



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TRABAJO DE GRADO

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS POR ACCIONES DE
PARTICULARES**

Presentado por

Casas Martínez, Manuel Andrés

Para Optar al Título de

Magíster en Derecho Constitucional

Tutor:

José Humberto Frías

Caracas, 3 de octubre de 2013

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

ACEPTACION DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Proyecto de Trabajo de Grado, presentado por el ciudadano Manuel Casas, titular de la Cédula de Identidad 17.952.520 para optar al Título de Magíster en Derecho Constitucional, cuyo título es: La responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares; y que acepto asesorar al estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la Ciudad de Caracas, a los tres (10) días del mes de abril de 2013

José Humberto Frías M.
CI. 10.335.088

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
VICERRECTORADO ACADEMICO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS POR ACCIONES DE PARTICULARES**

**Autor: Manuel Casas
Tutor-Asesor: José Humberto Frías
Fecha: octubre de 2013**

RESUMEN

Esta investigación tiene por objeto estudiar el alcance de la responsabilidad internacional del estado en materia de derechos humanos por hechos cometidos por particulares, es decir, por actores no-estatales. En ese sentido, se busca: en primer lugar, profundizar sobre las bases teóricas sobre las que se funda este tipo de responsabilidad internacional; en segundo lugar, estudiar como la misma ha sido tratada por diferentes instancias jurisdiccionales internacionales, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en tercer lugar, analizar las distintas instituciones jurídicas con las que se ha pretendido resolver la problemática, como serían las tesis de la debida diligencia o las obligaciones positivas de protección, y, en tercer lugar, estudiar cuáles son las consecuencias que tiene para el derecho interno que el estado pueda ser, en materia de derechos humanos, considerado como responsable internacionalmente por acciones cometidas por particulares. En cuanto a la metodología, el diseño de la investigación será documental; el nivel, será descriptiva. Asimismo, se usarán las siguientes técnicas para procesar la información: el análisis cualitativo del contenido, la elaboración de la matriz de análisis de contenido y la lectura evaluativa. Preliminarmente, se espera poder lograr un análisis comprensivo del tratamiento que ha sido dado al tema en la doctrina internacional y, particularmente, por los organismos jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos. Adicionalmente, se espera poder lograr una efectiva sistematización y análisis de los distintos mecanismos a través de los cuales ha sido abordado la problemática de la responsabilidad del estado en materia de derechos humanos por hechos de particulares. Por último, se aspira a hacer consideraciones de carácter teórico sobre las bases conceptuales de la responsabilidad internacional del estado por hechos de particulares.

Palabras clave: derechos humanos, responsabilidad internacional del estado, teoría de los derechos humanos.

Agradezco a José Humberto Frías, José Valentín González, Edward Pérez,
Rolando Ignacio Seijas y Rodrigo Vivas por tomarse la molestia de leer estas
páginas.

Índice

Introducción	5
Capítulo I	11
Consideraciones Sobre Ciertos Aspectos Filosóficos y Constitucionales de los Derechos Humanos	11
Introducción	11
Bases Filosóficas de la Idea de Derechos Humanos	12
Hobbes.	13
Locke.....	16
Rawls.....	19
Concepciones Jurídicas sobre los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional ..	23
Distintas Concepciones sobre la Eficacia Horizontal de las Normas de Derechos Humanos en el Derecho Interno.....	30
La aplicación de normas de Derechos Humanos a relaciones entre particulares en el derecho interno.....	32
Consideraciones sobre la Eficacia Horizontal de las Normas de Derechos Humanos en el Derecho Interno.....	40
La estructura de las normas de derechos fundamentales: la relación jurídica que plantean y la importancia de distinguir entre lo público y lo privado.....	40
La banalización del concepto o la evaporación de los Derechos Humanos o porqué la redundancia es positiva.	42
La amenaza de la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico.....	45
La solución de derecho positivo: el texto constitucional como determinante de la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos.....	47
La crítica axiológica: el derecho privado como garante de la libertad y la autonomía de la voluntad.....	48
Capítulo II	52
La Responsabilidad Internacional del Estado en el Derecho Internacional Público	52
El Desarrollo de la Responsabilidad Internacional del Estado Previo a la Codificación Mediante los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.....	53
Características de la responsabilidad internacional del Estado desarrolladas por la práctica del derecho internacional.....	55
Las obligaciones positivas de protección.....	61

La Responsabilidad Internacional del Estado Luego de la Codificación: los Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.....	64
Conductas de particulares dirigidas o controladas por el Estado.....	67
Conductas de particulares realizadas en la ausencia de autoridades oficiales.	69
Conductas de movimientos insurgentes.	70
Conductas conocidas y adoptadas por el Estado como propias.	70
Normas de Naciones Unidas sobre Responsabilidad de la Empresa en Materia de Derechos Humanos	72
La Insuficiencia de los Planteamientos del Derecho Internacional General para Resolver la Problemática en el Ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	76
Capítulo III	80
La Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos de Particulares en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	80
Obligaciones generales establecidas en la CADH	81
La obligación de respeto.	82
La obligación de garantía.....	82
La obligación de adaptación normativa.	87
Breves consideraciones sobre la direccionalidad de la Convención Americana	90
Sistematización de los supuestos en los que el Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por acciones de particulares.....	92
Consideraciones generales.....	92
Supuestos de atribución de responsabilidad internacional basados en un incumplimiento <i>previo</i> a la conducta del particular.....	93
Criterios atributivos de responsabilidad basados en acciones u omisiones <i>posteriores</i> a la conducta lesiva de Derechos Humanos.....	100
Conclusión sobre los supuestos de atribución de responsabilidad internacional al Estado por acciones de particulares desarrollados por la Corte Interamericana	104
Capítulo IV	106
La Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos de Particulares en la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos	106
Consideraciones Generales sobre las Obligaciones que la Convención Europea de Derechos Humanos Impone a los Estados	106
Origen de las Obligaciones Positivas de Protección.....	110

Distinción entre obligaciones positivas de protección relacionadas con conductas de particulares y aquellas únicamente relacionadas con la actuación del Estado.....	112
El Conocimiento como Elemento Determinante del Surgimiento de la Obligación Positiva de Protección.....	114
Clasificación de las distintas formas de conocimiento del Estado de una situación de riesgo a Derechos Humanos causada por particulares.	115
Contenido Específico de las Obligaciones Positivas de Protección de Acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Europea.	120
Deber de investigar violaciones a Derechos Humanos.	121
Deber de tomar medidas concretas de protección.....	122
Obligación de adaptación normativa.....	123
Conclusiones Sobre el Desarrollo de la Tesis de las Obligaciones Positivas de Protección en la Jurisprudencia de la Corte Europea.....	130
Capítulo V	133
Repercusiones Jurídicas de la Responsabilidad Internacional del Estado en Materia de Derechos Humanos por Acciones de Particulares en el Derecho Interno.....	133
Deber de Adaptación Normativa.....	134
Legitimidad de las obligaciones de adaptación normativa.....	137
Alcance de las obligaciones de adaptación normativa.	139
Consecuencias de la existencia de mandatos expresos de criminalización.....	145
Control de Convencionalidad	149
Origen del control de convencionalidad.	150
Consideraciones Sobre el Control de Convencionalidad.....	157
Conclusiones.....	160
Referencias.....	163

Introducción

El objetivo de esta investigación es determinar los supuestos en los cuales un Estado puede, en materia de Derechos Humanos, ser considerado internacionalmente responsable por acciones de particulares. Es decir, se pretende precisar en qué circunstancias las conductas de particulares que lesionen los bienes jurídicos protegidos por normas internacionales de Derechos Humanos son atribuibles al Estado.

Que un Estado pueda, en materia de Derechos Humanos, ser considerado internacionalmente responsable por acciones que han realizado terceras personas representa una modificación significativa en la teoría del derecho internacional de los Derechos Humanos, que plantea que sus normas son unidireccionales, pues representan un límite material a la actuación del Estado. Por tal razón, tradicionalmente se ha considerado que tales normas internacionales de Derechos Humanos tienen un único destinatario: el Estado; y es éste el único que las puede infringir.

Sin embargo, tanto la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen una serie de obligaciones generales a los Estados. Éstas pueden ser interpretadas de manera que se pueda concluir que su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado por acciones de particulares.

En ese sentido, la Convención Americana establece la obligación de garantía, que obliga al Estado a procurar la vigencia plena y goce efectivo de los Derechos Humanos establecidos en la Convención. También existe una obligación general de adaptación normativa, con base en la cual el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico de forma que éste sea compatible con las disposiciones contenidas en la norma internacional de Derechos Humanos.

De acuerdo a las mencionadas obligaciones generales, los dos principales tribunales internacionales de Derechos Humanos, las Cortes Interamericana y

Europea de Derechos Humanos, han desarrollado, a través de su jurisprudencia, una serie de criterios a partir de los cuáles han determinado que un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por conductas que han sido realizadas por particulares —es decir, por personas que no tienen una vinculación directa con el Estado; que no son funcionarios o agentes del mismo.

No obstante lo anterior, tanto el tribunal europeo como el interamericano han eludido la elaboración de una teoría general que precise los supuestos específicos en los cuáles un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por conductas realizadas por particulares. Por ello, el tratamiento del tema ha sido casuístico; lo cual implica que exista un cierto nivel de incertidumbre respecto a los supuestos en los cuáles se puede considerar que el Estado debe responder internacionalmente por acciones que no ha realizado directamente.

A pesar de que los mencionados tribunales internacionales se hayan rehusado a formular una teoría general, se considera que es posible intentar elaborar, de forma inductiva, a partir de las decisiones que estos han dictado, si bien no una *teoría general*, sí una sistematización de los supuestos en los que un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por las acciones de particulares. Este es el objetivo principal de esta investigación.

Por otro lado, los objetivos específicos resultantes podrían sintetizarse en dos: primero, un análisis crítico de las diversas teorías sobre la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos, incluyendo aquellas que defienden la llamada *eficacia horizontal* (entre particulares) de las mismas; segundo, determinar cuáles son los efectos que la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares pueda tener en el derecho interno de cada país.

En lo atinente a la metodología, esta investigación puede ser clasificada como teórica; la misma se basa en la consulta de distintos textos legales, jurisprudenciales y doctrinales relacionados con los temas a investigar. En cuanto al diseño, la misma es de corte documental, ya que se centra en el estudio de

diversas fuentes escritas. Por último, esta investigación se ubica en el nivel descriptivo. Esto se debe a que pretende analizar el tema de estudio de manera de poder elaborar una *caracterización* del mismo y precisar la estructura que lo rige.

Ahora, resulta necesario hacer referencia al contenido de cada capítulo. El primero busca desarrollar las bases conceptuales de la idea de Derechos Humanos, para luego pasar a tratar la recepción de la misma por la ciencia jurídica. Asimismo, dicho capítulo estudiará las distintas teorías relativas a la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos, culminando con un análisis crítico de las hipótesis que apoyan la eficacia horizontal de las mismas.

El segundo capítulo tiene un sesgo internacional. Estudia el desarrollo que ha tenido la institución de la responsabilidad internacional del Estado en el derecho internacional público. Primero, con base en la práctica internacional; segundo, con base en los artículos de responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito formuladas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Por último, se finaliza haciendo una reflexión sobre la insuficiencia de tales artículos para tratar el tema bajo estudio.

Los capítulos tercero y cuarto son los de mayor importancia y tienen una estructura similar. Buscan precisar, con base en las decisiones de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos los supuestos en los que un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares.

Por último, el quinto capítulo intenta sistematizar las repercusiones que la mencionada responsabilidad internacional tiene para el derecho interno de los Estados. En ese sentido, se estudian a profundidad las dos repercusiones jurídicas principales: la obligación de adaptación normativa, con un particular énfasis en el deber de criminalización; y el control de la convencionalidad, en especial el realizado por los jueces internos de cada Estado.

Capítulo I

Consideraciones Sobre Ciertos Aspectos Filosóficos y Constitucionales de los Derechos Humanos

Introducción

En este capítulo se busca estudiar dos cosas: primero, las bases teóricas (tanto filosóficas como jurídico-constitucionales) de los Derechos Humanos y las normas que los desarrollan; segundo, analizar las diversas posturas que existen sobre la aplicación horizontal —es decir, en relaciones jurídicas entre particulares— de aquellas normas de Derechos Humanos.

Este capítulo tiene un fuerte sesgo teórico, y así debe ser. Pues, por un lado, se busca exponer con claridad las bases doctrinales sobre las cuales se construye la teoría, tanto filosófica como jurídica, de los Derechos Humanos. Esto es importante porque para poder analizar la mera existencia de responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por hechos de terceros, es necesario comprender aspectos teóricos, como la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos, que tendrán importantes consecuencias prácticas.

