legislación y las prácticas se ajusten a los estándares en la materia.⁹⁴

⁹² Naciones Unidas, Comité contra la Desaparición Forzada, Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas, 16 de abril de 2019, Principio 6. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/1_Global/CED_C_7_28387_S.pdf

⁹³ CIDH, Informe Anual, Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos, Tercer informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre situación de derechos humanos en México, 2018, párr. 31. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/annual/2018/docs/IA2018cap.5MX-es.pdf>.

⁹⁴ CIDH, Informe Anual, Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos, Tercer informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre situación de derechos humanos en México, 2018, párr. 44. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/annual/2018/docs/IA2018cap.5MX-es.pdf>.

- *Recomendación IX: Hacer efectivo el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas y garantizar el derecho de las víctimas a participar en las distintas etapas de la investigación*

En aras a garantizar el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas, el Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias ha recomendado al Estado el establecimiento de un programa nacional de búsqueda de personas, con un protocolo de acción inmediata, incluyendo los siguientes parámetros, entre otros: implementar la búsqueda ex officio y sin dilación en casos de desapariciones; coordinar los esfuerzos de las diferentes agencias de seguridad para localizar a la persona; eliminar cualquier obstáculo legal o fáctico que reduzca la efectividad de la búsqueda o evite que se inicie; asignar los recursos humanos, financieros, logísticos, científicos, o de cualquier otro tipo necesarios para que la búsqueda se realice de forma exitosa; contar con personal altamente capacitado en la exhumación e identificación de restos mortales; contrastar el reporte de la persona no localizada con todas las bases de datos existentes en la materia y dar prioridad a la zona de búsqueda en donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida, sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas.⁹⁵

En relación con el deber de investigación, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha solicitado a México el fortalecimiento de los esfuerzos para asegurar que todas las violaciones graves de derechos humanos, incluyendo la tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, sean investigadas y sancionadas adecuadamente por una oficina especializada de alto nivel de la Procuraduría General de la República.⁹⁶

⁹⁵ Naciones Unidas, ACNUDH, La desaparición forzada en México: una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas, Informe del Grupo de Desapariciones forzadas o involuntarias, 2011, pág 55. Disponible en http://hchr.org.mx/images/20151022_Desap-Forz_IBA_ONUDH_WEB.pdf

⁹⁶ Naciones Unidas, ACNUDH, Recomendaciones a México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, octubre 2016, p. 10. Disponible en http://hchr.org.mx/images/doc_pub/RecomendacionesHC_web.pdf.

Asimismo, el Comité contra la Desaparición Forzada ha solicitado a los Estados que se fomente y facilite la participación de toda persona con un interés legítimo, por ejemplo, los allegados, familiares, y representantes legales de las personas desaparecidas, en las investigaciones y en todas las etapas procesales, en el marco del debido proceso, y se vele por que sean regularmente informados acerca de la evolución y resultados de estas.⁹⁷

- *Recomendación X: Concentrar en el Registro Nacional Forense la información científica y pericial de los cadáveres y/o restos humanos identificados y no identificados; fortalecer el Sistema Automatizado de Información Dactilar para que constituya una herramienta eficaz en las investigaciones de personas desaparecidas; fortalecer y actualizar de manera permanente el Sistema de Identificación Dactiloscópica de Personas; establecer una Base Nacional de Datos Genéticos Única.*

Tal y como se precisa en los Principios Rectores para la búsqueda de personas desaparecidas, los Estados deben establecer registros y bancos de datos sobre personas desaparecidas que cubran todo el territorio nacional y que permitan desglosar, inter alia, la autoridad que ingresa los datos; las fechas en que una persona fue: dada por desaparecida, encontrada con vida, exhumado su cuerpo, sus restos mortales fueron identificados o entregados; las investigaciones que permitan establecer si se trató de una desaparición forzada y el motivo de la desaparición. Estos registros y bancos de datos deben ser actualizados de manera permanente.⁹⁸

Además, siguiendo lo determinado en el Protocolo de Minnesota, tanto los cadáveres como los restos humanos identificados o

⁹⁷ Naciones Unidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 31 de mayo de 2018, párr. 25. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b1581fd4.pdf>

⁹⁸ Naciones Unidas, Comité contra la Desaparición Forzada, Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas, 16 de abril de 2019, Principio 11. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/1_Global/CED_C_7_28387_S.pdf

sin identificar, deben custodiarse siguiendo unas pautas concretas. La recuperación y la manipulación de los restos humanos —que son la prueba más importante en la escena de un delito— requieren especial atención y cuidado, incluido el respeto de la dignidad de la persona fallecida y el cumplimiento de las mejores prácticas forenses. Preferentemente, la recuperación de restos humanos se realizará bajo la supervisión y el asesoramiento de un antropólogo forense (si los restos están esqueletizados) y/o de un médico forense (si hay tejidos blandos) que tengan la debida capacitación. La manipulación comprende el etiquetado, el embalaje, la seguridad (incluida la documentación de la cadena de custodia), el transporte y el almacenamiento.⁹⁹

Asimismo, en dicho Protocolo se detalla la información ante-mortem y post-mortem que se registra para fines de identificación de las víctimas.¹⁰⁰

Los **datos ante-mortem** son las circunstancias de la muerte (lugar, historial de los acontecimientos, posibles lesiones), fecha de la desaparición, edad, sexo y género, talla, peso, apariencia física (por ejemplo, color de ojos, color de cabello), los implantes quirúrgicos, prótesis, marcas en la piel, cicatrices, tatuajes, profesión, ropa y accesorios, gafas, calzado, fichas médicas, medicación, radiografías, registros dentales, huellas dactilares, fotografías, documentos de identidad, perfiles de ADN de muestras biológicas de la persona desaparecida o de sus familiares.

Los **datos port-mortem** son la causa y circunstancias de la muerte, el lugar donde se encontraron el cuerpo o los restos, otros hallazgos traumáticos, la fecha de recuperación, el tiempo transcurrido desde la muerte, el estado general del cuerpo, el perfil biológico (sexo, grupo de edad, patrón ancestral, talla y peso estimados) y de género, los rasgos distintivos, la apariencia física, los implantes quirúrgicos, prótesis, marcas en la piel, cicatrices, tatuajes, marcas propias

⁹⁹ Naciones Unidas, ACNUDH, El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016, p. 20. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

¹⁰⁰ Naciones Unidas, ACNUDH, El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016, Cuadro 1, p. 25. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

de una profesión, la descripción completa de la ropa y los efectos personales encontrados con el cuerpo, los indicios de traumatismo ante mortem, las intervenciones quirúrgicas, los signos de patología, medicamentos encontrados con el cuerpo, odontograma, el estado de la dentadura, las huellas dactilares cuando sea posible, fotografías, los documentos de identidad recuperados o relacionados con el cadáver y los perfiles de ADN de las muestras obtenidas del cadáver.

7. LIBERTAD DE EXPRESIÓN (PUBLICIDAD OFICIAL)

Informe especial sobre asignación y contratación de publicidad oficial (2018)

- *Recomendación I: Administrar y ejercer los recursos públicos destinados a publicidad garantizando la igualdad de oportunidades entre los medios de comunicación*

La CIDH, en su Declaración de Principios sobre libertad de expresión, recogió que la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión. También la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública y la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley.¹⁰¹

¹⁰¹ CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de expresión, 2000, Principios 5 y 13. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2>.

En la misma línea se ha pronunciado la Relatoría al indicar que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad, cuando el Estado asigna esos recursos en forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libre expresión. Un Estado podría negar la publicidad a todos los medios de comunicación, pero no puede negarle ese ingreso sólo a algunos medios, con base en criterios discriminatorios. Así, aunque los Estados pueden adoptar decisiones de asignar publicidad con base en el porcentaje de la población que un determinado medio cubre, las decisiones de asignar o no publicidad que se basan en la cobertura de actos oficiales, en críticas a funcionarios públicos o la cobertura que podría perjudicar a los contribuyentes financieros de esos funcionarios, equivale a penalizar a los medios por ejercer el derecho a la libertad de expresión. Por tanto, **la obstrucción indirecta a través de la distribución de publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión.**¹⁰²

El problema de la **dependencia económica** de algunos medios de la compra de publicidad por parte del Estado se agudiza cuando se encuentra combinado con una absoluta ausencia de regulaciones que **limiten la discrecionalidad del funcionario** con la facultad de decidir quiénes reciben la pauta oficial.¹⁰³ Dicha posibilidad de decidir discrecionalmente cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abriría la puerta a la arbitrariedad. Por tanto, la posible violación indirecta a la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos a la gestión de gobierno.¹⁰⁴

¹⁰² CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión, Capítulo V- Violaciones indirectas de la libertad de expresión: asignación discriminatoria de publicidad oficial, 2003, p. 190. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=139&IID=2>.

¹⁰³ R. Saba, "Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad", en Corte IDH, *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, 2011, p. 168. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29963.pdf>

¹⁰⁴ E. Bertoni, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Open Society Institute, New York, 2005, p. 6. Disponible en

Para reducir las asignaciones discriminatorias o arbitrarias de los recursos públicos se precisan **marcos legales claros y transparentes** que impidan la arbitrariedad en las decisiones, razón por la cual se desarrollaron por parte de la CIDH los Principios Rectores en materia de publicidad oficial.¹⁰⁵ Así, según estos principios, los Estados deben adoptar **reglas legales específicas sobre publicidad oficial** en cada uno de sus niveles de gobierno. La carencia de un marco legal específico y adecuado para la **definición de los objetivos, la asignación, contratación y control de la pauta estatal** permite una utilización arbitraria de estos recursos en detrimento de la libertad de expresión. Las reglas legales específicas de publicidad oficial deben incorporar los principios de interés público, transparencia, rendición de cuentas (accountability), no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos.¹⁰⁶

Los criterios de adjudicación deberían incluir y evaluar distintos factores, tales como el perfil del público al que va destinada la campaña, los precios y la circulación o audiencia del medio respectivo. En cualquier caso, los criterios deberían encontrarse **claramente expuestos en la norma, junto con un mecanismo de ponderación** que precise el modo en que serán sopesadas las distintas variables de asignación, y reduzca de esta manera la discrecionalidad del funcionario u organismo interviniente.¹⁰⁷

De esta forma, la legislación mexicana reciente, de mayo de 2018, preocupa a los Relatores Especiales, puesto que no cumple con los

https://www.justiceinitiative.org/uploads/75e7b3c7-9c4e-41bc-9e2a-1f574e04b563/buyingspanish_20051205_0.pdf

¹⁰⁵ CIDH, Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II., 7 de marzo de 2011, párr. 33. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/PUBLICIDAD%20OFICIAL%202012%2005%2007.pdf>

¹⁰⁶ CIDH, Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II., 7 de marzo de 2011, párrs. 34-39. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/PUBLICIDAD%20OFICIAL%202012%2005%2007.pdf>