Siguiendo esa misma línea argumentativa, debe notarse que, aun cuando el objetivo de este trabajo es la responsabilidad *internacional* del Estado, el análisis jurídico de la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos ha sido desarrollado con mucha más amplitud en el derecho constitucional interno; lo cual obliga a revisar las posturas que la doctrina ha asumido en ese aspecto. Esto se debe, principalmente, a que la personalidad jurídica del individuo en el derecho internacional es muy reducida, por lo cual el sustrato dogmático relevante se encuentra en el derecho público interno. Una vez aclarados estos puntos, el presente capítulo seguirá el siguiente orden:

En primer lugar, se estudiará el sustrato filosófico de los Derechos Humanos; su origen y posterior interpretación por las doctrinas contractualistas. Luego, en segundo lugar, se pasará a examinar lo relativo a la interpretación

jurídica —principalmente constitucional— que se ha hecho de los mismos. En tercer lugar, se abordará el tema de la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos (la posibilidad conceptual de que las mismas sean aplicadas en relaciones entre particulares y no sólo en las relaciones particular-Estado). Posteriormente se abordará el punto específico de las obligaciones en materia de Derechos Humanos de las empresas que ha sido desarrollado con base en el grupo de trabajo del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas sobre ese mismo tema. Por último, se expondrán algunas breves consideraciones sobre las implicaciones teóricas que puede tener la aceptación de tesis que impliquen la eficacia horizontal de los Derechos Humanos.

Bases Filosóficas de la Idea de Derechos Humanos

Los Derechos Humanos tienen un trasfondo conceptual que encuentra sus orígenes en la filosofía política, en particular las teorías desarrolladas por los autores que trabajaron el tema de los derechos naturales a partir de las teorías contractualistas. Tales teorías hacen referencia al tema de los *derechos* (el término Derechos Humanos todavía no se encontraba en uso) con particular énfasis cuando hablaban sobre el surgimiento del Estado, las razones por las cuales éste surge y los fines que debe cumplir.

El objetivo de esta sección es exponer someramente algunas bases filosóficas que operaron como cimientos para el desarrollo de la idea de los Derechos Humanos. Para ello, se estudiarán dos de los principales exponentes del contractualismo clásico: Thomas Hobbes y John Locke. Luego, para complementar tal desarrollo con una visión más contemporánea del contractualismo, se hará también referencia a las ideas de John Rawls.

Debe dejarse claro que un estudio pormenorizado sobre la historia intelectual de los Derechos Humanos excede a esta investigación. Lo que se busca, en cambio, es simplemente hacer una breve introducción que permita

abordar la discusión jurídico-constitucional desde una perspectiva un poco más informada, que tome en cuenta y reconozca los orígenes filosóficos del tema en cuestión para así poder proceder con mayor profundidad a tomar postura en la discusión jurídica.

Hobbes.

La teoría del Estado de Hobbes —quizá la teoría política más importante que se escribió en la filosofía moderna— es una derivación lógica de su teoría de las pasiones (la cual a su vez se deriva de su epistemología). Para Hobbes (trad. 1995), el hombre es esclavo de sus pasiones, entendiéndose esto como que el hombre, por la fisiología de sus sentidos, siempre perseguirá aquello que considere un bien y rechazará lo que sienta que es malo: “mientras vivamos aquí, no habrá tal cosa como una perpetua tranquilidad de ánimo, ya que la vida misma es movimiento, y jamás podemos estar libres ni de deseo ni de miedo, lo mismo que tampoco podemos estar libres del sentido.” (p. 58). Luego, mientras haya sentimiento habrá deseo por lo bueno o rechazo por lo malo (bueno lo que se apetece y malo lo que se rechaza).

Seguidamente, Hobbes define el poder de un hombre como “los medios que tiene a la mano para obtener un bien futuro que se le presenta como bueno” (p. 78). La idea del derecho natural de Hobbes es una consecuencia de su definición del poder y de su teoría de las pasiones, de la siguiente manera:

El DERECHO NATURAL... es la libertad que tiene cada hombre de usar su propio poder según le plazca, para la preservación de su propia naturaleza, esto es, de su propia vida; y consecuentemente, de hacer cualquier cosa que, conforme a su juicio y razón, se conciba como la más apta para alcanzar ese fin. (p. 110, mayúsculas del original).

De esta forma, el derecho natural consiste en la utilización del poder del hombre para sobrevivir. El instinto de supervivencia (que también deriva de la teoría de las pasiones, pues sólo en vida se puede perseguir lo que se considera

bueno) es lo que determina que el hombre pueda usar (tenga el derecho de usar) su libertad para mantenerse con vida.

El argumento sigue en esa misma dirección, pues Hobbes parte de la idea de que los seres humanos somos más o menos iguales en aptitudes físicas y sobre todo mentales. Si bien alguien muy fuerte puede dominar a otros, nunca tendrá tanta fuerza para impedir que varios en combinación no lo dominen. Y es un hecho que los recursos son escasos y que los seres humanos desean a veces las mismas cosas. De allí surge el conflicto:

[S]i dos hombres desean una misma cosa que no puede ser disfrutada por ambos, se convierten en enemigos; y, para lograr su fin, que es, principalmente, su propia conservación y, algunas veces, sólo su deleite, se empeñan en destruirse y someterse mutuamente. (p. 106).

En consecuencia, es la misma naturaleza humana y el estado de las cosas en el mundo la que conlleva el conflicto entre los hombres, pues si éstos desean sobrevivir y alcanzar aquello que desean, necesariamente (de forma lógica) entrarán en pugna. En estado de naturaleza, es decir, en un estado previo a la existencia del estado, los hombres vivirán en una guerra permanente, la cual viene determinada por su propia naturaleza: “mientras los hombres viven sin ser controlados por un poder común que los mantenga atemorizados a todos, están en esa condición llamada guerra, guerra de cada hombre contra cada hombre.” (p. 107).

No obstante, es el mismo instinto de supervivencia lo que llevará a los hombres a renunciar a su derecho natural y buscar la paz. En efecto, si todos hacen uso del derecho a todo que a cada uno le corresponde en estado de naturaleza (como consecuencia del instinto de supervivencia), se generará ese estado de guerra de todos contra todos que terminará por aniquilarlos a todos. Luego, es irracional y va en contra de la ley natural (entendida como un precepto de la razón por el cual se le prohíbe a un hombre hacer aquello que sea destructivo de su vida) mantener el derecho natural, en términos hobbesianos, pues el mismo

lleva a la destrucción. Para evitar tal contradicción, los hombres deben renunciar a su derecho natural y transferirlo a un soberano que los mantenga a todos atemorizados y no les permita usar ese derecho natural para aniquilar a los demás (por supuesto, ley natural exige que la renuncia sea generalizada). Dice Hobbes: “el motivo y fin que hacen que un hombre renuncie y transfiera sus derechos no es otro que el de su seguridad personal en esta vida, y el de poner los medios para conservarla y no hastiarse de ella.” (p. 113).

Por lo tanto, el Estado es una derivación directa de la naturaleza humana: el estado es la solución que la naturaleza otorga a los hombres para poder sobrevivir. El estado deriva de un pacto entre los hombres para lograr su supervivencia: “

La causa final, propósito o designio que hace que los hombres-los cuales aman por naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás-se impongan a sí mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en Estados, es el procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata. (p. 141).

Sin el Estado, los hombres, por sus pasiones, se verían obligados a entrar en conflicto y aniquilarse mutuamente. La afirmación de que los hombres aman por naturaleza el dominio sobre los demás no es una afirmación moral, sino que se trata de una derivación lógica de su instinto y de su fisiología. Pero ese mismo instinto determinará que, de manera lógica, renuncien a esa libertad y convengan en un poder superior que los mantenga a todos a raya y puedan vivir en paz.

Pareciera a primera vista que de lo anterior surge que los hombres no tienen derechos frente al Estado, sino que éste se erige en soberano absoluto para mantener el pacto entre los hombres que lo instituyen. Ello no es cierto, pues de la misma ley natural surgen una serie de derechos que Hobbes considera vienen dados por la naturaleza humana y que el Estado no puede violar sin hacer mella de la ley natural y del pacto que lo ha instituido. Así, el soberano no puede mandar a un hombre “que se mate, se hiera o se mutile a sí mismo, o que no haga resistencia a quienes lo asaltan” (p. 179). Tampoco puede el soberano obligar a un

hombre a confesar contra sí mismo, a matar a otro hombre, a realizar una misión peligrosa o deshonorables, y en general a hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido: “En aquellos casos en los que el soberano no ha prescrito ninguna regla, el súbdito tendrá la libertad de hacer o de omitir, según su propia discreción.” (p. 180). Si bien esta lista de derechos frente al soberano parece escueta, en realidad no lo es, pues Hobbes manifiesta claramente el principio de la legalidad y de la autonomía individual: los seres humanos sólo están obligados a aquello que esté previamente establecido, y ni siquiera ese soberano todopoderoso que plantea Hobbes puede obligarlos a actuar en contra de esa libertad.

Locke.

El segundo autor, uno de los más importantes en la tradición contractualista, es John Locke. En su obra *Dos tratados sobre el gobierno civil*, Locke (1988) elabora una teoría sobre el surgimiento del Estado en la cual toca con detenimiento el tema de los derechos naturales de los hombres y las funciones del Estado, que debía ser producto de un acuerdo entre los hombres.

Para los fines de este trabajo, los planteamientos de Locke más útiles son aquellos que se refieren al origen del Estado como tal, a la justificación de su creación y a las funciones que este tiene. Esto no quiere decir que Locke no aborde el tema de los derechos; pues en efecto lo hace al referirse a los derechos otorgados por la ley natural. Sin embargo, sus planteamientos más relevantes son los que versan sobre las funciones mismas del Estado, pues sus conclusiones relativas a la razón de ser del mismo aportan elementos importantes para el posterior análisis jurídico del tema.

Así, Locke comienza planteando que existe un estadio de la civilización que es anterior al surgimiento del Estado, al que llama *estado de naturaleza*. En él, todos los hombres se encuentran en un estado de perfecta libertad e igualdad, en el cual podían realizar cualquier conducta o disponer de sus bienes sin sujeción alguna a la voluntad de otros hombres, sin más limitaciones que aquellas que estableciera la ley natural. Sobre ese particular el autor indica:

Para entender correctamente el poder político y derivarlo de su origen, debemos considerar el estado en el que todos los hombres se encuentran naturalmente y ese es un estado de perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones y personas, como consideren adecuado, dentro de los límites de la ley natural, sin requerir autorización o depender de la voluntad de cualquier otro hombre

También es un estado de igualdad, en el cual todo el poder y jurisdicción son recíprocos, nadie teniendo más que los demás; no hay nada más evidente, que las criaturas de la misma especie y rango, promiscuamente nacidas a todas las ventajas de la naturaleza, y al uso de las mismas facultades, deberían también ser iguales unas entre las otras, sin subordinación o sujeción (capítulo II, sección 4, traducción libre).

Asimismo, en el *estado de naturaleza* la ejecución de la ley natural estaba en manos de todos los hombres por igual. La soberanía, al residir en todas las personas, no se encontraba centralizada en ninguna entidad y, por tanto, la ejecución de la ley natural, que también implica la impartición de las sanciones correspondientes a cualquier violación a la misma.

En efecto, al describir el estado de naturaleza, Locke indica lo siguiente:

“Y que todos los hombres puedan estar impedidos de invadir los derechos de otros y de hacerse daño unos a los otros, y que la ley de la naturaleza se observe, que traerá la paz y preservación de la humanidad, la ejecución de la ley natural está, en este estado, puesta en las manos de todos los hombres, en los que cada uno tiene el derecho de castigar a los transgresores de tal ley al punto de que pueda impedir su violación: porque la ley natural sería, como todas las otras leyes que conciernen a los hombres en el mundo “sería en vano” si no hubiese nadie en el estado de naturaleza que tuviese el poder de

ejecutarla, y de tal forma preservar al inocente y constreñir a los transgresores. Y si cualquier en el estado de naturaleza pueda castigar a otro por cualquier daño que haya hecho, cada uno puede hacerlo: porque en ese estado de igualdad perfecta, donde naturalmente no hay superioridad o jurisdicción de uno sobre otro, lo que cualquiera puede hacer para defender tal ley, cada uno debe tener el derecho de hacer. (sección 7, traducción libre).

A pesar de los niveles de libertad e igualdad que el estado de la naturaleza ofrece, Locke advierte que, por las características intrínsecas del mismo, el goce de tales atributos se encuentra sometido a altos niveles de incertidumbre; pues en cualquier momento el goce de esa libertad e igualdad puede verse afectado negativamente por las conductas de otros hombres, que decidan transgredir la ley natural.

En vista de la necesidad imperante de tener un poco más de certeza en el disfrute de los referidos atributos, los hombres, mediante un acuerdo (contrato) *ceden* parte de su soberanía y deciden someterse a una entidad superior: el Estado, cuya finalidad es proteger la libertad y propiedad de los hombres que han cedido a él su soberanía. Al respecto, Locke aseveró que:

Si como se ha dicho, el hombre es tan libre en el estado de la naturaleza, si es el señor absoluto de su persona y posesiones, igual al más grande y sujeto a nadie ¿por qué renunciaría de esa libertad? ¿por qué daría su imperio y se sometería al dominio y control de otro poder? La respuesta es obvia, es que a pesar de que en el estado de la naturaleza tenía dicho derecho, el disfrute del mismo es muy incierto, y está constantemente expuesto a la invasión de otros: pues si todos son reyes tanto como él, todo hombre su igual, y la mayoría no es observante de la equidad y justicia, el disfrute de la propiedad que tenga en dicho estado es muy insegura, muy incierta. Esto hace que esté dispuesto a renunciar una condición, que a pesar de ser libre, está

llena de miedos y amenazas continuas: y no es sin razón que busca, y está dispuesto a entrar en sociedad con otros que ya se encuentren unidos, o que tienen la idea de unirse, para la mutua preservación de sus vidas, libertades y propiedades (sección 123, traducción libre).