¹⁰⁷ CIDH, Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II., 7 de marzo de 2011, párr. 52. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/PUBLICIDAD%20OFICIAL%202012%2005%2007.pdf>

principios básicos ni con las recomendaciones de organismos internacionales o expertos en derechos humanos. En particular, la ley no establece normas claras sobre sus objetivos, criterios y procedimientos de asignación y mecanismos de supervisión, dejando un amplio margen de discreción y abuso de las autoridades.¹⁰⁸

- *Recomendación II: Identificar con claridad la población destinataria de las campañas publicitarias*

Los Estados deben utilizar publicidad oficial para comunicarse con la población e informar a través de los medios de comunicación social sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y **garantizar el derecho a la información y el ejercicio de los derechos de los beneficiarios de estas o de la comunidad**. Se debe tratar de **información de interés público** que tenga por objeto satisfacer los fines legítimos del Estado y no debe utilizarse con fines discriminatorios, para violar los derechos humanos de los ciudadanos, o con fines electorales o partidarios.¹⁰⁹

Por tanto, la publicidad oficial debe ser **clara, objetiva, fácil de entender, necesaria, útil y relevante** para el público. Por supuesto, la publicidad oficial también puede estar dirigida a audiencias en el exterior, para promover los intereses de la población local y atraer inversiones extranjeras, según el propósito y características de cada campaña. Las campañas de publicidad del sector público deben identificarse claramente como tales e incluir la **mención expresa del organismo promotor o contratante**.¹¹⁰

¹⁰⁸ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, p. 17. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

¹⁰⁹ CIDH, Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011, párr. 42. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/PUBLICIDAD%20OFICIAL%202012%20O5%2007.pdf>

¹¹⁰ Asociación por los Derechos Civiles, *Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial*, octubre 2006, pp. 15 y 16. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/29559.pdf>

En una declaración conjunta, los Relatores de la OEA y la ONU para la libertad de expresión exhortaron al Estado mexicano a que incluyera en la nueva regulación de la publicidad oficial reglas claras sobre los objetivos de esta, con prohibición expresa del uso de publicidad oficial para fines electorales o partidarios.¹¹¹

- *Recomendación III: Actualizar y publicar los montos destinados a comunicación social y publicidad oficial*

El Sistema Interamericano ha reiterado en múltiples ocasiones que el derecho de acceso a la información debe inspirarse en el **principio de máxima divulgación**, que ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones. De este principio se derivan las siguientes consecuencias: el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva; toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información.¹¹²

Asimismo, la Asamblea General de la OEA recordó en 2003 que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, reiterando que los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter

¹¹¹ CIDH, Comunicado de prensa "México: Expertos de Naciones Unidas y de la CIDH exhortan a proteger la independencia de los medios en nuevo proyecto de ley sobre publicidad oficial", 24 de abril de 2018. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1099&IID=2>

¹¹² CIDH, Informe Anual 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.LV/II, 30 de diciembre de 2009, p. 307. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>

que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.¹¹³

En materia de acceso a la información relativa a publicidad oficial, la Relatoría sobre libertad de expresión recientemente ha instado al Estado mexicano a hacer cumplir la obligación jurídica de **publicar de manera proactiva** información relevante sobre **criterios de contratación, motivos para la asignación presupuestaria**, gastos y contratos de publicidad de entidades públicas.¹¹⁴

Siendo que todos los ciudadanos tienen derecho a conocer los gastos públicos efectuados en publicidad oficial, la ley debe establecer mecanismos que promuevan la transparencia en el otorgamiento de estos fondos y que garanticen el fácil acceso a esta información por parte del público en general. Dicha información debería incluir los presupuestos aprobados de publicidad, informes detallados y periódicos de los gastos efectuados en publicidad, información puntual sobre los procesos de contratación de la publicidad, así como información sobre todos los contratos de publicidad.¹¹⁵

8. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA (DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO)

Informe especial sobre desplazamiento forzado interno en México (2016)

El ACNUR, como responsable de la coordinación internacional en cuanto a la protección de los desplazados internos bajo el sistema

¹¹³ OEA, Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia, AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1932_XXXIII-O-03_esp.pdf.

¹¹⁴ CIDH, Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, junio de 2018, p. 21. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF

¹¹⁵ Asociación por los Derechos Civiles, *Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial*, octubre 2006, pp. 27 y 28. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/29559.pdf>

de grupos temáticos, ha indicado que, a finales de 2018, a nivel mundial, 41,3 millones de personas estaban en situación de desplazamiento interno debido a los conflictos armados, la violencia generalizada y las violaciones a los derechos humanos.¹¹⁶

A nivel internacional, el marco general de protección de los derechos de las personas afectadas por el desplazamiento forzado interno está configurado por los Principios Rectores de los desplazamientos internos,¹¹⁷ que tratan las necesidades específicas de este grupo poblacional y detallan los derechos y garantías necesarios para su protección. Así, a pesar de no contar con un carácter vinculante, conforman un instrumento de *soft law* muy seguido en la práctica estatal, estableciendo cuatro obligaciones principales para los Estados, a saber la obligación de prevenir el desplazamiento, la obligación de proteger y brindar asistencia a los desplazados durante el desplazamiento, la obligación de prestar y facilitar la asistencia humanitaria y la obligación de facilitar el retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados internos en condiciones de seguridad.¹¹⁸

De esta forma, en base a estos Principios, interpretados a la luz del seguimiento otorgado por parte de la ONU a los mismos y su acogida en el Sistema Interamericano, podemos afirmar que las recomendaciones planteadas por la CNDH respecto del desplazamiento forzado interno en México están alineadas con la protección de este grupo vulnerable exigida por la comunidad internacional. Sin embargo, hay dos aspectos clave que no son resaltados suficientemente en dichas recomendaciones: la necesidad de implementar **medidas de pre-**

¹¹⁶ Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Refugiados, "Tendencias Globales de desplazamiento forzado en 2018", 19 de junio de 2019, p. 35, disponible en https://acnur.org/5d09c37c4#_ga=2.61036523.699503976.1560944179-2082688136.1551255613.

¹¹⁷ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, "Principios Rectores del desplazamiento interno", E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998), disponible en https://www.acnur.org/prot/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html.

¹¹⁸ CIDH, "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II/Doc 46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 119, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

vinción del desplazamiento forzado interno y la propuesta de **soluciones duraderas** en la protección de las víctimas de desplazamiento forzado interno.

- *Recomendación I: Diseñar, implementar y evaluar una política pública integral dirigida a proteger y garantizar los derechos de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno*

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus Observaciones finales de 2018 a los exámenes periódicos universales quinto y sexto referentes a México, recomendó al Estado que aborde las causas que se encuentran al origen de la situación generalizada de violencia y conflictos territoriales a fin de prevenir los desplazamientos internos. Asimismo, le recomendó que desarrolle una política integral y específica, con información adecuada, recursos suficientes y definición de metas claras, que permita una protección efectiva a las personas desplazadas internamente a fin de que tengan acceso a una vivienda adecuada y a servicios básicos como el agua y el saneamiento, salud, educación y asistencia social, facilitando, cuando resulte posible, su retorno digno y seguro a su lugar de origen.¹¹⁹

La Corte IDH, realizando una interpretación evolutiva de los derechos humanos, ha establecido que el art. 22.1 CADH, referente al derecho de circulación y residencia, también comprende el derecho a no ser desplazado forzosamente.¹²⁰

Posteriormente, basándose en los Principios Rectores, la Corte IDH ha determinado en una serie de casos que el desplazamiento es una situación de facto de desprotección de derechos humanos y supone una obligación para el Estado de implementar medidas de

¹¹⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México", E/C.12/MEX/CO/5-6 (17 de abril de 2018), párr. 56, disponible en http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/E_C-12_MEX_CO_5-6_30800_S.pdf

¹²⁰ Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 188, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf

prevención y medidas relativas al regreso, al reasentamiento y a la reintegración de los desplazados internos.¹²¹

- *Recomendación II: elaborar una ley general sobre desplazamiento forzado interno, reconociendo los derechos de las personas víctimas de este fenómeno*

La Asamblea General de la OEA, en 2014 resaltó la relevancia de los Principios Rectores al instar a los Estados Miembros a que evalúen la conveniencia de incorporarlos en su legislación nacional, así como de aplicarlos en el diseño e implementación de planes, políticas y programas de apoyo y protección para las personas desplazadas, de conformidad con el derecho internacional y con especial énfasis en su transparencia, para atender las necesidades específicas de las comunidades indígenas y afrodescendientes, los niños, las mujeres, los ancianos, los campesinos y las personas con discapacidad.¹²²

En su informe de 2018, la Relatora Especial de la ONU para los derechos humanos de los desplazados internos insistió en la necesidad de incorporar los Principios Rectores en el plano nacional a través de la legislación y los marcos normativos nacionales, con la finalidad de brindar una protección efectiva a los desplazados internos, como colectivo especialmente vulnerable. Se destacaron dichos Principios Rectores como esenciales para contribuir a forjar un programa mundial común con miras a reducir el desplazamiento interno, basándose en el reconocimiento internacional, regional y nacional de los enormes desafíos del desplazamiento interno y en el entendimiento

¹²¹ Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párrafo 177, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf; Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf

¹²² OEA, Asamblea General, "Desplazados internos", AG/RES. 2850 (XLIV-O/14), 4 de junio de 2014, página 2, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2850_XLIV-O-14.pdf.

de que aplicar los Principios Rectores y garantizar los derechos de los desplazados internos puede ayudar a superarlos.¹²³

En línea con lo anterior, la Relatoría recomendó a los Estados examinar los marcos jurídicos, normativos e institucionales nacionales con el fin de evaluar sus funciones, avances y logros respecto de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos; poner en marcha un plan de acción nacional para los desplazados internos con el objetivo de lograr soluciones duraderas dentro de los plazos establecidos y velar por que se aborden las cuestiones del desplazamiento interno en los planes de desarrollo nacionales y locales.¹²⁴

De forma concreta, en el Plan de Acción 2018-2020 para la Prevención, Protección y Soluciones al Desplazamiento Interno, a la hora de abordar el desarrollo normativo interno en la materia se recomienda organizar consultas con los desplazados internos para crear conciencia sobre los Principios Rectores y solicitar sus opiniones y participación en el desarrollo de una ley o política nacional sobre desplazamiento interno; apoyar la creación de un grupo de trabajo liderado por el gobierno sobre desarrollo y aplicación de la legislación y política de desplazamiento interno y, por último, organizar seminarios sobre los Principios Rectores y el desarrollo e implementación de políticas y leyes protectoras de los desplazados internos, involucrando una amplia gama de partes interesadas e incluyendo ejemplos de las mejores prácticas de otros países.¹²⁵

¹²³ Naciones Unidas, Asamblea General, "Informe de la Relatora Especial para los derechos humanos de los desplazados internos", A/HRC/38/39, 11 de abril de 2018, pp. 11 y 20, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/39>

¹²⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, "Informe de la Relatora Especial para los derechos humanos de los desplazados internos", A/HRC/38/39, 11 de abril de 2018, p.22, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/39>

¹²⁵ Naciones Unidas, ACNUR, "Plan de Acción 2018-2020 para la Prevención, Protección y Soluciones al Desplazamiento Interno", p.6, disponible en <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/64693>.