De estas citas se desprende cuál es la hipótesis central en la que se basa la tesis contractualista de Locke. La misma se centra en la idea de que los hombres están dispuestos a ceder parte de su soberanía, de su libertad —entendida como esa ausencia de sujeción a la voluntad de otro o falta de coerción— a un poder superior, que sería el Estado.

Tal renuncia, que implica desprenderse del derecho de poder castigar directamente a aquellos que han violado la ley natural, está justificada por la expectativa que se tiene de poder disfrutar de la libertad e igualdad restante de una manera mucho más certera que la posible en el estado de naturaleza. De tal forma, puede concluirse que el Estado fue creado contractualmente para brindar seguridad en el goce de los derechos individuales establecidos en la ley natural.

Esta última afirmación será de especial relevancia al momento de hacer una crítica jurídica a la teoría de la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos, pues ello implica desconocer uno de los principales postulados de la teoría Lockean (y de buena parte de la teoría política clásica): que el Estado surgió para garantizar los derechos de los hombres. De tal forma, la violación de tales derechos hecha por el mismo ente creado para defenderlos resulta mucho más grave que aquella hecha por un particular.

Rawls.

Quizás el autor más importante del siglo XX de la tradición contractualista sea John Rawls. En su obra “Teoría de la Justicia”, Rawls plantea que el acuerdo básico de una sociedad libre debe fundarse en la idea de imparcialidad. Los acuerdos básicos de una sociedad serán justos en la medida en que deriven de principios provenientes de la imparcialidad. Así, Rawls plantea un método para

lograr que esos acuerdos se deriven de una absoluta imparcialidad, y para ello desarrolla el llamado “velo de la ignorancia”. En efecto, Rawls (1999) afirma que:

La idea guía es que los principios de justicia para la estructura básica de sociedad sean el objeto del acuerdo original. Son los principios que personas libres y racionales que buscan mejorar sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad que defina los términos fundamentales de la asociación (p. 10, traducción libre)

Para llegar a un acuerdo sobre los principios de justicia en una sociedad, deben partirse de un escenario hipotético, el cual Rawls denomina *la posición original*. En efecto, el autor dice: "la posición original es el estatus quo apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados sean justos" (p. 15, traducción libre). En dicha posición, cada persona que forma parte del acuerdo ignora de forma absoluta cuál es su posición dentro de la sociedad. Si bien se conocen los elementos que conforman una sociedad, y las diferencias que dichos elementos conllevan, se debe actuar como si se desconociese el puesto específico que cada quien tiene dentro de una sociedad determinada. Luego, quienes se reúnen para llegar a un acuerdo sobre los principios de justicia de una sociedad determinada lo hacen desde una absoluta imparcialidad, pues no deben tomar en cuenta sus circunstancias particulares (es decir, la fuente de su interés), sino que deben considerar el punto de vista de cualquier otra persona que tenga una posición distinta dentro de esa sociedad, especialmente el punto de vista de los más desfavorecidos.

Rawls no plantea un ejercicio utópico. Para llegar al acuerdo debe tenerse un conocimiento de los hechos sociales; cada quien debe actuar, en relación con la formación del pacto social, como si desconociese su posición en la sociedad (incluyendo su posición social, económica, cultural, política, etc.).

Una vez que las personas encargadas de llegar a los acuerdos básicos sociales se colocan tras el velo de la ignorancia, la consecuencia necesaria es que elijan como principio básico de la sociedad otorgar el más amplio sistema de derechos individuales iguales a todos los miembros de la sociedad, sin distinción de ningún tipo. Esto es el resultado lógico de utilizar el velo de la ignorancia (es decir, desde la posición de imparcialidad): hipotéticamente ningún miembro de la sociedad podría estar de acuerdo con privilegios o exclusiones, ya que debe actuar como si esa persona pudiera no ser beneficiada con esos privilegios o estar afectada por las exclusiones.

Por ejemplo, la tolerancia religiosa necesariamente debe ser un principio básico derivado del velo de la ignorancia, pues el ateo debe colocarse en la posición del creyente, y el creyente debe colocarse en la posición del ateo. La única solución posible es buscar el punto de sentido común en el cual ambos (ateo y creyente) puedan vivir en paz. Luego, la imposición de un Estado secular a ultranza o de un Estado confesional queda descartada. Lo mismo ocurre con los demás derechos y libertades: el velo de la ignorancia llevará a los formantes del pacto a asumir como principio básico social un sistema lo más amplio posible de derechos iguales para todos.

Como se puede observar, para Rawls los derechos individuales son una consecuencia de la formación de un pacto social, el cual a su vez se funda en la razón humana. Pero esa razón humana no se deriva de concepciones idealistas; sino de la necesidad de asumir la justicia como imparcialidad. El pacto será justo si es consecuencia de razonamientos basados en la imparcialidad, y por lo tanto los derechos de los miembros de la sociedad son una consecuencia de ese primer principio constitutivo: la justicia entendida como imparcialidad.

Es notable la deuda de Rawls con Kant (la cual es claramente expresada por el autor al inicio de su obra). Pero Rawls acerca las ideas kantianas a las preocupaciones del siglo XX a través de la idea de imparcialidad. El referido autor plantea una teoría de la justicia, entendida como los principios básicos de una

sociedad (principios que serán incluso pre-constitucionales, en la medida que serán la base para hacer una constitución), que se derivan de un pacto social, con lo cual se inscribe claramente en la tradición contractualista de Locke y Kant (expresamente Rawls excluye como antecesor de su teoría a Hobbes).

En ese sentido, el pacto propuesto por Rawls, a diferencia de los de sus predecesores teóricos, no se deriva de una abstracción de la razón humana únicamente, sino de la necesidad de llegar a acuerdos básicos fundados en la idea de imparcialidad, idea ésta que cala claramente en una preocupación de la segunda mitad del siglo XX; no es casualidad que Rawls haya compuesto su obra en la década de los años sesenta. Pareciera que la obra se deriva de una profunda preocupación por una ética que no refleje prejuicios sociales o económicos (idea que es a la vez moderna y contemporánea).

En definitiva, los Derechos Humanos, en Rawls, se fundarían en un pacto social, cuyo origen no es histórico ni fáctico, sino que deviene de un ejercicio abstracto donde se escogerán, de forma necesaria, dos principios de justicia como base de la sociedad, el primero de los cuales es otorgar a todos los ciudadanos el sistema más amplio de derechos iguales. El contenido específico de cada uno de esos derechos dependerá de circunstancias sociales que deberán analizarse caso a caso, pero sin duda hay un núcleo general de derechos que serán consecuencia del pacto. Los derechos básicos enunciados por Rawls son:

[L]a libertad política... y la libertad de expresión y de asociación; libertad de conciencia y libertad de pensamiento; libertad personal, que incluye la libertad de opresión psicológica y afectación de la integridad física... el derecho a tener propiedad personal y el derecho a no ser arrestado arbitrariamente (p. 53, traducción libre)

Por su parte, los derechos de naturaleza económica pertenecen a un segundo principio donde un análisis de costo-beneficio social y de ideas de solidaridad humana serán determinantes. Es evidente entonces que la obra de Rawls debe

comenzar por la conclusión, pues el pacto está determinado por su resultado, no al revés. Y por ello puede decirse que los derechos en Rawls no dependen en definitiva del pacto social, sino de la existencia misma de una sociedad que quiere ser libre y vivir democráticamente, bajo el sistema que Rawls considera que permite tal forma de vida, como lo es la democracia constitucional. Sobre ese particular, el autor afirmó que: "las instituciones principales de esta estructura [la de una sociedad que se guía bajo los principios de justicia] son aquellas de una democracia constitucional" (p. 171, traducción libre).

Concepciones Jurídicas sobre los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional

El desarrollo filosófico de la idea de Derechos Humanos mencionado en el punto anterior no tardó en verse reflejado en el mundo jurídico. En efecto, la base conceptual desarrollada por la filosofía política fue rápida en influenciar el ideario de hombres políticos que terminaron luchando para que los mismos fuesen plasmados en el derecho positivo.

Es a través de la política y de los movimientos políticos que culminaron en cambios en las estructuras de poder en particular, que la idea de los Derechos Humanos pasa de ser una entelequia para (intentar) materializarse mediante su instauración en declaraciones y normas jurídicas.

El papel que todo el ideario relacionado con los derechos ha jugado en estos movimientos ha sido sintetizado con elocuencia por Ayala (2012), quien ha afirmado que:

Los derechos han sido el motor fundamental de las luchas de la humanidad por un orden más justo. El nacimiento del Derecho Constitucional estuvo impulsado y motivado por la idea de que sólo un estado y un gobierno sujetos a la regla del derecho objetivado con una separación de poderes y fundado en el respeto a la soberanía popular, podían garantizar la libertad y los derechos. (p. 7).

En ese sentido, tradicionalmente se ha considerado que el punto de partida de los derechos se encuentra en Inglaterra —hablar de Derechos Humanos al hacer referencia a ese momento histórico sería anacrónico e incorrecto. La mayoría de las obras de derecho constitucional enuncian una serie de documentos ingleses como los precursores de todo el ideario de *derechos*. Las referencias son a los textos fundamentales: la *Carta Magna* que Juan sin Tierra dictó en 1215; la *Petición de Derechos*, suscrita por Carlos Primero en 1628; o el célebre *Bill of Rights* de 1689, emitido durante el reino de Guillermo III y producto de la Revolución Gloriosa.

Aun cuando estos documentos hayan sido fundamentales para el desarrollo del Estado de Derecho, se considera que es correcto, dado su carácter y el momento histórico en que surgieron, identificarlos como *precursores* de los textos fundacionales en materia de Derechos Humanos, principalmente de las declaraciones de derechos contenidas en diversas constituciones de los Estados que después se convertirían en los Estados Unidos de América; en particular, la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, escrita por George Mason en 1776.

Esta posición encuentra sustento en las afirmaciones que Alexander Hamilton (1778/2001), uno de los padres fundadores de Estados Unidos, hace en *El Federalista* número 84, en el cual afirma que tales documentos, por haber sido dictados en un contexto monárquico, toman la forma de concesiones que el monarca hace a sus súbditos. Más que derechos, son privilegios de los cuales el monarca se desprende, prerrogativas que, al ser renunciadas, implican el surgimiento de derechos para los súbditos.

Por tales razones, Hamilton (1778/2001) argumentó que dichos documentos dictados en Inglaterra: “de acuerdo con su significado primitivo, no sean aplicables a constituciones explícitamente fundadas sobre el poder del pueblo y ejecutadas por sus representantes y servidores inmediatos” (p. 549, traducción libre).

Partiendo de esa premisa, el incipiente desarrollo jurídico de la idea de Derechos Humanos en los textos ingleses debe ser considerado como un *antecedente* del verdadero inicio del carácter jurídico de los mismos en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia. Es entonces en tal texto normativo donde se puede encontrar el primer ejemplo de recepción de la idea de Derechos Humanos en el derecho positivo constitucional.

Ese caso, no obstante, no permaneció aislado por mucho tiempo; su influencia se hizo sentir en poco tiempo en textos normativos que, por su envergadura, han logrado mayor trascendencia: la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia.

Sin embargo, debe dejarse claro que el origen normativo, la primera recepción verdaderamente jurídica de la idea de los Derechos Humanos, ocurrió en el Estado de Virginia.

Es importante hacer esta aclaración para no caer en el error —¡tantas veces repetido!— de considerar que el primer texto que expone la recepción jurídica de la referida idea fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Quizá esto se deba a la opinión, generalmente favorable, que se tiene de la Revolución Francesa en el inconsciente colectivo de varios juristas.

La frecuencia con la que se incurre en dicho error casi resulta pueril, especialmente cuando se toma en cuenta que ya un jurista de la talla de Georg Jellinek fulminó cualquier tipo de discusión que pueda haber habido al respecto. En efecto, Jellinek (1895/2003) indicó que:

En la Asamblea Nacional [francesa] fue Lafayette quien, el II de junio de 1789, proponía añadir a la Constitución una Declaración de Derechos, y presentaba un Proyecto de tal Declaración. La doctrina dominante estima que Lafayette hizo esta proposición bajo el influjo de la Declaración de Independencia del Norte de América... *El primer Estado que ha producido una Declaración de Derechos, en el pleno*

sentido de la palabra, fue el de Virginia. La Declaración de Virginia y de los demás Estados particulares americanos eran la fuente del proyecto de Lafayette. Y no sólo para él, sino para todos cuantos quisieron hacer adoptar una Declaración de Derechos. (pp. 88 y 90, cursivas del original).

Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que tal error, como ya se ha dicho, pareciera ser una consecuencia de la romantización de los hechos de la Revolución Francesa. Sobre eso, basta parafrasear a Taine (1875/1986). Dicho autor indicó que en los ochenta años siguientes a la revolución la estructura del Estado francés fue demolida y reconstruida en vano trece veces; en gran parte por el desprecio que se tuvo a la experiencia histórica, las costumbres y los hábitos. Luego, la conclusión de Taine es categórica: afirma que nunca se ha logrado erigir un edificio social de manera instantánea, siguiendo un diseño nuevo, elaborado siguiendo únicamente los postulados de la razón, pues diseñar la institucionalidad de esa forma es una empresa que trasciende las capacidades de la mente humana.

Aun cuando pueda parecer una digresión, se consideró necesario hacer un comentario, así sea somero, de un error hartamente repetido.

Volviendo al hilo argumentativo previo, debe destacarse que en los primeros textos normativos que hacían referencia a los Derechos Humanos conciben a los mismos como “derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo” (Jellinek, p. 82).

Esta afirmación es de gran importancia, pues representa un cambio que ocurrió entre la idea filosófica (moral) de los Derechos Humanos y su establecimiento en una norma jurídica. Debe recordarse que en su aspecto moral, los Derechos Humanos son, en efecto, oponibles *erga omnes*; no obstante, una vez juridificados, los mismos pasan a ser oponibles únicamente frente al Estado, es decir, se tornan unidireccionales.

Esto es un punto que la doctrina ha dejado claro. Así, Rubio Llorente (2006), afirmó que los Derechos Humanos, desde el punto de vista filosófico o moral:

No son, ni podrían ser, derechos frente al poder, porque su existencia es anterior a la de éste, que tiene en ellos su origen, su razón de ser, su justificación. El poder, el Estado, surge precisamente para dotar a estos derechos de eficacia práctica, no simplemente moral (pp. 209-210).

En el momento en que los Derechos Humanos pasan del plano filosófico o moral al jurídico su direccionalidad se ve limitada. Estos, como idea, eran oponibles *erga omnes*; ahora, como normas jurídicas, sólo son oponibles contra el Estado. Muchos de los problemas conceptuales relacionados con la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos resultan de olvidar esta distinción; o bien de simplemente no entender que, por razones obvias, existen diferencias entre un concepto intelectual y una norma jurídica.

Es Rubio Llorente (2006) quien, de nuevo, suena la alarma al respecto y busca resolver la situación, dejando claro que los Derechos Humanos, como normas jurídicas:

No son sin embargo derechos de cada uno de los hombres frente a todos los demás, sino derechos de los individuos frente al poder, derechos correlativos a los límites materiales o formales que se imponen a la actuación de los poderes, o derivados de los principios a los que estos han de ajustar su actuación, los derechos consagrados como derechos humanos en las grandes declaraciones de finales del XVIII [...] Pero los derechos que se proclaman tienen como destinatario exclusivo al poder y como finalidad única su limitación. (p. 211).

Con base en tales consideraciones es posible concluir, siguiendo a Díez Picazo (2008) que, en *cuanto derechos morales*, los Derechos Humanos son

oponibles ante todos los hombres; *en cuanto normas jurídicas*, estos son derechos subjetivos de libertad que tiene el ciudadano frente al poder público y, como tal, únicamente imponen obligaciones al Estado, pues su función es limitar el poder,

De tal forma, observamos que la idea de Derechos Humanos, cuando se positivizan y adquieren el carácter de norma jurídica, dejan de ser derechos exigibles ante todos los hombres para pasar a ser exigibles únicamente *ante* el Estado (Scheyhing, citado por Starck, 2002).

En ese mismo sentido se pronuncia Díez Picazo (2008) al momento que afirma que:

[L]a gran cuestión es si los derechos fundamentales rigen en las relaciones entre particulares. La duda surge porque la función clásica y primordial de los derechos fundamentales es operar como límite a la acción de los poderes públicos, no reglamentar o encauzar las relaciones jurídico-privadas. (p. 153).

No obstante lo anterior, esa postura ha sido arduamente criticada, en particular por la corriente doctrinaria identificada con el *neoconstitucionalismo*. En efecto, la multidireccionalidad de las normas de Derechos Humanos y, por consiguiente, su eficacia horizontal (aplicación a relaciones entre particulares) ha sido identificada como uno de los puntos neurálgicos de la mencionada doctrina.

Guastini (2013), en su resumen de los principales postulados del neoconstitucionalismo menciona: “la idea de que las normas ‘materiales’ de la Constitución regulen no sólo las relaciones verticales entre Estado y ciudadano, sino también las relaciones horizontales (*inter privatos*) entre ciudadanos, y que por tanto deban encontrar aplicación directa en la jurisprudencia civil, penal, administrativa.” (Pág. 233).

Como se desprende de la cita de Guastini, esta concepción clásica de los Derechos Humanos, es hoy muy cuestionada, incluso por autores que no han sido

claramente identificados con tendencias neoconstitucionalistas, como Balaguer Callejón et al (2009).

El hecho de que la tesis clásica sea cuestionada no puede ser desdeñado, en particular porque el resultado de dicho debate tiene consecuencias prácticas importantes. De triunfar la tesis propuesta por el neoconstitucionalismo operaría un cambio en el ámbito de aplicación y la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos, pues ya las mismas no estarían limitadas a las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, llamadas relaciones verticales; sino que se extendería a las relaciones jurídicas entre particulares, en las que no hay ningún tipo de intervención estatal.

En conclusión, la tesis tradicional en materia de Derechos Humanos, aquella recogida por las grandes declaraciones de finales del siglo XVIII, mantienen que existe una distinción entre la idea moral de los mismos y su concreción en normas jurídicas, que implica que los mismos son oponibles únicamente frente al Estado.

Se considera que la tesis clásica es la correcta, no por rigidez, ni mucho menos por mantener una postura que a estas alturas pueda ser tildada de reaccionaria, sino porque pareciera que quienes defienden la tesis de que las normas de Derechos Humanos deben ser aplicadas también en relaciones entre particulares —ya Jean Rivero decía que las personas estaban prestas a entregarse al poder privado—, en especial si se toma en cuenta el surgimiento de los llamados “poderes fácticos”, (que no es más que la existencia de actores no estatales que, generalmente por su situación económica, son considerados como rivales al Estado en cuanto a poder) han olvidado que, como ya decía Weber (2002), el Estado es quien detenta el monopolio legítimo de la violencia. Tan sólo por esta razón no es posible equiparar el poder de un actor privado al poder del Estado.

No obstante, uno de los puntos que ha ayudado a que la tesis contraria haya conseguido tantos adeptos es que la expansión del ámbito de aplicación y del alcance de las normas de Derechos Humanos pareciera ser, a primera vista, algo

positivo. Llegar a esta conclusión es sencillo: los Derechos Humanos, como idea, como concepto clave de la civilización occidental, son considerados (con razón) algo intrínsecamente valioso. Por tanto, el análisis axiológico de la expansión de las relaciones jurídicas en las que se involucran normas de Derechos Humanos podría ser reducido a un silogismo: si los Derechos Humanos son buenos, y la extensión del ámbito de aplicación de los Derechos Humanos llevará a que sean aplicados en una mayor cantidad de situaciones, entonces dicha extensión es algo deseable.

Sin embargo, que la expansión del ámbito de aplicación de las normas de Derechos Humanos pueda ser considerada *a priori* como algo positivo o deseable no quiere decir que la misma esté exenta de ser sometida a un análisis crítico. Y se debe recordar lo dicho por el abate francés Bernard de Clairvaux: que el infierno está lleno de buenos deseos e intenciones. La aplicación de este aforismo quizá resulte un tanto exagerada; sin embargo, es necesario escudriñar el tema bajo estudio de forma desapasionada, evitando caer en el simplismo de considerar que más de algo bueno garantiza que el producto final sea aún mejor.

Una vez realizadas tales consideraciones, se debe dejar claro que es preferible la tesis clásica, aquella que afirma que las normas de Derechos Humanos son derechos *negativos o de defensa* contra la actuación de los poderes públicos. Esto implica que: (i) las normas de Derechos Humanos únicamente imponen obligaciones para el Estado, y (ii) las normas de Derechos Humanos no imponen obligaciones a particulares, por lo que estos, en casos de Derechos Humanos, únicamente pueden ser sujetos activos de dicha relación jurídica y, por ende (iii) no es posible utilizar normas de Derechos Humanos en casos de conflictos entre particulares.

Distintas Concepciones sobre la Eficacia Horizontal de las Normas de Derechos Humanos en el Derecho Interno

A pesar de que se prefiera la tesis clásica, que limita la aplicación de las normas de Derechos Humanos a las relaciones jurídicas ciudadano-Estado, resulta

necesario hacer referencia a las distintas tesis que defienden la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos en el derecho interno.

La tesis de la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos comienza, según señalan García Torrez y Jiménez Blanco (1986) con H.C. Nipperdey, un jurista alemán que planteó que existían ciertas normas de Derechos Humanos que debían ser aplicadas en las relaciones entre particulares, especialmente en las relaciones de derecho laboral. Nipperdey, quien luego fue designado presidente del Tribunal Laboral Federal alemán, logró incluir sus planteamientos en la línea jurisprudencial del mismo.

Tales ideas, en su origen limitadas a ser aplicadas en el ámbito del derecho del trabajo, terminaron permeando hacia otras áreas, al punto de ser reflejadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán por primera vez en la decisión del célebre caso *Lüth* (1958), citada extensamente por García Torres y Jiménez-Blanco (1986) y por Alexy (2002). En esa sentencia, citada por García Blanco y Jiménez-Torres, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la Ley Fundamental alemana establecía un “sistema objetivo de valores” (García Blanco y Jiménez-Torres, pág. 27) que tenía un “efecto de irradiación sobre [...] el derecho civil” (García Blanco y Jiménez-Torres, p. 31).

Sin embargo, a pesar de que son varios los autores que afirman que las normas de Derechos Humanos deben ser aplicadas a relaciones jurídicas entre particulares, no existe un consenso sobre cómo deben ser aplicadas tales normas.

En ese sentido, la problemática de la aplicación de las normas de Derechos Humanos a las relaciones entre particulares en el derecho interno ha sido abordada desde tres teorías principales: (a) la eficacia inmediata de las normas de Derechos Humanos; (b) la eficacia mediata de las normas de Derechos Humanos, y (c) la doctrina de la acción del Estado (*state action*) que restringe la aplicación de normas de Derechos Humanos a casos entre particulares a situaciones muy puntuales.

La aplicación de normas de Derechos Humanos a relaciones entre particulares en el derecho interno.

Eficacia directa o inmediata de las normas de Derechos Humanos en relaciones entre particulares.

La tesis de la eficacia inmediata de las normas de Derechos Humanos plantea que estos son de aplicación directa en las relaciones jurídicas entre particulares. Es decir, en una controversia civil cualquiera, en la que no media ningún tipo de participación del Estado, el juez puede invocar normas contentivas de Derechos Humanos para decidir la controversia; esto, según Bilbao Ubillos (s/f) implica que los derechos fundamentales tendrían vigencia en relaciones entre particulares sin la necesidad de mediación estatal alguna. Esta postura, a decir de Alexy (2000), implica aceptar que existen ciertos Derechos Humanos absolutos: oponibles *erga omnes partes*.

Básicamente, la teoría de la eficacia inmediata implica, de acuerdo a Bilbao Ubillos (2006), que las normas contentivas de Derechos Humanos sean aplicadas preferentemente para decidir conflictos *inter privatos*.

El basamento teórico de este planteamiento lo estableció Nipperdey; pues indicó que con la entrada en vigor de la Ley Fundamental alemana, hubo un cambio en la estructura de las normas de los derechos fundamentales, ya que, parafraseando las ideas expuestas por Nipperdey en *Die Würde des Menschen*, García Torres y Jiménez-Blanco señalan que:

[E]xisten normas sobre derechos fundamentales que no sólo hacen relación a una esfera de libertad que proteger frente al Estado, sino que también garantizan a *cada* ciudadano un *status social* en sus relaciones jurídicas con los demás y, en especial, con los formidables *Sozialmächte*, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender al inerme ciudadano. (p. 22, cursivas del original).

De tal forma, el referido autor concluye que *las normas de Derechos Humanos también vinculan a los particulares*. El Estado Social de Derecho es utilizado como un argumento base, debido a que en el mismo: (i) se ha superado la separación entre Estado y sociedad, como ya García Pelayo (1994) había dejado claro; (ii) se ha desarrollado una sociedad corporativista, y (iii) se ha equiparado analógicamente el poder público y con el privado (Bilbao Ubillos, 2006).

También es preciso hacer mención a lo que ha sido llamada la *eficacia directa atenuada* a la que hace referencia Bilbao Ubillos (2006). Esta fórmula plantea utilizar la ponderación como técnica para delimitar la aplicación de las normas de Derechos Humanos. Se trata, básicamente, de intentar compatibilizar los principios elementales del derecho privado, como la autonomía de la voluntad, con los Derechos Humanos.

En este caso, autores como Kumm (2010) han argumentado que la aplicación de la ponderación en los casos de estricto derecho civil no implica la erradicación de los rasgos característicos de esa disciplina; al contrario, como la aplicación de la ponderación no implica una unicidad de soluciones, sino una pluralidad de soluciones justas, entonces el juez, al momento de aplicar tal mecanismo, puede determinar en el caso concreto, cuál es la solución acertada. De tal forma —afirman quienes apoyan este planteamiento— se logra un equilibrio: los Derechos Humanos gozan de eficacia ante terceros y el derecho civil continúa existiendo.

En conclusión, tanto la tesis de la eficacia directa, como su versión atenuada, implican que las normas de Derechos Humanos pueden ser aplicadas directamente en una relación jurídica en la que únicamente intervienen particulares. Esto supone una extensión considerable del ámbito de aplicación de las normas de Derechos Humanos, pues las mismas obligarían al Estado y a los particulares.