- *Recomendación III: Instrumentar programas de sensibilización y formación de servidores públicos sobre el desplazamiento forzado interno*

Tal y como la Relatora Especial en la materia ha precisado, las cuestiones referentes a los desplazados internos constituyen un problema de derechos humanos, por lo que resulta necesario que las entidades que se encargan de esos derechos se comprometan sistemáticamente, junto con las entidades homólogas que se encargan de la asistencia humanitaria y el desarrollo, a garantizar **la protección, la solución rápida de los problemas y la presentación de recursos**, de conformidad con las normas y los principios en materia de derechos humanos. Ello se consigue a través de la adopción de medidas eficaces y apropiadas, para lo cual es preciso velar por que las medidas de respuesta reconozcan a los desplazados internos como titulares de derechos y no como meros beneficiarios de la asistencia humanitaria, y a los Estados como titulares de obligaciones que tienen la responsabilidad primordial de proteger los derechos humanos de esas personas.¹²⁶

De forma que el Estado pueda cumplir con dichas obligaciones, puede ser necesaria la capacitación del personal de los tribunales y las oficinas públicas competentes, incluidos los órganos de tramitación de denuncias, para transmitir conocimientos especializados sobre el contenido de las leyes y normas internacionales, regionales y nacionales relativas a los desplazamientos internos, así como sobre su interpretación y aplicación en el plano nacional.¹²⁷

Como parte del programa de actividades de celebración del 20º aniversario de los Principios Rectores, la Relatora Especial instó en 2018 a los Estados y otros agentes a llevar a cabo actividades de

¹²⁶ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Los desplazamientos internos y las funciones de las instituciones nacionales de derechos humanos, A/HRC/41/40, 17 de abril de 2019, párr. 26. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/41/40>.

¹²⁷ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Los desplazamientos internos y las funciones de las instituciones nacionales de derechos humanos, A/HRC/41/40, 17 de abril de 2019, párr. 69. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/41/40>.

sensibilización y campañas de información sobre estos, en el contexto de las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos. Dichas actividades, además de dirigirse a servidores públicos, también tienen que alcanzar a las personas desplazadas internamente, con la finalidad de que conozcan sus derechos y sepan cuáles son las agencias estatales encargadas de velar por su protección.¹²⁸

Asimismo, en el marco del Plan de Acción 2018-2020, se hizo un llamamiento a que, por un lado, la información relativa al Plan de Acción, los Principios Rectores y demás normativa sobre desplazamiento interno estuviera disponible en las páginas web de las instituciones encargadas de la protección de dicho grupo poblacional y, por otro lado, a que se incluyera información sobre los Principios Rectores en la formación inicial del personal de la Administración, aparte de desarrollar píldoras formativas específicas sobre la materia para el personal que ya se encuentra trabajando en ámbitos afines.¹²⁹

La CIDH se ha pronunciado sobre la necesidad de profesionalización y especialización de los servidores públicos en el trabajo de protección a la infancia y a la adolescencia, siendo estos criterios que pueden extrapolarse al trabajo con los demás grupos poblacionales vulnerables, como son los desplazados internos. Así, la Comisión considera que la aplicación de los principios de especialidad y profesionalización implica la necesidad de contar con unidades especializadas y multidisciplinarias en los servicios locales de atención directa, integradas por personal capacitado. Para ello, deben incrementarse y fortalecerse los planes de capacitación y los cursos de formación profesional continuada, así como los talleres de intercambio de experiencias entre profesionales para aumentar la calidad de la atención que se presta.¹³⁰

¹²⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, "Informe de la Relatora Especial para los derechos humanos de los desplazados internos", A/HRC/38/39, 11 de abril de 2018, párr. 46, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/39>

¹²⁹ Naciones Unidas, ACNUR, "Plan de Acción 2018-2020 para la Prevención, Protección y Soluciones al Desplazamiento Interno", p.5, disponible en <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/64693>.

¹³⁰ CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, OEA/Ser.L/V/II.166, 3 de noviembre de 2017, p. 175.

- *Recomendación IV: Capacitar a la población desplazada para el empleo en sectores formales de la economía*

El Principio Rector Núm. 22 precisa que no se hará en los desplazados internos ninguna distinción basada en su desplazamiento respecto del disfrute del derecho a buscar libremente oportunidades de empleo y a participar en las actividades económicas.¹³¹

Para los desplazados internos, la pérdida de sus medios de subsistencia puede afectar su bienestar psicosocial, haciendo que disminuya su autoestima, experimentando además dificultades para adaptarse a los nuevos mercados, adquirir nuevas destrezas e integrarse plenamente en las comunidades que los rodean. La generación de ingresos durante el desplazamiento no sólo mejora la calidad de vida de las personas, sino que también ayuda a evitar situaciones prolongadas de dependencia y el riesgo de sufrir más discriminación y abusos. Así, los programas para el desarrollo de medios de subsistencia abarcan un amplio abanico de actividades, entre las que figuran la movilización comunitaria; el desarrollo de habilidades de liderazgo; educación no-formal; programas de formación profesional y de formación técnica; actividades de generación de ingresos; proyectos de prácticas; programas de microcréditos; programas para el establecimiento de negocios, etcétera.¹³²

Será el Estado el que deberá adoptar medidas específicas para apoyar a los desplazados internos en el desarrollo de medios de subsistencia sostenibles, tanto durante como inmediatamente después del desplazamiento, por ejemplo a través del desarrollo de un marco jurídico y administrativo adecuado que permita a los desplazados internos acceder al mercado de trabajo, con medidas que respondan a sus necesidades específicas, como el reconocimiento de sus certi-

Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

¹³¹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, "Principios Rectores del desplazamiento interno", E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998), Principio 22, disponible en https://www.acnur.org/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html.

¹³² Naciones Unidas, Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, "Manual para la protección de los desplazados internos", marzo de 2010, p. 212, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>.

ficados académicos y profesionales, políticas de contratación laboral no discriminatorias y apoyo psicosocial.¹³³

En el marco de la OIT, se elaboraron y publicaron en 2016 los Principios Rectores sobre el acceso de refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza al mercado de trabajo, indicando que los Miembros deberían formular estrategias de crecimiento macroeconómico coherentes, entre las que se cuenten políticas activas de mercado de trabajo, que apoyen la inversión en la creación de trabajo decente que redunde en beneficio de todos los trabajadores, incluyendo los hombres y mujeres pertenecientes a comunidades de refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza, y las empresas. Algunas de las medidas propuestas para ello comprenden facilitar los cursos de formación profesional personalizados, incluida formación en materia de seguridad y salud en el trabajo, haciendo especial hincapié en la capacitación en el puesto de trabajo y la enseñanza intensiva de idiomas; mejorar el acceso de los refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza a oportunidades de desarrollo y perfeccionamiento de competencias, así como a programas de capacitación empresarial y creación de empresas o apoyar el reconocimiento y la acreditación de las calificaciones y competencias adquiridas por los refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza, a través de exámenes apropiados para la determinación de calificaciones, si fuera necesario.¹³⁴

- *Recomendación V: Implementar mecanismos que faciliten el acceso directo de la población desplazada a programas de educación obligatoria*

Garantizar el acceso pleno y en condiciones de igualdad a la educación en situaciones de desplazamiento interno es, tanto un fin

¹³³ Naciones Unidas, Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, "Manual para la protección de los desplazados internos", marzo de 2010, p. 214, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>.

¹³⁴ OIT, Informe del Director General sobre Resultado de la Reunión técnica tripartita sobre el acceso al mercado de trabajo de los refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza- Principios Rectores, GB.328/INS/17/3 (Rev.), 10 de noviembre de 2016, Principios 16 y 18, pp. 77-78. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_531685.pdf

en sí mismo, como un componente fundamental de la protección de los desplazados internos. La educación proporciona acceso a destrezas y conocimientos vitales y esenciales para la supervivencia. Tanto la población desplazada como la de acogida deben tener pleno acceso a la educación, en condiciones de igualdad y, por consiguiente, todas las actividades en el ámbito de la educación han de estar dirigidas a la totalidad de la comunidad, prestando particular atención a la educación de las mujeres y las niñas. Siempre que sea posible, se debe evitar crear centros o actividades paralelas para desplazados internos, para evitar su posible estigmatización y discriminación.¹³⁵

Para los niños que sufren el desplazamiento interno y la violencia y las vulneraciones de los derechos humanos que a menudo se asocian con este, la experiencia es especialmente traumática y confusa, lo que a menudo se traduce en problemas y dificultades psicosociales persistentes que por lo general no reciben tratamiento. Debido a la privación de educación, estabilidad y orden a menudo durante meses o años, no es exagerado hablar de una generación perdida de jóvenes en algunas situaciones de desplazamiento.¹³⁶

Es por ello por lo que las autoridades competentes deben asegurarse de que los desplazados internos, en particular los niños desplazados, reciban una educación gratuita y obligatoria a nivel primario, respetando su identidad cultural, su idioma y su religión. Asimismo, tan pronto como las condiciones lo permitan, se facilitarán los servicios de educación y formación a los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres, con independencia de que vivan o no en campamentos.¹³⁷

¹³⁵ Naciones Unidas, Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, "Manual para la protección de los desplazados internos", marzo de 2010, p. 305, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>

¹³⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, "Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos", A/HRC/38/39 (11 de abril de 2018), párr. 28, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/39>

¹³⁷ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, "Principios Rectores del desplazamiento interno", E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998), Principio 23, disponible en

- *Recomendación VI: Asegurar que niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos víctimas de desplazamiento forzado interno accedan a los servicios de salud*

La OMS, junto con Naciones Unidas, han indicado que algunos grupos o personas, como los niños, las mujeres o las personas con discapacidad, afrontan obstáculos especiales en relación con el derecho a la salud, que pueden ser consecuencia de factores biológicos o socioeconómicos, de discriminación y estigma social o, por lo general, de una combinación de ambos. Para considerar la salud un derecho humano es preciso prestar una **atención específica a las distintas personas y grupos de personas de la sociedad, en particular los que viven en situaciones vulnerables**. Es por ello que los Estados deben adoptar medidas positivas para que personas y grupos determinados no sean discriminados, a través del desglose de su legislación y sus políticas en el sector de la salud para adaptarlas a los más necesitados de asistencia en vez de aprobar pasivamente leyes y políticas aparentemente neutrales que benefician sobre todo a los grupos de la mayoría.¹³⁸ Esta necesidad de atención específica se ve acentuada para estos grupos poblacionales en el caso de ser también desplazados internos, pues esta condición en sí misma supone un mayor grado de vulnerabilidad frente a la población en general en cuanto a la accesibilidad a las instalaciones y servicios de atención sanitaria durante el desplazamiento.

Los Principios Rectores sobre desplazamiento interno ya precisaban que los desplazados internos enfermos o heridos y los que sufran discapacidades, recibirán en la mayor medida posible y con la máxima celeridad la atención y cuidado médicos que requieran, sin distinción alguna salvo por razones exclusivamente médicas. Cuando sea necesario, los desplazados internos tendrán acceso a los servicios psicológicos y sociales. Asimismo, se prestará especial atención a las

https://www.acnur.org/prot/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html.

¹³⁸ Naciones Unidas y Organización Mundial de la Salud, "El Derecho a la Salud", Folleto informativo núm. 31, junio de 2008, p. 16. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>

necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole.¹³⁹

Respecto de los niños y adolescentes, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha exhortado a los Estados a que garanticen el **disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a todos los niños** sin discriminación, establezcan sistemas de salud y servicios sociales viables, garanticen el acceso sin discriminación a esos sistemas y servicios, y presten **especial atención a la necesidad de una alimentación y nutrición adecuadas** para prevenir las enfermedades y la malnutrición, a la atención médica prenatal y postnatal y a las **necesidades especiales de los adolescentes**, entre otras.¹⁴⁰ En este apartado, será imprescindible que las autoridades consideren el interés superior del menor como principio rector e inspirador de toda la legislación y políticas que afecten a la infancia y adolescencia, incluyendo en el ámbito de la salud. Así, la realización del interés superior del niño debe considerarse a la luz de la **autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones que le afecten** y en el ejercicio de sus derechos. Existe una íntima relación entre la realización del interés superior del niño, con el reconocimiento de su autonomía progresiva y de su derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en consideración en todos los asuntos que le afecten, teniendo la oportunidad de influenciar en estas decisiones.¹⁴¹

Así, las autoridades nacionales son las principales responsables de garantizar el disfrute del nivel de salud más alto posible por parte

¹³⁹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, "Principios Rectores del desplazamiento interno", E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998), Principio 19, disponible en https://www.acnur.org/prot/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html.

¹⁴⁰ Naciones Unidas, OHCHR, Los derechos del niño, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/44, 19 de abril de 2005, párr. 19. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3444.pdf>.

¹⁴¹ CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, OEA/Ser.L/V/II.166, 3 de noviembre de 2017, p. 134. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, lo que incluye a la población desplazada. Por consiguiente, los Estados deben tomar todas las medidas posibles para la realización progresiva del derecho a la salud, como medidas legislativas, administrativas, financieras, educativas y sociales, hasta el máximo de los recursos de que dispongan. En particular, las autoridades nacionales deben hacer lo posible para garantizar que los establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención sanitaria, estén disponibles y sean accesibles, culturalmente aceptables y de buena calidad, para atender las necesidades específicas de los desplazados internos especialmente vulnerables.¹⁴²

9. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Informe especial sobre las mujeres internas en los centros de reclusión de la República Mexicana (2015); Recomendación General Núm. 22, sobre las prácticas de aislamiento en los centros penitenciarios de la República Mexicana, de 13 de octubre de 2015; Informe especial sobre las condiciones de hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad en los centros de reclusión de la República Mexicana (2016); Informe especial sobre los centros de reclusión de baja capacidad instalada en la República Mexicana (2018); Recomendación General Núm. 33, sobre el derecho a mantener la vinculación con el exterior de las personas privadas de libertad en los centros penitenciarios de la República Mexicana, de 13 de agosto de 2018.

- *Recomendación I: Garantizar el derecho de las niñas y niños a convivir con sus madres privadas de su libertad*

Tomando el interés superior del menor como principio rector e inspirador de todas las medidas que afecten a la infancia, la Regla

¹⁴² Naciones Unidas, Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, "Manual para la protección de los desplazados internos", marzo de 2010, p. 285, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>

Nelson Mandela Núm. 29 precisa que toda decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se basará en el interés superior del niño y en caso de que se decida su permanencia en el centro, deberán tomarse disposiciones para facilitar servicios de guardería atendidos por personal calificado, así como proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, como el reconocimiento inicial y servicios de seguimiento de su desarrollo a cargo de especialistas.¹⁴³

Asimismo, en su Resolución referente a Derechos del Niño, la Asamblea General ya exhortó a los Estados, en 2009, a que determinen y promuevan buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés y los niños afectados por la detención y encarcelamiento de sus progenitores.¹⁴⁴ Siguiendo el mismo razonamiento, las Reglas de Bangkok brindan una especial protección al respecto, al promover medidas especiales en los casos de reclusas con hijos a cargo. Así, antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños.¹⁴⁵ Precisamente, las Reglas de Bangkok reiteran la necesidad de aplicar este último principio para la toma de cualquier decisión referente a la conveniencia o no de que los niños y las niñas convivan con sus madres en los centros penitenciarios.¹⁴⁶

¹⁴³ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 29. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf.

¹⁴⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución referente a los Derechos del niño, A/RES/63/241, 13 de marzo de 2009, párr. 47.b). Disponible en https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/63/241&Lang=S.

¹⁴⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 2. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁴⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes

Cuando se permita que los niños permanezcan en la cárcel con sus madres, se brindará a las reclusas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos, al igual que se sensibilizará también al personal penitenciario sobre las necesidades de desarrollo del niño y se le impartirán nociones básicas sobre la atención de la salud del niño a fin de que pueda reaccionar correctamente en caso de necesidad y de emergencia.¹⁴⁷

Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y en aplicación del interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional. En cualquier caso, toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado. En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público.¹⁴⁸

- *Recomendación II: Crear espacios para que las mujeres embarazadas y lactantes puedan convivir con sus hijas o hijos*

La Regla Nelson Mandela Núm. 28 indica que en los centros penitenciarios para mujeres deberán habilitarse instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante el embarazo, el parto y el período inmediatamente posterior. Aunque se priorizará el traslado a un hospital civil para el parto, en caso de que este tenga

(Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 49. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁴⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Reglas Núms. 33 y 50. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁴⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 52. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

lugar en prisión, no figurará tal circunstancia en la partida de nacimiento del niño o niña.¹⁴⁹

Por otro lado, el régimen penitenciario permitirá reaccionar con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y las mujeres con hijos. En las prisiones se habilitarán servicios o se adoptarán disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas puedan participar en las actividades de la prisión. Particularmente, se procurará establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos.¹⁵⁰ Asimismo, los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios.¹⁵¹

- *Recomendación III: Prevenir, sancionar y erradicar toda forma de discriminación contra las mujeres internas y sus hijas e hijos*

La Regla Nelson Mandela Núm. 2 sienta el principio de imparcialidad y no discriminación en la aplicación de dichas normas, que detallan el tratamiento debido a los reclusos. Esa misma regla establece la aplicación de un enfoque diferencial, al precisar que, con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el

¹⁴⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 28. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf.

¹⁵⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 42. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁵¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 51. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

contexto penitenciario. Así, se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con **necesidades especiales**, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.¹⁵²

A fin de poner en práctica dicho principio de no discriminación, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas. Sin embargo, la atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria.¹⁵³

En ese mismo sentido se pronunciaron los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, al precisar que las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias.¹⁵⁴

- *Recomendación IV: Asegurar la adecuada alimentación y atención de las niñas y niños en centros de reclusión y procurar que en dichos establecimientos se cuente con personal médico y técnico especializado*

La Regla Nelson Mandela Núm. 22 es la encargada de precisar el régimen alimenticio de los reclusos, indicando que todo recluso recibirá de la administración del establecimiento penitenciario, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien pre-

¹⁵² Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 2. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁵³ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 1. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁵⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 43/173 relativa al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 9 de diciembre de 1988, Principio 5.2. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>.

parada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas.¹⁵⁵

De forma específica para los reclusos menores de edad, todos los centros de detención deben garantizar que dispongan de una alimentación adecuadamente preparada y servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud y, en la medida de lo posible, las exigencias religiosas y culturales. Todo menor deberá asimismo disponer en todo momento de agua limpia y potable.¹⁵⁶

En cuanto a los servicios de atención sanitaria, estos quedan detallados en las Reglas de Nelson Mandela Núms. 24 a 33, siendo que la Regla Núm. 24 establece que la prestación de atención médica en los centros penitenciarios es responsabilidad del Estado, gozando los reclusos de los mismos estándares de atención sanitaria que en el exterior. Por su parte, la Regla Núm. 25 precisa que todo establecimiento penitenciario contará con un servicio de atención sanitaria encargado de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de los reclusos, en particular de aquellos que tengan necesidades sanitarias especiales. En referencia a la especialización, la misma regla detalla que el servicio de atención sanitaria constará de un equipo interdisciplinario con suficiente personal calificado, que actúe con plena independencia clínica y posea suficientes conocimientos especializados en psicología y psiquiatría.¹⁵⁷

En el caso específico de reclusos menores de edad, deberán recibir atención médica adecuada, tanto preventiva como correctiva,

¹⁵⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 22. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁵⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, párr. 37. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

¹⁵⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Reglas 24 y 25. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

incluida atención odontológica, oftalmológica y de salud mental, así como los productos farmacéuticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico. Normalmente, toda esta atención médica debe prestarse cuando sea posible a los jóvenes reclusos por conducto de los servicios e instalaciones sanitarias apropiadas de la comunidad en que esté situado el centro de detención, a fin de evitar que se estigmatice al menor y de promover su dignidad personal y su integración en la comunidad.¹⁵⁸

Asimismo, todo centro de detención de menores deberá tener acceso inmediato a instalaciones y equipos médicos adecuados que guarden relación con el número y las necesidades de sus residentes, así como **personal capacitado en atención sanitaria preventiva y en tratamiento de urgencias médicas**. Todo menor que esté enfermo, se queje de enfermedad o presente síntomas de dificultades físicas o mentales deberá ser examinado rápidamente por un funcionario médico.¹⁵⁹

- *Recomendación V: Capacitar al personal penitenciario con perspectiva de género y sobre derechos de la niñez*

Considerando la importancia de la capacitación del funcionariado, la Regla de Nelson Mandela Núm. 75 indica que todo el personal penitenciario poseerá un nivel de educación suficiente y dispondrá de la capacidad y los medios necesarios para desempeñar sus funciones de una manera profesional. Además, se le impartirá, antes de su entrada en funciones, una **capacitación adaptada a sus funciones generales y específicas**, que refleje las mejores prácticas contemporáneas de base empírica en el ámbito de las ciencias penales. Asimismo, la administración penitenciaria impartirá de manera continua

¹⁵⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, párr. 49. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