Eficacia indirecta o mediata de las normas de Derechos Humanos en relaciones entre particulares.

Esta postura representa una *matización* de la tesis de la eficacia directa. Al igual que la anterior, plantea que las normas de Derechos Humanos son aplicables en las relaciones entre particulares; sin embargo —y aquí radica la diferencia con la tesis de la eficacia directa— afirma que dichas normas no pueden ser invocadas directamente por el juez al momento de decidir la controversia, pues sólo es posible aplicarlas en las controversias entre particulares de forma indirecta. Tal aplicación indirecta la hace el legislador o el juez.

Eficacia indirecta respecto al legislador.

Las normas de Derechos Humanos, señala Hesse (1995), pueden ser aplicadas indirectamente a relaciones entre particulares mediante la actuación del legislador. En ese sentido, esta tesis implica que el legislador, al momento de crear normas de derecho privado, debe procurar que las mismas estén ajustadas a las disposiciones de Derechos Humanos contenidas en el texto constitucional.

El argumento central es que las normas de Derechos Humanos obligan al Estado y, como el legislador es parte del Estado, por ende también obligan al legislador, incluso cuando éste se dispone a dictar normas que regulen únicamente conductas de particulares. Así, por ejemplo, si el legislador se propone a dictar una reforma de las normas relacionadas con los contratos mercantiles, debe procurar que tal norma se adapte a los estándares fijados por las normas de Derechos Humanos —en los casos en que éstas resulten aplicables. Este punto será tratado con mayor profundidad en los Capítulos II y V de este trabajo, al momento de abordar la obligación de adaptación normativa que conllevan las normas internacionales de Derechos Humanos.

Esta conclusión se basa en la jerarquía normativa que detenta la constitución: como ésta es la norma suprema, vincula a toda norma de inferior jerarquía. Así, como *toda* legislación es jerárquicamente inferior a la constitución,

entonces *toda* la legislación debe ser conforme a la misma. De tal forma, se podría decir que, utilizando la terminología del Tribunal Constitucional Federal alemán, que toda la legislación civil debe respetar el “orden objetivo de valores”, establecido en las normas constitucionales de Derechos Humanos.

Esta situación ha sido denominada de varias formas, entre ellas: Hesse (1995) la llama la *constitucionalización del derecho privado*, (la invasión del derecho privado por el derecho constitucional); o se puede utilizar el término de Kumm (2010): la instauración de la constitución total.

De más está decir que esta concepción presupone, al igual que las posturas de la eficacia directa, dejar de considerar los Derechos Humanos como derechos subjetivos de libertad del individuo contra el Estado, para pasar a verlos como derechos subjetivos oponibles también ante particulares —incluso cuando se sostenga que debe haber una actuación mediata del Estado, a través del legislador.

En este punto es importante destacar que, aun cuando el resultado práctico es el mismo, el deber de adaptar el derecho interno de acuerdo a las consideraciones axiológicas del texto constitucional no es, por lo menos desde el plano teórico, igual al deber de adaptación normativa que establecen los tratados internacionales de Derechos Humanos. En el caso de estos últimos, el deber que tienen los Estados parte de adaptar su ordenamiento jurídico interno se basa en una disposición expresa de derecho positivo; no en consideraciones de carácter valorativo. En ese sentido, los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos contienen un mandato expreso de proteger ciertos bienes jurídicos. Las constituciones, o por lo menos la mayoría de ellas, no tienen una afirmación expresa análoga.

Eficacia indirecta respecto al juez.

Por otro lado, también se plantea que las normas de Derechos Humanos pueden ser aplicadas indirectamente a relaciones entre particulares a través de la actuación del juez. El argumento es similar al anterior: el juez, también un órgano

del Estado, se encuentra vinculado por las normas de Derechos Humanos; así, éste, al momento de resolver las controversias *inter privatos* debe observar las disposiciones de Derechos Humanos establecidas en el texto constitucional. Pero, en este caso, a diferencia de la tesis de la eficacia directa, el juez no aplica las disposiciones constitucionales contentivas de derechos fundamentales *per se* a la resolución del conflicto entre particulares; lo que no quiere decir que no los aplique en absoluto.

Entonces, ¿de qué forma las normas de Derechos Humanos vinculan al juez al momento de resolver un conflicto entre particulares? La respuesta es sencilla, pero depende de la circunstancia particular en la que se plantee la controversia. En ese sentido, existen tres situaciones posibles.

Primer caso: la norma de derecho civil es compatible con las normas de Derechos Humanos establecidas en la constitución. En estos casos, Kumm (2010) afirma que el juez debe aplicar únicamente la regla de derecho civil; pensemos, por ejemplo, en que en el ordenamiento jurídico existe una ley civil que prohíbe la discriminación; entonces, al decidir un caso en el que un particular presuntamente ha discriminado a otro, el juez simplemente se limitará a aplicar la legislación civil para decidir la controversia.

Segundo caso: la legislación civil no estipula el supuesto de hecho que puede, potencialmente, ser considerado como violatorio de la norma de Derechos Humanos. Siguiendo el ejemplo anterior, estaríamos ante un ordenamiento jurídico que no tenga en su legislación civil —pero sí en la constitucional— prohibiciones contra la discriminación. En esos casos, el juez civil debe *interpretar* los principios generales del derecho civil y los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el ordenamiento civil *de conformidad con los principios de las normas de Derechos Humanos* establecidas en la constitución.

En ese sentido, según indica Alfaro Águila-Real (1992), el juez, en los casos en que considere que la legislación existente no otorga un mínimo necesario de protección —capaz de garantizar el contenido de las normas de Derechos

Humanos— debe utilizar la interpretación de los principios generales del derecho privado como un “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-privado. De tal forma, el juez pasará a interpretar tales cláusulas (por cláusulas generales de derecho civil debe entenderse a términos como: “buena fe”, “buen padre de familia” o “contrarias a las buenas costumbres”) de conformidad con los postulados de las normas de Derechos Humanos, de manera de lograr una solución que, sin descartar por completo la aplicación del derecho civil, consiga la salvaguarda del Derecho Humano en cuestión.

Tercer caso: existe legislación civil que regule el supuesto de hecho objeto de la controversia, pero ésta, a criterio del juez, implicaría permitir una situación claramente violatoria de Derechos Humanos. Continuando con la hipótesis anterior, sería el caso en el que la legislación civil *permita* la discriminación. En ese caso, Kumm (2010) plantea que el juez debe cuestionar la constitucionalidad de esa ley.

Así, en los ordenamientos jurídicos que tienen un sistema de justicia constitucional concentrada, se debe plantear la inconstitucionalidad de la ley ante el órgano de control concentrado existente, generalmente el tribunal constitucional. Por otro lado, en sistemas como el venezolano, en el que el control de la constitucionalidad puede ser difuso, el juez debe desaplicar la ley en el caso concreto a través del procedimiento respectivo.

También es relevante considerar lo que García Torres y Jiménez Blanco (1986) han llamado la *finta alemana*. Es decir, el mecanismo empleado por el Tribunal Constitucional Federal alemán para lograr conocer de casos de derecho civil decididos por los jueces ordinarios. La *finta alemana* opera de la siguiente manera: si un juez, al decidir una controversia entre particulares, no realiza una interpretación de las disposiciones normativas aplicables que garantice la *vigencia social* de las normas de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Federal puede conocer de dicho caso, pues el Estado, mediante la actuación del juez en

cuestión, sería responsable de una violación de Derechos Humanos, que debe ser conocida por dicho Tribunal Constitucional Federal.

Esta solución no parece correcta. Implica que se considere que un juez ha violado Derechos Humanos por haber decidido una controversia entre particulares mediante una interpretación sobre la aplicación o no de normas de Derechos Humanos que no satisfaga al Tribunal Constitucional Federal.

En líneas generales, es posible afirmar que la eficacia indirecta, ya sea mediante la actuación del legislador o el juez, no es más que una manera disimulada de implementar la eficacia directa. En efecto, si se analiza con detenimiento la situación, toda relación jurídica entre particulares, de una forma u otra, puede ser vinculada con una acción u omisión del Estado. Por un lado, si dicha relación jurídica deviene en un conflicto resuelto por los tribunales, hay una actuación directa del Estado; por otro lado, toda acción de un particular puede ser, al final, atribuida al Estado, ya sea porque existían normas que permitieran dicha conducta, o bien porque no había prohibición alguna de la misma.

La negación de la eficacia horizontal: la doctrina de la acción del Estado (state action).

Paralela a todas las doctrinas que afirman la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos, existe la doctrina de la acción del Estado o *state action*, propia del derecho constitucional norteamericano, la que, según Chemerinsky (1997), afirma que la conducta privada, en líneas generales, no tiene por qué cumplir con la constitución, ya que las restricciones impuestas por dicha norma únicamente aplican al gobierno, pues son entendidos como derechos de defensa contra el poder público.

En efecto, Rotunda y Nowak (1992) indican que:

La mayor parte de la protección de los derechos individuales y libertades contenidas en la Constitución y sus enmiendas aplican sólo a las acciones de entidades gubernamentales. La protección contra el

menoscabo de derechos individuales contenidas en el texto de la Constitución aplican específicamente a las actividades de los gobiernos estatales o federal. Similarmente, el *Bill of Rights* por sus términos e implicaciones necesarias ha sido interpretado como un límite a la libertad de actuación del gobierno en su trato con particulares. Finalmente, las enmiendas a la Constitución que protegen la libertad individual están específicamente destinadas a las acciones tomadas por los Estados Unidos o un estado. (p. 523, traducción libre).

Esta doctrina, sin embargo, no es absoluta, pues no niega que —dentro de los límites establecidos por la constitución— el Estado pueda regular la conducta privada; lo que sí niega es que los particulares estén vinculados por las disposiciones constitucionales, llegando al punto de afirmar que estos pueden ignorar las disposiciones y límites constitucionales.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha utilizado dos argumentos para defender esta postura. En efecto, en la decisión del caso *Lugar Vs. Edmonson Oil Co* (1982) consideró que: (i) el reconocimiento de la doctrina del *state action* “preserva un área de libertad individual al limitar el alcance de la ley federal y del poder judicial federal” (Traducción libre) y (ii) al reconocer el requisito de *state action* se está preservando el federalismo, pues se afirma que el congreso federal no tiene derecho de prescribir la conducta individual de los ciudadanos, pues eso correspondía a los estados federados.

Como ya se dijo, la doctrina del *state action* no es absoluta. La misma acepta restricciones: la principal sería que los particulares deben acatar las disposiciones constitucionales cuando están realizando tareas que históricamente ha sido exclusivas del Estado o que han obtenido considerable apoyo de éste para realizarse. Esta posición es considerada como acertada por autores de derecho continental como Diez Picazo (2008).

Se concluye esta sección afirmando que se concuerda con Böckenforde (1993), quien afirmó que las distintas teorías sobre la eficacia inmediata o mediata y sus respectivas formas de aplicación no son más que puntos tangenciales respecto a la cuestión central del asunto: la posibilidad de que las normas sobre Derechos Humanos sean aplicadas a relaciones entre particulares. En caso afirmativo, el modo de aplicación de las mismas es únicamente una cuestión de estilo, de preferencia personal.

Consideraciones sobre la Eficacia Horizontal de las Normas de Derechos Humanos en el Derecho Interno

Las diversas teorías que apoyan la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos —es decir, la extensión de la aplicabilidad de las mismas a los particulares— buscan, en el fondo, someter a la totalidad del ordenamiento jurídico a las normas de Derechos Humanos. A primera vista tal extensión parece algo positivo. ¿Cómo criticar la extensión de la protección que ofrecen las normas de Derechos Humanos a las relaciones entre particulares? Sin embargo, tal afirmación deja de lado ciertas consideraciones teóricas. En efecto, a continuación se formularán cuatro críticas a la tesis de la eficacia horizontal.

La estructura de las normas de derechos fundamentales: la relación jurídica que plantean y la importancia de distinguir entre lo público y lo privado.

Aceptar la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos implica tomar postura respecto a la estructura de tales normas: si se considera que las mismas son *multidireccionales*, entonces se debe asumir que son *mandatos de optimización*, por lo cual debe aceptarse su eficacia horizontal. Por el contrario, si, siguiendo la concepción clásica se considera que las normas de Derechos Humanos son *unidireccionales*, las mismas constituyen derechos de defensa que tienen las personas contra el Estado; con base en lo cual debe negarse esa eficacia horizontal.

Considerar las normas de Derechos Humanos como derechos subjetivos de defensa contra el poder tiene dos ventajas. Primero, permite determinar con claridad la relación jurídica y los actores que intervienen en la misma: no existen dudas acerca de quién es el obligado (el Estado), quién es el sujeto activo (la persona), cuál es el bien jurídico protegido (el Derecho Humano) y la consecuencia jurídica (la antijuridicidad del acto del Estado que menoscabe la norma de Derechos Humanos).

Esto no ocurre cuando se asume que tales normas son multidireccionales y, por ende, gozan de eficacia horizontal. Basta observar la confusión teórica y práctica en la que han incurrido diversos órganos jurisdiccionales como los tribunales constitucionales de Alemania o España, para constatar la inconsistencia teórica de dicha postura y la ausencia de criterios precisos y rigurosos que la misma implica.