¹⁵⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, párr. 51. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

cursos de formación en el empleo con miras a mantener y mejorar los conocimientos y la capacidad profesional del personal después de su incorporación al servicio y durante su carrera profesional.¹⁶⁰ Entre los contenidos mínimos que deben cubrir las formaciones previas a la entrada en funciones se encuentran la legislación, los reglamentos y las políticas nacionales pertinentes, así como los instrumentos internacionales y regionales aplicables, además de los derechos y deberes del personal penitenciario en el ejercicio de sus funciones, incluido el respeto de la dignidad humana de todos los reclusos y la prohibición de determinadas conductas, en particular de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹⁶¹

De esa forma, la capacitación del personal de los centros de reclusión para mujeres deberá ponerlo en condiciones de atender a las necesidades especiales de las reclusas a efectos de su reinserción social, así como de mantener servicios seguros y propicios para cumplir ese objetivo.¹⁶²

El personal que deba ocuparse de las reclusas recibirá capacitación relativa a las necesidades específicas de las reclusas y sus derechos humanos y cuando se permita que los niños permanezcan en la cárcel con sus madres, se sensibilizará también al personal penitenciario sobre las necesidades de desarrollo del niño y se le impartirán nociones básicas sobre la atención de la salud del niño a fin de que pueda reaccionar correctamente en caso de necesidad y de emergencia.¹⁶³

¹⁶⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 75. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁶¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 76. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁶² Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 29. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

¹⁶³ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes

Asimismo, el personal de los centros de detención de menores deberá recibir una formación que le permita desempeñar eficazmente sus funciones, en particular la capacitación en psicología infantil, protección de la infancia y criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño. El personal deberá mantener y perfeccionar sus conocimientos y capacidad profesional asistiendo a cursos de formación en el servicio que se organizarán a intervalos apropiados durante toda su carrera.¹⁶⁴

- *Recomendación VI: Garantizar la separación entre hombres y mujeres en los centros de reclusión*

Siguiendo lo establecido en la Regla de Nelson Mandela Núm. 11, los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles; razón por la cual, los hombres serán reclusos, en la medida de lo posible, en establecimientos distintos a los de las mujeres y, en los establecimientos mixtos, el pabellón destinado a las mujeres estará completamente separado del de los hombres.¹⁶⁵

- *Recomendación VII: Internar a las mujeres en centros de reclusión cercanos a su hogar o a sus centros de rehabilitación social*

La Regla de Nelson Mandela Núm. 59 determina que, en la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o lugar de reinserción social.¹⁶⁶ En

(Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 33. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁶⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, párr. 85. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

¹⁶⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 11. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁶⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciem-

el caso de las reclusas, dicha decisión sobre el lugar de reclusión deberá realizarse teniendo presentes sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados.¹⁶⁷

- *Recomendación VIII: Prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra las mujeres, en especial la violencia sexual, en los centros de reclusión*

La Asamblea General de la ONU ha instado a los Estados a emprender medidas para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer mediante una respuesta sistemática, amplia, multisectorial y sostenida, apoyada y facilitada adecuadamente por sólidos mecanismos institucionales y métodos de financiación, así como por planes de acción nacionales. Así, las autoridades deben tomar medidas positivas para hacer frente a las **causas estructurales de la violencia contra la mujer** y fortalecer las labores de prevención con miras a acabar con las prácticas y normas sociales discriminatorias, en particular respecto de las mujeres que necesitan especial atención en la formulación de políticas contra la violencia, como las mujeres reclusas en instituciones o detenidas.¹⁶⁸

Resaltando la vulnerabilidad de las mujeres reclusas, desde las Naciones Unidas se ha reiterado que los Estados deben revisar, evaluar y actualizar sus leyes, políticas, códigos, procedimientos, programas y prácticas de forma continua para asegurar y garantizar su utilidad, amplitud y eficacia en la eliminación de la violencia contra la mujer en todas sus formas y suprimir las disposiciones que permitan

bre de 2015, Regla 59. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁶⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 4. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁶⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución relativa a la intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, A/RES/61/143, 30 de enero de 2007, párr. 8.f). Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/61/143>.

o toleren la violencia contra la mujer o incrementen la vulnerabilidad o la nueva victimización de las mujeres que han sido sometidas a violencia.¹⁶⁹

Para ello, en los centros de reclusión para mujeres se deberán elaborar y aplicar políticas y reglamentos claros sobre el comportamiento del personal penitenciario, a fin de brindar el máximo de protección a las reclusas contra todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual.¹⁷⁰

Las reclusas que denuncien abusos recibirán protección, apoyo y orientación inmediatos, y sus denuncias serán investigadas por autoridades competentes e independientes, que respetarán plenamente el principio de la confidencialidad. En toda medida de protección se tendrá presente expresamente el riesgo de represalias. Además, las reclusas que hayan sufrido abuso sexual, en particular las que hayan quedado embarazadas, recibirán asesoramiento y orientación médica apropiada y se les prestará la atención de salud física y mental, así como el apoyo y la asistencia jurídica necesarios.¹⁷¹

- *Recomendación IX: Establecer espacios y condiciones dignas en los centros de reclusión que alojen mujeres*

Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las em-

¹⁶⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución sobre el fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer, A/RES/65/228, de 31 de marzo de 2011, párr. 14.a). Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/65/228>.

¹⁷⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 31. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁷¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 25. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

barazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación.¹⁷²

- *Recomendación X: Suministrar tres veces al día y en un horario establecido, alimentos preparados para las mujeres internas en los centros de reclusión*

Tal y como previamente se ha mencionado, la Regla Nelson Mandela Núm. 22 es la encargada de precisar el régimen alimenticio de los reclusos, indicando que todo recluso recibirá de la administración del establecimiento penitenciario, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas.¹⁷³

Además, siguiendo lo indicado en las Reglas de Bangkok, las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales.¹⁷⁴

- *Recomendación XI: Girar instrucciones para asegurar el cumplimiento de los reglamentos penitenciarios en la imposición de las sanciones disciplinarias a las internas*

En los centros penitenciarios, la disciplina y el orden deberán mantenerse sin imponer más restricciones que las necesarias para garanti-

¹⁷² Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 5. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁷³ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 22. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-5-ebook.pdf

¹⁷⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 48. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

zar la custodia segura, el funcionamiento seguro del establecimiento penitenciario y la buena organización de la vida en común.¹⁷⁵

Para ello, será la ley pertinente, o el reglamento de la autoridad administrativa competente, lo que determinará en cada caso las conductas que constituyen una falta disciplinaria, el carácter y la duración de las sanciones disciplinarias aplicables, la autoridad competente para imponer esas sanciones y toda forma de separación forzosa del resto de la población reclusa, ya sirva como sanción disciplinaria o para mantener el orden y la seguridad.¹⁷⁶

En cualquier caso, las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños.¹⁷⁷ Asimismo, no se aplicarán las sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia y tampoco se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.¹⁷⁸

- *Recomendación XII: Asegurar que los centros de reclusión estén dotados de personal médico, instalaciones adecuadas, mobiliario, equipo instrumental y medicamentos suficientes para ofrecer servicios de salud adecuados*

Tal y como previamente se ha indicado, los servicios de atención médica a los reclusos deben seguir los mismos estándares de aten-

¹⁷⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 36. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁷⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 37. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁷⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 23. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁷⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Reglas Núms. 22 y 2. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

ción sanitaria que en la comunidad exterior, siendo que el personal médico estará conformado por un equipo interdisciplinar, calificado, con especialización en psicología y psiquiatría.¹⁷⁹

Asimismo, todos los establecimientos penitenciarios facilitarán a los reclusos un **acceso rápido a atención médica en casos urgentes**. Por otro lado, los reclusos que requieran cuidados especiales o cirugía serán trasladados a establecimientos especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento penitenciario tenga sus propios servicios de hospital, contará con el personal y el equipo adecuados para proporcionar el tratamiento y la atención que corresponda a los reclusos que les sean remitidos para su atención.¹⁸⁰

En el marco de las medidas de seguimiento de la calidad de los servicios de salud, el médico o el organismo de salud pública competente hará inspecciones periódicas y asesorará al director del establecimiento penitenciario con respecto a la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; la higiene y el aseo de las instalaciones y de los reclusos; las condiciones de saneamiento, climatización, iluminación y ventilación; la calidad y el aseo de la ropa y la cama de los reclusos y, por último, la observancia de las reglas relativas a la educación física y la práctica deportiva cuando estas actividades no sean organizadas por personal especializado.¹⁸¹

- *Recomendación XIII: Prevenir las adicciones en todos los centros de reclusión*

Los centros de detención de menores deberán organizar programas de prevención del uso indebido de drogas y de rehabilitación

www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁷⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Reglas 24 y 25. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁸⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 27. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁸¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre

administrados por personal calificado. Estos programas deberán adaptarse a la edad, al sexo y otras circunstancias de los menores interesados, y deberán ofrecerse servicios de desintoxicación dotados de personal calificado a los menores toxicómanos o alcohólicos.¹⁸²

La Regla 6 de Bangkok también determina que en el reconocimiento médico inicial de las reclusas deberá realizarse un examen exhaustivo que permita detectar sus necesidades básicas y específicas de atención de salud, siendo la presencia de problemas de toxicomanía uno de los aspectos a determinar.¹⁸³ Asimismo, la Regla 15 de Bangkok establece que los servicios penitenciarios de salud deberán suministrar o facilitar **programas de tratamiento especializado del uso indebido de drogas para las mujeres**, teniendo en cuenta su posible victimización anterior, las necesidades especiales de las mujeres embarazadas y las mujeres con niños y la diversidad de sus tradiciones culturales.¹⁸⁴

- *Recomendación XV: Implementar medidas que permitan el acercamiento de los reclusos a sus familiares y amistades.*

La Regla de Nelson Mandela Núm. 58 precisa que los reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente con sus familiares y amigos por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles; así como recibiendo visitas.¹⁸⁵ Asimismo, cada establecimiento

bre de 2015, Regla 35. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁸² Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, párr. 54. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

¹⁸³ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 6. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

¹⁸⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Regla Núm. 15. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

¹⁸⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciem-

penitenciario contará con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles.¹⁸⁶ De esta forma, se tendrá debidamente en cuenta, desde el comienzo de la ejecución de la pena, el porvenir del recluso después de su liberación, y se alentará y ayudará al recluso a que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer su reinserción social y el interés superior de su familia.¹⁸⁷

En relación con las mujeres reclusas, se alentará y facilitará por todos los medios razonables el contacto con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen recluidas en instituciones lejanas de su hogar. Se ha indicado también que las visitas en que se lleve a niños se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos.¹⁸⁸

Por otro lado, en el caso de los reclusos menores de edad, deben organizarse centros de detención abiertos, siendo aquéllos donde las medidas de seguridad son escasas o nulas. La población de esos centros de detención deberá ser lo menos numerosa posible. El nú-

bre de 2015, Regla 58. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁸⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 88. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁸⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 107. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁸⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011, Reglas Núms. 26 y 28. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

mero de menores internados en centros cerrados deberá ser también suficientemente pequeño a fin de que el tratamiento pueda tener carácter individual. Los centros de detención para menores deberán estar descentralizados y tener un tamaño que facilite el acceso de las familias de los menores y su contacto con ellas. Convendrá establecer pequeños centros de detención e integrarlos en el entorno social, económico y cultural de la comunidad.¹⁸⁹

- *Recomendación XIV: Regular adecuadamente la sanción de aislamiento, bajo criterios y procedimientos claros*

A la luz de las Reglas de Nelson Mandela, por aislamiento se entenderá el aislamiento de reclusos durante un mínimo de 22 horas diarias sin contacto humano apreciable. Por aislamiento prolongado se entenderá el aislamiento que se extienda durante un período superior a 15 días consecutivos, quedando expresamente prohibido tanto este último, como el aislamiento indefinido.¹⁹⁰ Así, el aislamiento solo se aplicará en casos excepcionales, como último recurso, durante el menor tiempo posible y con sujeción a una revisión independiente, y únicamente con el permiso de una autoridad competente. No se impondrá a un recluso en virtud de su condena.¹⁹¹

Siendo el aislamiento una sanción disciplinaria, cabe reiterar que los reclusos sólo podrán ser sancionados conforme a la ley o al reglamento predefinido en la Regla de Nelson Mandela Núm. 37, aplicando los principios de equidad y de respeto de las garantías procesales. Para ello, la administración del establecimiento penitenciario velará

¹⁸⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, párr. 30. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

¹⁹⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Reglas 43 y 44. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁹¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 45. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

por que la sanción disciplinaria sea proporcional a la falta para la que se haya establecido, y llevará un registro adecuado de todas las sanciones disciplinarias impuestas.¹⁹²

- *Recomendación XV: Mantener y mejorar de forma permanente la infraestructura y equipamiento de los centros penitenciarios de baja capacidad*

La Regla de Nelson Mandela Núm. 17 establece que todas las zonas del establecimiento penitenciario que frecuenten los reclusos deberán mantenerse limpias y en buen estado en todo momento.¹⁹³

En relación con ello, cabe mencionar que las buenas prácticas en gestión y buenas prácticas en infraestructura se encuentran íntimamente conectadas y que cada diseño y construcción de un nuevo establecimiento, o rediseño de alguno existente, debe realizarse teniendo en cuenta las voces de quienes luego lo gestionarán, no sólo de los directivos, sino también del personal penitenciario que más utilizará las instalaciones. De hecho, contar con la mirada de todos los que usarán las distintas áreas de los centros penitenciarios, incluidas las personas privadas de libertad y sus familiares, podría significar una buena práctica para conseguir practicidad, eficiencia y cumplimiento de derechos. Del mismo modo, es imprescindible que durante el uso de las instalaciones penitenciarias se consulte a las personas encargadas del diseño, construcción y mantenimiento de los establecimientos penitenciarios pues su mirada puede hacer más sencilla la gestión o conseguir mejores resultados en materia de reinserción social con pequeños cambios infraestructurales.¹⁹⁴

¹⁹² Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 39. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁹³ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), 17 de diciembre de 2015, Regla 17. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

¹⁹⁴ CICR, *Principios fundamentales de las Reglas Mandela: un enfoque regional de gestión e infraestructura penitenciaria en Latinoamérica*, página 18. Disponible en

Asimismo, un componente esencial es la inclusión de las consideraciones sobre la gestión del establecimiento penitenciario tan pronto como sea posible en la fase de diseño de este. Si no se presta la atención suficiente a esos aspectos operacionales, el personal del centro posteriormente tratará de mantener el orden dentro de las limitaciones de la infraestructura disponible, con el riesgo de infringir normas y expectativas internacionales. Considerando esos factores, el diseño inicial puede contribuir notablemente a la consecución de un resultado seguro y digno para los reclusos y el personal del centro.¹⁹⁵

10. PERSONAS MIGRANTES

Informe especial sobre la participación de la CNDH en la Audiencia Regional: situación de derechos humanos de las personas que integran la Caravana de Migrantes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 6 de diciembre de 2018; Informe especial sobre migrantes haitianos y centroamericanos en Tijuana, Baja California, 2016-2017 (2018)

- *Recomendación I: Identificar y atender, desde una óptica de derechos humanos, los factores que producen la migración de amplios grupos de personas en sus países de origen y crear un sistema de información que permita un monitoreo continuo de los flujos migratorios en México*

Tal y como la Comisión Interamericana ha precisado, la movilidad humana es un fenómeno de múltiples dimensiones, que puede darse de manera voluntaria o forzada. La primera se da cuando la persona migra voluntariamente, sin ningún tipo de coacciones, mientras

https://www.icrc.org/es/download/file/92520/guia_de_aplicacion_reglas_mandela.pdf

¹⁹⁵ Naciones Unidas, UNOPS, Orientaciones Técnicas para la Planificación de Establecimientos Penitenciarios, 2016, p. 16. Disponible en https://content.unops.org/publications/Technical-guidance-Prison-Planning-2016_ES.pdf?mtime=20171215190049.

que la migración forzada abarca aquellas situaciones en las que la persona se ha visto forzada a migrar. Entre las razones forzadas para migrar podemos encontrar que la vida, integridad, o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Otras causas de migración forzada son los conflictos armados, la violencia generalizada, las violaciones masivas de los derechos humanos, las circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público de un país o desastres naturales o provocados por el ser humano.¹⁹⁶

La correlación existente entre pobreza, desigualdad, violencia y migración explica por qué la mayor parte de los migrantes que transitan por México son originarios del Triángulo Norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras). Los altos niveles de desigualdad y pobreza imperantes en algunos de estos países son factores de empuje determinante para que muchas personas se vean forzadas a migrar, unido a la violencia generalizada que provoca el crimen organizado por parte de las maras, carteles del narcotráfico y organizaciones criminales, tales como el pago del impuesto de guerra, renta o piso, o la trata de personas a través del reclutamiento forzado con fines de explotación sexual, prostitución, explotación laboral o con fines delictivos.¹⁹⁷

Tal y como indica el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, es altamente recomendable que los países implicados en movimientos migratorios emprendan una actividad sobre los indicadores de migración y derechos humanos. Dichos indicadores son necesarios para desarrollar capacidades destinadas a formular políticas basadas en los derechos, a nivel nacional y local, y para establecer mecanismos de monitoreo, de implementación, de creación de

¹⁹⁶ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.LV/II.164, 7 de septiembre de 2017, párrs. 394 y 395. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

¹⁹⁷ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.LV/II.164, 7 de septiembre de 2017, párrs. 397-399. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

la capacidad y de promoción. Así, es necesaria una metodología para poner de relieve las normas y principios de derechos humanos, para enunciar los atributos básicos de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales y para que ello se traduzca en **indicadores y marcos de referencia contextualmente pertinentes**, con la finalidad de que se garantice la realización de los derechos humanos de los migrantes a nivel de los países.¹⁹⁸

De esa forma, se podrá elaborar un conjunto de indicadores de derechos humanos, específicamente sobre los migrantes y la migración, prestando especial atención en los más vulnerables. Asimismo, se podrán preparar directrices para reunir datos más fiables y exactos sobre los aspectos de derechos humanos de la migración, entre ellos, el desglose por edad, por sexo y por sector de empleo y, de ser posible, por situación jurídica. Por último, se facilitarían los conocimientos sobre la situación de derechos humanos de los migrantes, así como su monitoreo, mediante la difusión de indicadores a través del proceso de examen periódico universal y la labor de otros mecanismos de derechos humanos pertinentes.¹⁹⁹

- *Recomendación II: Elaborar una guía, lineamientos o protocolo para regular el uso de la fuerza cuando sea requerido*

Siguiendo lo establecido en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que

¹⁹⁸ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, 2015, p. 170. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

¹⁹⁹ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, 2015, p. 170. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.²⁰⁰

Asimismo, la Comisión Interamericana ha indicado que por lo irreversible de las consecuencias que podrían derivarse del uso de la fuerza, se concibe como un recurso último que, limitado cualitativa y cuantitativamente, pretende impedir un hecho de mayor gravedad que el que provoca la reacción estatal. Dentro de ese marco caracterizado por la **excepcionalidad**, tanto la Comisión como la Corte IDH, han coincidido en que, para que el uso de la fuerza se encuentre justificado, se deberán satisfacer los principios de **legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad**. Todo lo anterior, con base en las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en materia de derechos humanos, a la luz de los instrumentos internacionales.²⁰¹

Respecto al **principio de legalidad**, la Comisión se ha referido a la obligación Estatal de sancionar normas con jerarquía de ley, y en cumplimiento de las normas internacionales en la materia, destinadas a regular la actuación de los agentes del orden en el cumplimiento de sus funciones.²⁰²

La Comisión ha reiterado que todo esfuerzo resultaría infructuoso si además los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los **principios y normas de protección de los derechos humanos** y sobre los **límites a los que debe estar sometido en toda circunstancia el uso de las armas** por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Para que la capacitación y examen de los funcionarios del or-

²⁰⁰ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, 1990, Principio 9. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>

²⁰¹ CIDH, Informe Anual 2015, Capítulo IV.A: Uso de la fuerza, párr. 7. Disponible en www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/.../InformeAnual2015-cap4A-fuerza-ES.docx

²⁰² CIDH, Informe Anual 2015, Capítulo IV.A: Uso de la fuerza, párr. 8. Disponible en www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/.../InformeAnual2015-cap4A-fuerza-ES.docx

den pueda considerarse debida, los Principios sobre el empleo de la fuerza dictaminan la necesidad de prestar especial atención respecto a la ética policial y los derechos humanos, especialmente en el proceso de indagación; los medios técnicos, con miras a limitar el empleo de la fuerza y armas de fuego; y los medios que puedan sustituir el empleo de la fuerza y de armas de fuego —tales como la solución pacífica de los conflictos, el estudio del comportamiento de las multitudes y las técnicas de persuasión, negociación y mediación.²⁰³

- *Recomendación III: Solicitar que organismos internacionales, tales como ACNUR, OACNUDH y OIM, colaboren en la atención de las personas migrantes*

En el plano práctico, son varios los organismos internacionales que tienen programas amplios de prestación de servicios en apoyo de los derechos humanos, incluidos los derechos laborales de los migrantes. Así, diversos organismos de las Naciones Unidas y la OIM han desarrollado un extenso abanico de actividades en este sentido, **ofreciendo apoyo a los Estados** en temas como la orientación previa a la partida; la contratación de trabajadores migrantes; el reconocimiento médico; la ayuda con la provisión de documentos de viaje; la facilitación de la reunificación familiar; la cuantificación de la discriminación contra los migrantes; la ayuda para migrantes, incluida su reintegración; y la facilitación del acceso de los migrantes a los sistemas de justicia penal y a los tribunales laborales.²⁰⁴

Asimismo, numerosas organizaciones ayudan a los Estados con la integración de los migrantes en los países de destino, incluido el mercado laboral; la convalidación de títulos académicos y cualificaciones; la promoción de los marcos de contratación laboral en condiciones equitativas; la cobertura de la protección social para los migrantes, incluida la conservación de los derechos adquiridos de la

²⁰³ CIDH, Informe Anual 2015, Capítulo IV.A: Uso de la fuerza, párr. 21. Disponible en www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/.../InformeAnual2015-cap4A-fuerza-ES.docx

²⁰⁴ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, 2015, p. 169. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

seguridad social o la ayuda a las víctimas de trata de personas y a los migrantes entrados ilegalmente en el país por contrabandistas.