En segundo lugar, negar la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos implica reconocer la distinción entre lo público y lo privado. Tal distinción ha sido duramente cuestionada; sin embargo, la misma sigue siendo esencial, pues, como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el Estado —y no los particulares— es quien detenta el monopolio legítimo de la violencia. Esto resulta suficiente para argumentar a favor de mantener la distinción entre lo público y lo privado, descartando cualquier tipo de pretensión de igualar el llamado *poder fáctico* al poder estatal.

El punto medular de dicha distinción radica en que el Estado detenta el *monopolio legítimo* de la violencia. Es decir, salvo supuestos muy particulares, como por ejemplo, la legítima defensa, el Estado es el único capaz de aplicar la coerción conforme a derecho. Esta distinción es fundamental, pues cualquier actor privado, independientemente del poder que pueda tener, si llegase a aplicar la coerción lo estaría haciendo *al margen* del derecho.

Esto se observa con más claridad si se recurre a un ejemplo un tanto gráfico: imaginemos a un conglomerado económico —una trasnacional, epítome del poder

fáctico— por más poder económico (y hasta político) que ésta tenga, no puede lícitamente tener a su mando un poder represivo remotamente comparable al del Estado. Hasta donde se tiene conocimiento, en un Estado medianamente funcional no hay empresas o conglomerados corporativos que tengan tanques de guerra o aviones de combate; que puedan encarcelar o expropiar; o que hayan cometido genocidio. El Estado, con base en su monopolio del poder coercitivo y de la violencia legítima, sí. Este es un argumento que es ignorado por las tesis de la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos.

Esta distinción también encuentra apoyo en un argumento empírico. Como bien señaló Rubio Llorente, la entidad que históricamente más ha lesionado, menoscabado y anulado los Derechos Humanos de las personas es el Estado. De tal forma, las normas de Derechos Humanos surgen como un intento de minimizar la vorágine desatada por el Leviatán. Dichas normas se originan, históricamente, como una forma jurídica de limitar el poder estatal. Tal objetivo se logra estableciendo normas de Derechos Humanos que otorguen a las personas derechos subjetivos de protección ante los embates del Estado.

Por otro lado, otro punto importante sobre la importancia de los problemas de equiparar el poder privado con el público radica en la determinación de cuándo procede tal equiparación: la mayoría de los autores limitan la aplicación de normas de Derechos Humanos a los particulares caracterizados como poderes fácticos. Ahora bien ¿Quién determina cuándo un centro privado de poder se equipara al poder público? ¿Puede un particular con escaso “poder” también violar normas de Derechos Humanos? Cuando es una empresa trasnacional realiza la violación quizá es fácil tener la respuesta; el análisis no es tan sencillo cuando efectivamente hay una situación de igualdad entre los particulares involucrados.

La banalización del concepto o la evaporación de los Derechos Humanos o porqué la redundancia es positiva.

Un argumento contundente para oponerse a la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos es la banalización del concepto o, siguiendo un

planteamiento desarrollado por Sartori, la *evaporación* del mismo. Al hablar de evaporación, Sartori (2001) se refiere a la “destrucción de las ideas claras y distintas” (p. 29). Este argumento ha sido descartado someramente por autores como Clapham (2006).

En vez de trivializar los derechos humanos, es posible aplicar las obligaciones de derechos humanos a actores no-estatales de manera en que el discurso de derechos humanos cambie del ámbito de la retórica y la ideología a la esfera de la realidad diaria y el progreso social. (p. 35, traducción libre).

No obstante lo anterior, a continuación se demostrará como la aplicación de la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos pueden terminar *evaporando* el concepto de los Derechos Humanos.

Las normas de Derechos Humanos protegen bienes jurídicos (piénsese en la vida, la integridad física, la libertad, etc.) que, por su importancia, son considerados como inherentes al ser humano, es decir, son los bienes jurídicos que gozan de un nivel de protección más elevado. Esto es evidente, nadie dudará que el ordenamiento jurídico debe proteger con mayor intensidad el derecho a la vida que los derechos, por ejemplo, del enfiteuta.

La importancia de tales bienes jurídicos no implica que las normas que los protegen sean de aplicación indiscriminada. En efecto —y corriendo el riesgo de hacer un planteamiento cargado de nostalgia— el derecho nunca ha tenido problema en proteger un mismo bien jurídico a través de distintas normas, aplicables dependiendo de quién sea el sujeto pasivo de la relación jurídica.

Así, por ejemplo, nunca se cuestionó que el bien jurídico fundamental, la vida, estuviera protegido por diversas normas. Por un lado, la vida está protegida por normas de Derechos Humanos, que la defienden de cualquier conducta lesiva por parte del Estado—generalmente, sus cuerpos de seguridad. Por otro lado, la vida también se encuentra defendida por diversas disposiciones de derecho penal, que criminalizan cualquier atentado contra la misma que realice un particular.

Se trata, básicamente, de distinguir la norma aplicable para la protección de un mismo bien jurídico con base en el sujeto pasivo (el agente de la violación). En ese sentido, el Estado se encuentra limitado por las normas de Derechos Humanos establecidas constitucionalmente o en instrumentos internacionales; los particulares se encuentran sometidos a otras ramas del derecho, como el derecho privado o el derecho penal.

Dejar de lado que a diferentes actores se les aplican normas distintas implicaría una confusión absoluta del ordenamiento jurídico. Aplicar normas de Derechos Humanos a particulares tiene exactamente esa consecuencia, sólo que el barniz positivo de la extensión de los Derechos Humanos hace que tal resultado potencialmente desastroso no sea evidente. Considérese por un momento que se deja de distinguir en los sujetos de aplicación de la norma ¿Se aplicarán al Estado las normas de derecho civil? ¿Aplicaremos normas de derecho penal a otros Estados? ¿Las normas de derecho administrativo serán aplicables también a los particulares? Estos ejemplos —un tanto exagerados— sirven para ilustrar el punto.

En efecto, al aplicar normas de Derechos Humanos a particulares estamos acabando con la distinción entre violaciones a Derechos Humanos y crímenes ordinarios. La eliminación de tal distinción, llevada a sus últimas consecuencias, implica que cualquier acción realizada por un particular que menoscabe un bien jurídico protegido por una norma de Derechos Humanos será una violación a tales derechos. Esto conllevaría que la mayoría de los delitos serían considerados violaciones a Derechos Humanos. Es esto precisamente lo que genera la evaporación del concepto: al eliminar la línea divisoria entre crímenes ordinarios y violaciones a Derechos Humanos estamos, posiblemente, acabando con el concepto mismo de Derechos Humanos. El concepto se expande tanto hasta el punto que se difumina; queda irreconocible.

Asimismo, abogar por la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos deja de lado que es, de hecho, conveniente que exista redundancia o

solapamiento en las normas que protegen ciertos bienes jurídicos. ¿Cuál es el problema en que los bienes jurídicos fundamentales se encuentren protegidos por dos, tres o incluso cuatro tipos de normas? Esa situación, más que ser un caso de hipertrofia normativa, es una demostración del alto valor que una sociedad le concede a los mismos.

Básicamente, la (sobre)extensión de la aplicación de normas de Derechos Humanos terminará, casi inevitablemente, en la banalización de las mismas: no terminará siendo más que un intento espurio de alquimia jurídica; una argucia para tratar de convertir el plomo de reglas jurídicas claras en el oro utópico de una protección absoluta (y deseable) de los Derechos Humanos.

La amenaza de la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico.

Aunque no se diga abiertamente, la eficacia horizontal de normas de Derechos Humanos implica aceptar la instauración de una constitución total o, en términos más agradables, la tesis ya mencionada de Kumm de *la constitucionalización* de todo el ordenamiento jurídico. Tal planteamiento, ha sido considerado por Forsthoff (1971), que citado por Hesse, planteó que el mismo implicaría que “el derecho privado se ha transformado en derecho constitucional aplicado” (Pág. 82). La Constitución sería, siguiendo la frase irónica de Forsthoff, un “el origen del mundo, la célula jurídica germinal de la que todo procede” (p. 181) al que se reduce todo el ordenamiento jurídico.

Esta afirmación, *a priori*, no suena mal. Si la constitución es la norma jurídica suprema, ¿cómo cuestionar la constitucionalización de todo el ordenamiento? La razón es sencilla y fue señalada por Hesse (1995): la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico implica el sometimiento de todo el ordenamiento a la justicia constitucional.

Esto es peligroso para el Estado de Derecho porque implica un debilitamiento del principio de división de poderes. El Estado de Derecho, especialmente cuando, a decir de Bingham (2010), asume un contenido material

concretado en la protección de los Derechos Humanos, implica la vigencia efectiva de tales derechos. Esto únicamente se puede lograr cuando los Derechos Humanos se conciben como derechos negativos, exigibles por el juez a los poderes ejecutivo y legislativo.

En ese orden de ideas, Rubio Llorente (2006) ha planteado que las normas de Derechos Humanos requieren una estructura jurisdiccional que garantice su vigencia efectiva, esto sólo puede ser logrado cuando se estructuran como obligaciones negativas del Estado. El mencionado autor considera que:

[L]a utilización... como criterio definitorio de los derechos fundamentales exige que éstos tengan una estructura tal que el juez pueda garantizar eficazmente su vigencia, y esa condición sólo se da cuando la obligación que imponen al legislador es la pura obligación negativa de respetarlos. (p. 227).

Bajo esta premisa, las normas de Derechos Humanos pueden determinar *parcialmente* el ordenamiento jurídico, pero no la *totalidad* del mismo. Esto ha sido afirmado de forma categórica por Böckenforde (1993):

Quien mantiene la función decisiva del Parlamento elegido por el Pueblo para la creación del Derecho y quiere evitar una reforma progresiva de la estructura constitucional en beneficio del Estado jurisdiccional de justicia constitucional debe también mantener que los derechos fundamentales –judicialmente exigibles- «sólo» son derechos subjetivos de libertad frente al Estado y no, al mismo tiempo, normas objetivas (vinculantes) de principio para todos los ámbitos del Derecho. (p. 134).

En caso contrario, si las normas de Derechos Humanos se conciben como elementos de un orden objetivo —y, por ende, como eficaces ante terceros— se permite que sea el juez constitucional (a través de las decisiones constitucionales que por su carácter vinculante adquieren fuerza de norma jurídica) y no el legislador democrático, quien determine la vigencia social de los bienes jurídicos

protegidos por tales normas de Derechos Humanos. Es de nuevo Böckenforde (quien, de hecho, fue juez del Tribunal Constitucional Federal alemán) quien se pronuncia en contra: “El concepto de la división de poderes característico del Estado constitucional europeo-continental, concepto que descansa en la clara distinción entre creación y aplicación del Derecho... resulta un tanto descompuesto” (p. 131).

El problema no radica en que los bienes jurídicos protegidos por las normas de Derechos Humanos pueden tener vigencia social. Dentro de los límites establecidos por el texto constitucional, el legislador democrático, a través de la legislación penal y civil, puede determinar tal vigencia. El problema, en cambio, radica en que, mediante el argumento de la constitucionalización de la totalidad del ordenamiento jurídico, sean los organismos jurisdiccionales —y no los poderes que cuentan con legitimidad democrática— quienes determinen tal vigencia social.

La solución de derecho positivo: el texto constitucional como determinante de la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos.

A la par de las consideraciones anteriores, existe otro argumento, quizá más neutral, sobre la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos, que plantea que es la propia norma constitucional que contiene las disposiciones sobre Derechos Humanos la que debe pronunciarse sobre su direccionalidad. Así, si una norma constitucional relativa a Derechos Humanos afirma que los mismos son aplicables sólo contra el Estado, debe descartarse por completo la posibilidad de alegar que los mismos son multidireccionales y aplicables a relaciones entre particulares.

Por otro lado, si la norma constitucional afirma que los Derechos Humanos que contiene serán aplicables a relaciones entre particulares, entonces serán una norma jurídica multidireccionalidad, aplicable a cualquier relación jurídica sin importar la naturaleza del sujeto pasivo.

Esta es, en efecto, la solución por la cual se decanta la constitución Suiza. Dicho texto constitucional, en su artículo 35, establece que: "Las autoridades deben velar por que los derechos fundamentales, en la medida de lo posible, también sean realizados en las relaciones que tengan los particulares entre ellos" (Traducción libre).

Se considera que, al margen de las consideraciones valorativas que se están formulando en estas líneas, la solución adoptada por el constituyente suizo es la correcta. Uno de los principales problemas que tiene la determinación de la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos contenidas en los textos constitucionales es que, en la mayoría de estos (por no decir en todos salvo el suizo) no hay tal provisión que extienda su direccionalidad a los particulares. La Constitución venezolana, por ejemplo, no hace referencia alguna a la aplicabilidad de las normas de Derechos Humanos a las relaciones entre particulares.

En ese orden de ideas se debe afirmar que la solución, en última instancia, debe estar en la norma de derecho positivo. Si existe una norma tal que expanda la direccionalidad de las disposiciones relativas a Derechos Humanos a las relaciones entre particulares, las mismas deben ser aplicables en relaciones *inter privatos*. Sin embargo, ante la ausencia de tal disposición expresa se considera que se debe ser fiel al sentido tradicional e histórico de la institución y limitar la direccionalidad de las mismas al Estado.

La crítica axiológica: el derecho privado como garante de la libertad y la autonomía de la voluntad.

El último argumento contra la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos es que representaría una amenaza potencial para la existencia del derecho privado. El derecho privado, esencialmente, permite que los particulares, al margen de cualquier intervención estatal posterior a la promulgación de la norma jurídica, puedan organizar sus asuntos como ellos consideren. Implica, entonces, la existencia de ámbitos de libertad ajenos a la coerción estatal.

La existencia de ámbitos de libertad como forma de prevenir la coerción ha sido defendida elocuentemente por Hayek (2006), quien al respecto ha señalado que: “La coerción es el control de la data esencial de la actuación de un individuo por otro, sólo puede ser prevenida permitiendo al individuo asegurarse a sí mismo una esfera privada donde esté protegido contra tal interferencia.” (p. 122, traducción libre).

No se pretende que el derecho privado esté exento de todo control, o que con base en el mismo se pretenda amparar cualquier arbitrariedad. Al contrario, el legislador democrático puede determinar el grado de vigencia social que tendrán las normas de Derechos Humanos y, por consiguiente, la influencia de éstas en la legislación civil. En efecto, esto se logra mediante el establecimiento de derechos legales que protejan, en las relaciones entre particulares, los mismos bienes jurídicos protegidos por las normas de Derechos Humanos.

Sin embargo, existe un área confusa en la que se debe determinar hasta qué punto la legislación civil puede reflejar la influencia de las normas de Derechos Humanos sin menoscabar ciertas libertades también establecidas en esas mismas normas. En ese sentido, la influencia de las normas de Derechos Humanos en el derecho civil debe —salvo en los casos evidentes— tener deferencia a lo establecido en las normas de derecho privado.

Lo que se busca defender con tal planteamiento es al derecho civil como tal: como un sistema normativo que, de acuerdo a Oakeshott (1990) pretende permitir a los individuos (*cives*): (i) reconocerse formalmente como iguales; (ii) diferenciarse los unos de los otros, y (iii) asociarse para buscar determinados fines.

Es evidente que el derecho civil, como derecho destinado a garantizar la autonomía de la voluntad, es necesario para una sociedad libre. El derecho privado se basa en que las decisiones individuales, por más que éstas puedan ser absurdas o irracionales, están justificadas por el hecho de que son el producto de la decisión autónoma de una persona. El Estado, como poder público, está regido

por las normas de derecho público, que establecen un baremo de actuación diferente al establecido por las normas de derecho privado que rigen la actuación de los particulares.

En el derecho privado la autonomía de la voluntad es considerada más importante que la igualdad. Por tanto, la brillante defensa que hace Konrad Hesse de tal institución merece ser citada íntegramente:

Pero sus más importantes presupuestos jurídicos [del derecho civil] son la autonomía privada y la libertad contractual. Si, desde tal perspectiva, la libertad es ciertamente un fin en sí mismo, entonces los efectos de la configuración autónoma de la vida privada se anteponen como medio sobre todo a la ordenación de la vida económica: dada la complejidad de las actuales circunstancias, el contrato jurídico-privado aparece como una forma de conducir el ordenamiento jurídico más adecuada y más efectiva que la configuración imperativa, además de producir un resultado más justo y mejor.” (p. 77).

El jurista alemán luego continúa argumentando:

El hombre como persona libre, autodeterminada y responsable sólo puede existir donde el ordenamiento jurídico abre posibilidades para la autonomía del pensamiento y de la acción. Justo esto es una, si no la esencial función del Derecho Privado [...]

Rige para ellos como ciudadanos de una democracia liberal; puesto que quien no es capaz de decidir sobre sus asuntos o no está dispuesto a ello y quien no debe responder de sus propias acciones difícilmente podrá cogerlos adecuadamente y responsablemente los asuntos de trascendencia general. [...] Sólo en hombres que piensan, juzgan y actúan por sí mismos descansa el potencial de nuevas ideas, concepciones e iniciativas irrenunciable para tal comunidad, sin las cuales ésta con el tiempo habrá de empobrecerse, si no fosilizarse, cultural, económica y políticamente, y de las cuales dependerá de

forma creciente en un tiempo de cambios fundamentales como el nuestro. (pp. 87-88).

Mantener la distinción entre ambos baremos de actuación, materializados en la distinción entre derecho público y derecho privado es esencial, pues el derecho civil, como se ha visto, representa un valor intrínseco que amerita, también, ser defendido.

Estas consideraciones buscan asentar las bases conceptuales de las distintas teorías que han abordado el tema de la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos. Asimismo, se ha pretendido hacer una serie de argumentos críticos, los cuáles, sobre todo, buscan demostrar que no es posible tomar una posición irreflexiva en este debate.

Capítulo II

La Responsabilidad Internacional del Estado en el Derecho Internacional Público

Antes de entrar a analizar el tema específico de la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares, resulta necesario, por razones de orden lógico, abordar primero el tema de la responsabilidad internacional del Estado en el derecho internacional público.

Debe aclararse que, por escapar del objeto de estudio del presente trabajo, no se abordará el tema de la responsabilidad internacional del Estado que ha sido desarrollada por áreas específicas del derecho internacional. En ese sentido, los planteamientos formulados por el derecho internacional económico, en áreas como arbitraje de inversión o comercio internacional; o por el derecho penal internacional, ya sea por la Corte Penal Internacional o los diversos tribunales *ad-hoc* que han operado en esa área, no serán considerados en este análisis, el cual, como ya se dijo, se enfocará en el desarrollo del tema que ha sido formulado por el derecho internacional público, haciendo particular énfasis en los puntos que tengan mayor posibilidad de ser extrapolados al derecho internacional de los Derechos Humanos.

El estudio de la responsabilidad internacional del Estado en el derecho internacional implica abordar dos puntos fundamentales. Primero, el tema de la responsabilidad internacional del Estado *per se*, es decir, la responsabilidad del Estado por acciones que impliquen el incumplimiento de una obligación internacional. Segundo, lo referente a la responsabilidad internacional del Estado por hechos que no fueron realizados por agentes del Estado; en este punto se abordará el concepto de las obligaciones *erga omnes*, institución jurídica que ha servido de base a las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos para desarrollar el concepto de las obligaciones positivas de protección, lo cual la convierte en un elemento indispensable que amerita ser tratado con detenimiento.

Por otro lado, debe hacerse especial referencia a la labor de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (en adelante, la: "CDI"), la cual, luego de años de trabajo, logró, en 2001, culminar un importante esfuerzo codificador que arrojó como resultado los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Para lograr un análisis sistemático del tema, se considera necesario enfocarse primero en el desarrollo de la responsabilidad internacional del Estado mediante la práctica de los Estados y la costumbre internacional, para luego entrar a analizar con detenimiento las disposiciones de los Artículos de Responsabilidad Internacional del Estado.

El Desarrollo de la Responsabilidad Internacional del Estado Previo a la Codificación Mediante los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos

Como es común en el derecho internacional, el desarrollo de la institución de la responsabilidad internacional fue producto de la costumbre y de decisiones tomadas por diversos organismos internacionales de solución de controversias (resulta necesario utilizar el término organismos internacionales de solución de controversias dado que la instauración de tribunales internacionales permanentes fue un fenómeno circunscrito al siglo XX, por lo que antes eran utilizados diversos mecanismos, como tribunales arbitrales *ad hoc* o reportes elaborados por comisiones).

Así, una de las primeras instancias en las que se abordó el tema fue el laudo arbitral dictado por Max Huber en el caso de los *bienes británicos ubicados en la zona española de Marruecos* (Affaire des biens britanniques au Maroc Espagnol, 1925). En la decisión, el árbitro suizo consideró que: “La responsabilidad es un corolario necesario del derecho. Todos los derechos de orden internacional tienen por consecuencia una responsabilidad internacional. La responsabilidad implica como consecuencia la obligación de acordar una reparación en caso de una obligación que no haya sido cumplida.” (p. 641, traducción libre).

Este es un precedente importante, pues afirma que la responsabilidad, un tema que es crucial en los ordenamientos jurídicos internos, también ocupa un sitio fundamental en el derecho internacional.

Luego, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso concerniente a la fábrica en Chorzów (1927), continuó desarrollando el tema, pues dispuso que:

Es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso implica una obligación de reparar el daño en forma adecuada. La reparación es entonces un complemento indispensable a la falla de aplicar una convención y no hay necesidad de que ese hecho en sí sea establecido por la convención misma. (párr. 55).

De tal forma, sobre la base de los precedentes citados, se desprende que la práctica internacional ha considerado que la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones configura un principio del derecho internacional. Esta conclusión, novedosa en su momento, es lógica: todo sistema jurídico se centra en el concepto de obligación y, por consiguiente, la inexistencia de un modo de resarcir el cumplimiento de una obligación equivale a vaciar la misma de contenido, a desproveer al sistema jurídico del elemento de coercibilidad que los distingue de otro tipo de sistemas normativos que carecen de coercibilidad.

Por otro lado, la doctrina ha coincidido con tales precedentes, al considerar que la responsabilidad es un principio del derecho internacional. Así, autores como Brownlie (2003) han considerado que la responsabilidad es un principio general del derecho internacional que resulta de la combinación de dos factores: primero, la existencia de reglas de derecho sustantivas; segundo, la suposición de que es posible, con base en dichas reglas, calificar una acción u omisión como ilegal.

En ese mismo orden de ideas, Shaw (2008) estableció lo siguiente:

La responsabilidad del estado es un principio fundamental del derecho internacional, que surge de la naturaleza del ordenamiento jurídico internacional y de las doctrinas de la soberanía estatal y de la igualdad de los estados. Dispone que cuando un estado comete un acto internacionalmente ilícito contra otro estado, surge una responsabilidad internacional entre ambos. La violación de una obligación internacional crea la necesidad de una reparación. (p. 778)

De tal forma, se observa de los comentarios jurisprudenciales y doctrinales citados que, en la actualidad, la responsabilidad internacional del Estado, lejos de ser un tema oscuro e impreciso, ha pasado a convertirse en un elemento fundamental del derecho internacional, al grado de ser considerado como un principio del mismo; pues, como bien ha señalado Diez de Velasco (1999), es la consecuencia negativa por antonomasia de cualquier acto u omisión hecha por un Estado en contravención del ordenamiento jurídico internacional.

Características de la responsabilidad internacional del Estado desarrolladas por la práctica del derecho internacional.

Las características principales de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos han sido desarrolladas por la práctica del derecho internacional. En la actualidad, como ya se dijo, la codificación realizada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha recopilado tal información. Sin embargo, resulta pertinente revisar por lo menos el desarrollo jurisprudencial de tres características principales, a saber: (i) el carácter reparatorio de la responsabilidad internacional; (ii) el amplio origen de la misma, y (iii) su carácter objetivo.

En primer lugar, la responsabilidad internacional de los estados tiene un carácter reparatorio. Esta es una característica fundamental de la doctrina de la responsabilidad internacional del Estado que se observa de forma unánime tanto en las decisiones de controversias como en la doctrina (Pastor Ridruejo, 2002). Es

decir, que la finalidad de la misma se centra en la reparación del daño causado por la comisión del hecho internacionalmente ilícito.

Así, encontramos que la Corte Permanente de Justicia Internacional en el ya mencionado caso de la Factoría en Chorzów (1928) dispuso lo siguiente:

El principio esencial contenido en la noción actual de hecho ilícito es que la reparación debe, en la medida que sea posible, erradicar toda consecuencia del hecho ilícito y restablecer la situación que hubiese, en toda probabilidad, haber existido si el acto no se hubiera realizado (párr. 47-48, traducción libre).

La práctica del derecho internacional, sin embargo, ha tendido a favorecer a la indemnización en especie o equivalente sobre la *restitutio in integrum*. Esto se debe a que una cantidad considerable de los casos que han involucrado la responsabilidad internacional del Estado se han originado por temas relacionados con la expropiación de inversiones extranjeras. En tales casos, la naturaleza subyacente de la disputa (muchas veces de carácter político, o vinculada con el ejercicio de la soberanía del Estado) dificultan que puede existir *restitutio in integrum*. Para ilustrar este punto, sólo hace falta imaginar un caso en que un Estado decida expropiar la inversión de una empresa internacional, una transnacional, por ejemplo; resultaría políticamente poco viable que se exija a tal Estado una reparación mediante *restitutio in integrum*, pues eso implicaría retornar la propiedad expropiada —algo que los Estados rara vez se encuentran dispuestos a hacer. Esta situación quedó en evidencia en el laudo arbitral recaído en el caso *Gobierno de Kuwait Vs. American Independent Oil Company* (1982).

En ese mismo sentido, el tribunal arbitral internacional que decidió el caso de *BP Exploration Co. Vs. Libia* (1973) afirmó que:

No hay soporte explícito para la proposición que una acción específica, mucho menos *restitutio in integrum* son soluciones de derecho internacional público disponibles como opciones para las partes que sufrieron un incumplimiento contractual [...] la

responsabilidad en que incurre la parte que incumplió su obligación contractual que le imponía una obligación de hacer es la de indemnizar los daños, el concepto de *restitutio in integrum* ha sido utilizado meramente como un vehículo para establecer el monto de los daños. (p. 347, traducción libre).