Los organismos también proporcionan a los Estados y a otros actores ayuda técnica y apoyo al fomento de la capacidad, incluida la **formación de funcionarios de inmigración**; apoyo para el análisis, adopción y corrección de la legislación competente, que llevan asociadas una formación legal; y apoyo al fomento de capacidades y alianzas con una serie de ministerios, autoridades regionales, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y organizaciones de trabajadores y empleadores, relacionadas con la gobernanza de la migración.²⁰⁵

Por tanto, en materia migratoria es una práctica muy habitual que las organizaciones internacionales colaboren con los Estados en el diseño y planificación de la respuesta de estos últimos ante determinadas situaciones, aportando el conocimiento especializado a nivel técnico que puede incrementar la eficacia de la protección brindada por el Estado en última instancia. Es por ello que es altamente recomendable que México diseñe sus políticas de atención y protección a la población migrante con el asesoramiento y la asistencia técnica de organizaciones internacionales especializadas en la materia, como pueden ser ACNUR y OIM.

- *Recomendación IV: Garantizar los derechos humanos de las personas migrantes*

Tal y como previamente se ha señalado, la mayoría de las personas migrantes que llegan a México forman parte de migraciones forzadas, por lo que las obligaciones estatales frente a ellas deben interpretarse a la luz de las normas y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, contemplando las necesidades especiales de protección que presentan los migrantes que se han visto forzados a salir de sus países de origen debido a amenazas para

²⁰⁵ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, 2015, p. 169. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

su vida, para sus familias, o para luchar en búsqueda de trabajos dignos. En lo que concierne al desarrollo de estándares, los órganos del Sistema Interamericano avanzan de forma progresiva conceptos como el relativo al **derecho a la vida digna**, así como identificando diversas formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes. La utilización de dichos conceptos puede ser la base para prevenir la devolución o deportación de migrantes forzosos en situación de pobreza.²⁰⁶

Los organismos del sistema de las Naciones Unidas, la OIM y los actores de la sociedad civil están defendiendo actualmente un **enfoque integral de protección de los derechos humanos de la población migrante**. Este enfoque consagra los derechos humanos de todos los seres humanos, incluidos los migrantes, al tiempo que reconoce, a medida que surgen, **necesidades de protección más particulares**. El reconocimiento de **la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos**, junto a la comprensión de la creciente complejidad de la migración internacional, podría ayudar a forjar un nuevo consenso sobre la cuestión de la migración y los derechos humanos. La base de este consenso reside en el **enfoque de la migración basado en los derechos humanos**. A diferencia de un “marco de derechos humanos”, que impone principios normativos y exige de los Estados que contemplen una serie de medidas a fin de cumplir sus obligaciones, el enfoque basado en los derechos humanos proporciona una orientación práctica y herramientas concretas en este sentido. Dicho enfoque se basa normativamente en las normas internacionales de derechos humanos y del trabajo, y su objetivo práctico es la promoción, el cumplimiento y la protección de los derechos humanos.²⁰⁷

²⁰⁶ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de septiembre de 2017, Recomendación Núm. 12, p. 192. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

²⁰⁷ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, 2015, pp. 163-164. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf.

Desde dicha óptica, las obligaciones de los Estados en relación con la población migrante no se limitan a la garantía del respeto a sus derechos humanos. Las autoridades deben, en primer lugar, **respetar** los derechos humanos de las personas migrantes, esto es, no interferir en el goce de sus derechos. Además, tienen la obligación de **proteger** los derechos de este colectivo, lo que supone evitar la violación de sus derechos humanos por parte de entidades privadas o terceros. Por último, los Estados también tienen la **obligación de garantía**, esto es, adoptar medidas positivas para garantizar la realización de los derechos humanos.²⁰⁸

11. PUEBLOS INDÍGENAS

Recomendación General Núm. 27, sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana, de 11 de julio de 2016; Recomendación General Núm. 35, sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana, de 28 de enero de 2019.

- *Recomendación I: Garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos y comunidades indígenas del país*

Retomando el razonamiento de la Corte Interamericana en el caso del *Pueblo Saramaka vs Surinam*,²⁰⁹ el Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas indicó en 2012 que ni la consulta ni el consentimiento son un fin en sí mismos, ni tampoco son derechos independientes. Los principios de consulta y consen-

²⁰⁸ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Migración y derechos humanos: mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional, 2011, p. 18. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporSPt.pdf.

²⁰⁹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 129 a 137. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

timiento constituyen, en conjunto, una **norma especial que protege el ejercicio de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas** y funciona como un **medio para garantizar su observancia**. Se trata, por tanto, de una norma que complementa y contribuye a dar efectividad a derechos sustantivos, entre ellos el derecho a la propiedad, así como a otros derechos que pueden estar afectados por la explotación y extracción de los recursos naturales.²¹⁰

Por tanto, en consonancia también con las fuentes jurídicas internacionales aplicables, está claro que la consulta es considerada un **deber de los Estados**. Este deber se incorporará de forma adecuada en las iniciativas legislativas nacionales y en las decisiones y sentencias de los organismos judiciales, recordando el papel que tienen los principios de consulta y consentimiento en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.²¹¹

Dicho deber es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general, pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.²¹²

²¹⁰ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012, párr. 49. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf.

²¹¹ Naciones Unidas, Oficina en México del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Los derechos de los pueblos indígenas en México: una mirada desde los organismos del Sistema de Naciones Unidas, enero de 2018, p. 30. Disponible en http://hchr.org.mx/images/doc_pub/PueblosIndgenas_UnaMirada_2017.pdf

²¹² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,

Las características específicas de los procedimientos de consulta requeridos variarán según la naturaleza de la medida propuesta, el alcance de su impacto en los pueblos indígenas y la naturaleza de los intereses o derechos de los pueblos indígenas que estén en juego. Sin embargo, en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas, su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.²¹³

Para el cumplimiento de los estándares internacionales, la consulta deberá realizarse de **buena fe**, de **forma previa, libre e informada** y utilizando unos **mecanismos culturalmente adecuados**. El principio de la **buena fe** supone que las partes implicadas actúan con la verdad, siendo rectos y transparentes. El **carácter previo** supone que la consulta debe realizarse antes de la adopción y aplicación de las medidas legislativas o administrativas en cuestión que vayan a afectar directamente a los pueblos indígenas. El **carácter libre** de la consulta requiere que los pueblos indígenas tengan la oportunidad de valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, sin interferencias de extraños y mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, teniendo además la oportunidad de ser oídos en relación con sus inquietudes y pretensiones, en lo referente a la defensa de sus intereses. Se entenderá que una consulta es **informada** cuando se aporten a los pueblos indígenas todos los elementos necesarios para la toma de una decisión, esto es, un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen,

A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43. Disponible en <https://www.acnur.org/file-admin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.

²¹³ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 65. Disponible en <https://www.acnur.org/file-admin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.

así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. Por último, se deben adoptar procedimientos apropiados para la consulta, y ésta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Para ello, el gobierno debe acordar con las comunidades los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos de la consulta, garantizando que escojan a sus representantes de manera autónoma; construir la metodología culturalmente adecuada y en conjunto con los pueblos indígenas.²¹⁴

Además de la consulta y el consentimiento, deben aplicarse otras salvaguardas, particularmente en el caso de medidas o actividades que afecten a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Entre estas otras salvaguardas podríamos incluir **estudios de impacto social, cultural y ambiental** que presten una atención adecuada a toda la gama de derechos de los pueblos indígenas; el establecimiento de medidas de mitigación para evitar o reducir al mínimo los efectos que menoscaben el ejercicio de estos derechos; y la distribución de beneficios y pago de indemnizaciones en caso de efectos adversos, de conformidad con las normas internacionales pertinentes.²¹⁵

Por último, cualquier decisión que adopten los Estados de seguir adelante con una medida o actividad a la que los pueblos indígenas afectados no hayan dado su consentimiento y que restrinja derechos sustantivos, debe demostrar que cumple con los estrictos estándares internacionales sobre las limitaciones aceptables a los derechos humanos. Estos estándares tienen que ver con la **necesidad** y la **proporcionalidad** relacionadas con una **finalidad pública válida** coherente con un marco general de respeto a los derechos humanos. No

²¹⁴ Naciones Unidas, Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada, 2011, pp. 20-22. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602>.

²¹⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012, párr. 52. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf.

podrán considerarse como finalidad pública válida los meros intereses comerciales o los objetivos de generación de ingresos.²¹⁶ Asimismo, la Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la **obligación de obtener el consentimiento** de los pueblos indígenas interesados. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al **traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales** y los casos relacionados con el **almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas**.²¹⁷ Además, la Corte Interamericana ha indicado que el consentimiento también será obligatorio en los casos en que se trate de **planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena**.²¹⁸

Así, los Estados deben adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para **poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta y en su caso, el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas** y tribales y comunidades afrodescendientes, conforme a los estándares de derechos humanos internacionales y con la participación plena de los pueblos y comunidades.²¹⁹

²¹⁶ Naciones Unidas, Oficina en México del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Los derechos de los pueblos indígenas en México: una mirada desde los organismos del Sistema de Naciones Unidas, enero de 2018, p. 32. Disponible en http://hchr.org.mx/images/doc_pub/PueblosIndgenas_UnaMirada_2017.pdf

²¹⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 47. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.

²¹⁸ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 134. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_172_esp.pdf.

²¹⁹ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 31 de diciembre de 2015, p. 188. Disponible en https://www.iwgia.org/images/publications/0746_CIDH_Industrias_extractivas.pdf

- *Recomendación II: Impulsar las políticas públicas y la asignación presupuestaria que garanticen la protección, salvaguarda, preservación, promoción y desarrollo integral del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas*

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas determina que tienen derecho a **mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural**, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. **También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural**, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. Para la garantía de dichos derechos, los Estados adoptarán **medidas eficaces que los reconozcan y protejan**.²²⁰

Recientemente, el Representante de la Oficina de la UNESCO en México ha precisado que resulta muy importante el establecimiento de registros de propiedad intelectual pertinentes e inventarios de patrimonio inmaterial para salvaguardar los elementos culturales pertenecientes a comunidades indígenas de su mal uso comercial, tal y como viene sucediendo en los últimos años con diseños mexicanos.²²¹ En relación con esto último, los Principios Éticos para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial precisan que la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial es una cuestión de **interés general para la humanidad** y, por lo tanto, se deberá llevar a cabo mediante la cooperación entre partes bilaterales, subregionales, regionales e internacionales. No obstante, **nunca se deberá disociar a**

²²⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, 10 de diciembre de 2007, Artículo 31. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>

²²¹ Naciones Unidas, UNESCO, Nota de prensa 20 de mayo 2019. Disponible en http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/registros_de_propiedad_intelectual_y_del_patrimonio_inmateri/

las comunidades, grupos y, si procede, individuos, **de su propio patrimonio cultural inmaterial**.²²²

- *Recomendación III: Reconocer legalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, asegurando su participación en el correspondiente procedimiento legislativo*

El Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas ha precisado que la función protectora del Estado en el contexto de las industrias extractivas entraña asegurar un **marco normativo que reconozca plenamente los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales** y otros derechos que puedan verse afectados por las operaciones de extracción; que exija que se respeten esos derechos, tanto en todos los procesos pertinentes de adopción de decisiones administrativas del Estado como en el comportamiento de las empresas; y que prevea sanciones y vías de reparación efectivas cuando esos derechos sean vulnerados, ya sea por representantes de los gobiernos o de las empresas. Dicho marco normativo requiere **leyes o reglamentos que incorporen las normas internacionales sobre los derechos indígenas** y las apliquen a través de los diversos elementos de la administración del Estado que regulan la tenencia de la tierra, la minería y la extracción o explotación del petróleo, el gas y otros recursos naturales.²²³

Por lo tanto, en el caso de propuestas estatales de medidas legislativas o administrativas y de proyectos de desarrollo e inversión, el punto de partida indispensable para formular procedimientos adecuados de consulta y consentimiento es el **enfoque en los derechos sustantivos afectados**.²²⁴

²²² Naciones Unidas, UNESCO, Principios Éticos para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2015, Principio 12. Disponible en https://ich.unesco.org/doc/src/2003_Convention-Ethical_principles-ES.pdf.

²²³ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012, párr. 57. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf.

²²⁴ Naciones Unidas, Oficina en México del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Los derechos de los pueblos indígenas en México: una mirada desde los orga-

Antes de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, se daba por sentado que los derechos de los individuos bastarían para garantizar una protección y promoción adecuadas de los derechos de protección colectiva, como el derecho a la cultura. Sin embargo, con la aprobación de la Declaración, la comunidad internacional ha afirmado claramente que **deben reconocerse los derechos colectivos de los pueblos indígenas para que estos puedan disfrutar de sus derechos humanos**. El enfoque basado en la igualdad y la no discriminación también promueve el reconocimiento de los derechos colectivos a sus tierras, territorios y recursos como equivalentes de los derechos de las personas no indígenas a su propiedad, en la misma línea que lo determinado por la Corte Interamericana en casos como *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua* o *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*.²²⁵

Los derechos colectivos son indispensables para la supervivencia, el bienestar y el desarrollo íntegro de los pueblos indígenas como grupos humanos diferenciados. Estos derechos comprenden el reconocimiento de su historia, idioma, identidad y cultura particular, aunque también el de sus derechos colectivos a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y utilizado. También se incluyen los conocimientos tradicionales compartidos por los pueblos indígenas.²²⁶

La importancia del reconocimiento de los derechos colectivos deriva de que de ello depende el disfrute de otros derechos básicos, como la alimentación. De esa forma, **los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre la tierra son inseparables de su derecho a la alimentación**, puesto que la población indígena depende de la

nismos del Sistema de Naciones Unidas, enero de 2018, p. 31. Disponible en http://hchr.org.mx/images/doc_pub/PueblosIndgenas_UnaMirada_2017.pdf

²²⁵ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Los Pueblos Indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Folleto Informativo 2013, p. 8. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf.

²²⁶ Naciones Unidas, Organización para la Alimentación y la Agricultura, Política de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales, 2011, página 12. Disponible en <http://www.fao.org/3/i1857s/i1857s.pdf>.

tierra y sus correspondientes recursos para mantener su seguridad alimentaria y sus medios de vida. La expansión de las superficies agrícolas, las industrias de explotación, los cambios en la gestión del uso de la tierra, entre otras actividades, pueden plantear amenazas a los sistemas de alimentación de los pueblos indígenas y, por ende, socavar su derecho a la alimentación, así como su seguridad alimentaria y nutricional.²²⁷

En vista de todo lo anterior, tal y como la Comisión Interamericana ha indicado, los Estados deben diseñar, implementar y aplicar efectivamente un **marco normativo adecuado para la protección de los derechos humanos frente a actividades extractivas, de explotación o desarrollo**. Ello incluye adoptar medidas legislativas y de otra índole pertinentes para la protección de los derechos humanos más relevantes en esta materia, derogar las disposiciones internas incompatibles con los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos, y abstenerse de adoptar legislación contraria a los derechos humanos en este contexto.²²⁸

Asimismo, las autoridades se encuentran en la obligación de garantizar que los pueblos indígenas y tribales puedan usar y gozar de sus tierras y territorios históricamente ocupados, lo que implica que los mismos sean reconocidos, titulados, delimitados y demarcados, mediante procedimientos especiales y con participación de tales pueblos. Las instituciones involucradas deben identificar junto con los pueblos y comunidades, y reconocer las formas consuetudinarias y sistemas de tenencia colectiva existentes para garantizarles el debido reconocimiento legal de su derecho a la propiedad colectiva. Debe asegurarse que ello garantice los derechos sobre los recursos

²²⁷ Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, *Los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre las tierras, los territorios y los recursos naturales*, junio de 2018, p. 22. Disponible en https://www.unclearn.org/sites/default/files/inventory/ip_report_s_web.pdf.

²²⁸ CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 31 de diciembre de 2015, p. 185. Disponible en https://www.iwgia.org/images/publications/0746_CIDH_Industrias_extractivas.pdf

naturales dentro de sus territorios necesarios para su supervivencia física y cultural.²²⁹

12. CONCLUSIONES

El Ombudsman mexicano ha detectado, entre otros, cinco situaciones de vulneración estructural de derechos en su país: la ausencia de expedientes clínicos adecuados (que vulnera el derecho a la protección de la salud), la insuficiencia del salario mínimo (que vulnera el derecho al trabajo), la discriminación de las personas del mismo sexo que desean casarse (que vulnera su derecho al matrimonio), las desapariciones forzadas (que vulnera el derecho a la vida) y el desplazamiento forzado interno (que vulnera la libertad de circulación y residencia). De otro lado, ha identificado cuatro colectivos cuyos derechos (en este caso, se identifican varias figuras) se vulneran de forma persistente: los periodistas, las personas privadas de libertad, las personas migrantes y los pueblos indígenas. En sus informes y recomendaciones se demuestra, con datos contundentes, que no se trata de incumplimientos aislados o excepcionales y que afectan a porcentajes importantes de la población, que en varios casos se cuantifican o podrían cuantificarse fácilmente. Quizás la desaparición forzada no afecta a un porcentaje muy elevado de personas, pero la violación de derechos es aquí tan grave y contrasta tanto con la media internacional que bien amerita la calificación de vulneración estructural.

Este tipo de vulneraciones no requieren demasiada argumentación en términos jurídicos: es claro lo que las normas dicen sobre el contenido de los derechos afectados y por tanto no es necesario detenerse demasiado en analizar la legitimidad de las intervenciones;

²²⁹ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 31 de diciembre de 2015, pp. 188 y 189. Disponible en https://www.iwgia.org/images/publications/0746_CIDH_Industrias_extractivas.pdf

en casi todos los casos nos encontramos dentro del contenido esencial de los derechos humanos, esto es, en aquella parte de los mismos cuyas restricciones son siempre ilegítimas. Nada puede justificar, por ejemplo, que un trabajador no perciba el salario necesario para una existencia digna, que una persona tenga que abandonar su lugar de residencia contra su voluntad o que una persona privada de libertad no disponga de unas dignas condiciones de vida en su lugar de reclusión. El poder público lo tiene ciertamente difícil para argumentar la negativa a cumplir con estos derechos.

La CNDH, tras poner de manifiesto los hechos reveladores de la vulneración estructural, claramente contraria a Derecho, diseña un conjunto de recomendaciones, siempre concretas, razonables y bien argumentadas, apoyándose en el Derecho mexicano (Constitución, leyes y reglamentos y tratados internacionales ratificados), pero también en el *soft law* internacional, cuya coactividad puede ser discutible, pero que en todo caso sirve como argumento complementario de autoridad. Este *soft law* es de gran utilidad, pues concreta de forma mucho más precisa que los tratados lo que las autoridades nacionales deben hacer. Como hemos demostrado, todas las recomendaciones de la CNDH que hemos estudiado tienen su correspondencia en varios de estos documentos.

El estudio comparativo de la doctrina del *Ombudsman* y de la doctrina internacional es importante y requiere tiempo y dedicación; modestamente, desde la Universidad de Alcalá creemos haber contribuido a este trabajo de comparación y esperamos sea útil para otras INDH, al menos como modelo metodológico. A partir de ahora, se trata de continuar, para otros casos de vulneración estructural de derechos humanos, con esta tarea de descripción, sistematización y comparación de doctrinas, como imprescindible paso previo para las actividades, también muy necesarias, de cooperación institucional. Otras dos investigaciones del PRADPI, de simultánea publicación con esta, pretenden abrir el camino para esta cooperación, tanto a nivel universal como regional. Queda sin embargo en manos de la voluntad política de quienes ejercen los cargos directivos de las INDH y de los organismos y mecanismos internacionales llevarla a la práctica.

El Ombudsman y la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos: un diálogo necesario, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Programa Regional de Apoyo a las Defensorías de Iberoamérica de la Universidad de Alcalá (PRADPI).

La copia se realizó en noviembre de 2019
en 300 discos.



Presidente
Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi
María Ampudia González
Alberto Manuel Athié Gallo
Rosy Laura Castellanos Mariano
Michael W. Chamberlin Ruiz
Angélica Cuéllar Vázquez
Mónica González Contró
David Kershenobich Stalnikowitz
María Olga Noriega Sáenz
José de Jesús Orozco Henríquez

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

María Eréndira Cruzvillegas Fuentes

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Titular de la Oficina Especial para el "Caso Iguala"

José T. Larrieta Carrasco

Directora Ejecutiva del Mecanismo Nacional
de Prevención de la Tortura

Ninfa Delia Domínguez Leal

Secretaría Ejecutiva

Consuelo Olvera Treviño

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Raymunda G. Maldonado Vera

Directora General del Centro Nacional
de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

DESDE 1990
EL PODER DE LA GENTE