Por otro lado, también debe tomarse en cuenta que la compensación derivada de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos no está limitada al daño material causado; la misma, en algunas circunstancias, también puede abarcar el daño moral. Esa fue la conclusión a la que llegó el tribunal arbitral independiente que decidió el caso *Rainbow Warrior* (Nueva Zelanda Vs. Francia, 1990), al afirmar que: “la orden de pago de compensación monetaria relacionada con el incumplimiento de una obligación internacional puede involucrar [...] serio daño moral” (párr. 118, traducción libre).

Con base en las anteriores consideraciones, se puede afirmar que la práctica del derecho internacional, en particular en las decisiones de los distintos órganos internacionales de resolución de controversias, se ha establecido que una de las principales características de la responsabilidad internacional del Estado es su carácter reparatorio; es decir, que ésta debe buscar, en la mayor medida de las posibilidades que ofrezca el caso concreto, reparar la situación jurídica menoscabada por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

En segundo lugar, la responsabilidad internacional del Estado tiene un origen amplio, pues la misma puede tener fuente contractual (materializado en el caso del derecho internacional por la violación de un tratado) o extracontractual (por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito al margen de una obligación internacional preexistente).

Este punto ha sido reiterado por la jurisprudencia internacional, la cual ha sido constante en indicar que no es procedente hacer una distinción entre la responsabilidad internacional del Estado surgida de la violación concreta de un tratado; de aquella que surge de otras acciones u omisiones del Estado que, si bien

crean un daño, no se originaron en el marco de una relación jurídica creada mediante un tratado.

En ese sentido, en 1997 la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Gabcikovo-Magymaros Project* (Hungría Vs. Eslovaquia), hizo la siguiente afirmación:

La determinación de si una convención se encuentra o no vigente, y si ésta ha sido adecuadamente suspendida o denunciada, debe hacerse con base en el derecho de los tratados. Por otro lado, la evaluación de la extensión de la suspensión o denuncia, vista como incompatible sobre la base del derecho de los tratados, involucra la responsabilidad del estado que procedió a hacerla, debe ser analizado bajo los supuestos del derecho de la responsabilidad internacional del estado. (párr. 47, traducción libre).

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia también ha sido clara al concluir que es posible que se configure un hecho internacionalmente ilícito con base en la omisión de un Estado. Esto contribuye a la noción de amplitud del origen de la responsabilidad internacional. Así, en la decisión recaída en el caso *del Canal de Corfu* (Reino Unido Vs. Albania, 1949), relacionado con el despliegue de minas en las aguas territoriales de Albania sin que mediara advertencia alguna, la Corte Internacional de Justicia llegó a la siguiente conclusión:

Estas graves omisiones implican la responsabilidad internacional de Albania. La Corte, en consecuencia, concluye que Albania es responsable bajo el derecho internacional de las explosiones ocurridas [...] y por el daño y pérdida de vida humana que resulten de las mismas y que tiene el deber de pagar compensación al Reino Unido. (párr. 71-72, traducción libre).

A partir de las dos citas jurisprudenciales realizadas, se evidencia que la naturaleza de la responsabilidad internacional es amplia: por un lado, la misma

abarca los hechos internacionalmente ilícitos que surjan con base en el incumplimiento de un tratado, como aquellos en los que no hay tal relación contractual internacional de por medio; por otro lado, tanto las acciones como las omisiones desplegadas por los Estados son susceptibles de ocasionarle a los mismos responsabilidad internacional. Por ello, es posible decir que la naturaleza de dicha responsabilidad es amplia.

No obstante lo anterior y a pesar de que en la actualidad haya cierto consenso sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los Estados en el derecho internacional, tal desarrollo conceptuales reciente. Sobre este particular, Crawford (2012) considera que el tratamiento sistemático y científico del tema de la responsabilidad internacional del Estado se ve afectado por el sistema de tratados que imperaba en épocas anteriores, en los cuales se especificaba las distintas razones por las cuales los Estados podían incurrir en responsabilidad internacional y los distintos mecanismos que se encontraban disponibles para determinar la misma.

Esta situación ya no subsiste, pues, por un lado, ha ocurrido un cambio en la estructura y naturaleza de los tratados internacionales mediante el cual estos se han convertido en instrumentos normativos más amplios, que por lo general no contienen cláusulas restrictivas que limiten el surgimiento de la responsabilidad internacional.

Por otro lado, la labor que han desarrollado los distintos organismos internacionales de resolución de controversias en general y, luego de su creación, la Corte Internacional de Justicia en particular, han contribuido a reafirmar el carácter amplio del origen de la responsabilidad internacional del Estado. Estos factores han coadyuvado de forma considerable al desarrollo de la institución en sí.

En tercer lugar, la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se rige bajo un sistema objetivo; es decir, el Estado es responsable por la simple razón de que ocurra un hecho internacionalmente ilícito

imputable al mismo. Elementos subjetivos como el dolo o la culpa no son necesarios para el surgimiento de la responsabilidad internacional. Sobre esta característica en particular, la doctrina se encuentra dividida, pero la mayoría se ha pronunciado a favor de la tesis objetiva.

En efecto así ha sido mantenido por autores como Shaw (2008), que ha afirmado: “los casos relevantes y las decisiones jurisprudenciales están divididas sobre el punto, no obstante la mayoría tiende a favorecer la teoría objetiva de la responsabilidad estricta” (p. 783, traducción libre).

Los argumentos formulados por Brownlie (2003) van en esa misma dirección. Dicho autor afirma que la amplia mayoría de las decisiones de organismos internacionales de resolución de conflictos se han concentrado en la determinación de la existencia de un nexo causal entre la conducta y el daño y en la imputabilidad del mismo al Estado; sin entrar a considerar elementos de índole subjetiva como el posible dolo o culpa con el que éste actuó.

La tesis de la responsabilidad objetiva fue mantenida desde tempranas decisiones dictadas por tribunales arbitrales independientes. Así, la comisión de reclamaciones entre Estados Unidos y México, en el laudo recaído en el caso *Caire* (1929) consideró:

[L]a doctrina de la responsabilidad objetiva del Estado, es decir, la responsabilidad por los actos cometidos por sus oficiales o sus órganos, y los que están obligados a realizar, independientemente de la ausencia de *faute* de su parte [...] El Estado también tiene responsabilidad internacional por todos los actos cometidos por sus oficiales u órganos que sean considerados delictuales bajo el derecho internacional, independientemente de si el órgano u oficial ha actuado dentro de los límites de su competencia o los ha excedido [...] Sin embargo, para justificar la aplicación de la doctrina de la responsabilidad objetiva del Estado por los actos realizados por sus oficiales u órganos al margen de sus competencias, es necesario que

hayan actuado, por lo menos aparentemente, como oficiales órganos autorizados o que, en su proceder, hayan usado poderes o implementado medidas acordes con su carácter oficial. (párrs. 529-531, traducción libre).

Shaw (2008) abordó el tema con precisión y tomó posición al respecto. El referido autor concluyó que: “la doctrina y práctica apoyan la teoría objetiva, y eso es correcto, particularmente en razón de la proliferación de órganos estatales” (p. 784, traducción libre).

La doctrina venezolana también se ha pronunciado sobre el punto. Así, Aguiar (1997) considera que, en la responsabilidad internacional del Estado, el hecho internacionalmente ilícito tiene carácter objetivo, pues el mismo se basa en una conducta u omisión contraria al ordenamiento jurídico internacional. Dicho autor, sin embargo, considera que la imputabilidad de tal acción u omisión al Estado implica un elemento subjetivo de la responsabilidad internacional. Esta conclusión, sin embargo, no debe interpretarse como una defensa de la necesidad del elemento subjetivo (*dolo* o *culpa*) para que se origine responsabilidad internacional; al contrario, el referido autor se limita a mantener que, para la atribución de un hecho internacionalmente ilícito a un Estado, es necesario que exista un nexo causal que permita imputarle el mismo. Estos planteamientos van en línea con la doctrina mayoritaria en la materia.

Aun cuando no exista consenso en la doctrina, se considera que la tendencia mayoritaria, aquella que apoya la aplicación de la tesis objetiva para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, es la correcta. No sólo es la que ha sido aceptada por casi todos los laudos o sentencias que ha habido al respecto, sino que, como se verá luego, es la que fue acogida por la CDI, organismo que, por la labor que le fue encomendada y la entidad de sus integrantes, abordó el tema con gran rigurosidad.

Las obligaciones positivas de protección.

Antes de pasar a abordar la codificación de la responsabilidad internacional del Estado hecha por la Comisión de Derecho Internacional, resulta necesario hablar sobre las obligaciones positivas de protección; en particular porque ésta ha sido la figura sobre la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ver la Opinión Consultiva 18, 2003; y el voto concurrente del juez Cançado Trindade en las medidas provisionales dictadas en el caso *Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador*, 2004) ha desarrollado su teoría sobre la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares.

En ese sentido, las obligaciones positivas de protección han sido el resultado del desarrollo de las obligaciones internacionales de los Estados que ha realizado la práctica del derecho internacional; sobre todo, de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Así, se ha considerado que las obligaciones positivas de protección surgen debido a que un Estado puede ser considerado responsable internacionalmente por acciones realizadas por actores no-estatales; es decir, por acciones de sus ciudadanos. En efecto, esto se debe a que se asume que los Estados tienen cierto grado de responsabilidad por los actos que realicen las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, pues los agentes de tal Estado deben o debieron haber tenido conocimiento de los mismos (Brownlie, 2003).

En ese sentido, encontramos que fue la Corte Internacional de Justicia la que, a través de su jurisprudencia, creó el concepto de obligaciones *erga omnes*. En efecto, dicho tribunal internacional, en la decisión recaída en el caso *Barcelona Traction* (Bélgica Vs. España, 1970) estableció (*obiter dicta*) que los Estados tienen ciertas obligaciones de protección *erga omnes*, las cuales son oponibles a la comunidad internacional en general, no a un Estado en específico. La terminología exacta utilizada por la Corte Internacional fue:

Una distinción en particular debe establecerse entre las obligaciones de un Estado alrededor de la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que nacen *vis-à-vis* otro Estado sobre el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primera

conciernen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos involucrados en el caso, todos los Estados pueden ser considerados como teniendo un interés jurídico a que dichos derechos sean protegidos: tales son las obligaciones *erga omnes*. (párr. 33, traducción libre).

Ese precedente estableció los cimientos conceptuales de las obligaciones *erga omnes*. Sin embargo, resulta más relevante el estudio de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Elettronica Sicula, SpA (ELSI)* (Estados Unidos Vs. Italia, 1989). En este caso, los demandantes alegaban que Italia había incumplido con el requisito de brindar “constante protección y seguridad”, establecido en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Italia y Estados Unidos, debido a que las autoridades italianas permitieron que los trabajadores de ELSI, una planta para la fabricación de componentes eléctricos propiedad de inversionistas Estadounidenses, realizaran una toma pacífica de la misma al conocer que los propietarios de la planta tenían intenciones de clausurarla.

El análisis de la Corte resulta pertinente, pues al analizar el significado del término “constante protección y seguridad” determinó que, en el contexto del mencionado tratado de Amistad, Comercio y Navegación, el mismo se refería a que el Estado debía brindar a las inversiones extranjeras un estándar de protección similar al que ofrecía a las inversiones realizadas por inversionistas nacionales; es decir, que el tratado imponía al Estado la obligación de no discriminar en cuanto a la protección ofrecida con base en la nacionalidad del propietario de la misma (ver párrafo 104 de la decisión).

Adicionalmente, la Corte determinó que la existencia en el antedicho tratado de una cláusula que indicara que los Estados se comprometían mutuamente a ofrecer “constante protección y seguridad” a las inversiones propiedad de nacionales del otro Estado contratante, no implicaba que se estuviese otorgando una garantía que asegurase que la propiedad de los inversionistas extranjeros

nunca se verá afectada o perturbada (ver párrafo 108 de la decisión). Con base en tal razonamiento, la Corte concluyó que, a pesar de que la planta había sido efectivamente tomada por los trabajadores, Italia había cumplido con el estándar de protección establecido en el tratado porque dicha toma fue pacífica y no implicó ningún tipo de daño o afectación material de las instalaciones de la planta; en gran parte, gracias a la labor de los cuerpos de policía italianos.

El análisis de este caso resulta particularmente relevante porque es la primera decisión jurisprudencial internacional en la que se establece que las obligaciones positivas de protección contenidas en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación no implican una garantía absoluta de que la propiedad no será de ninguna forma afectada, con base en lo cual se desprende que tales obligaciones positivas de protección son obligaciones de medio y no de resultado.

El precedente del caso ELSI es importante para el tema bajo estudio porque, dadas las circunstancias fácticas del mismo, el criterio que desarrolló la Corte Internacional de Justicia puede ser extrapolado con facilidad a casos relacionados con la protección internacional de Derechos Humanos y con la obligación general de protección que tienen los Estados.

En conclusión, uno de los planteamientos principales que ha desarrollado el derecho internacional general en materia de obligaciones positivas de protección —al determinar que las mismas son obligaciones de medio y no obligaciones de resultado— ha sido extrapolado por el derecho internacional de los Derechos Humanos, como se verá con detenimiento en los siguientes capítulos de este trabajo.

La Responsabilidad Internacional del Estado Luego de la Codificación: los Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional

Por varios años, la CDI trabajó en un proyecto de codificación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Ese trabajo culminó con la adopción de los mismos a través de la

Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Incluso antes de haber sido aprobados por la Asamblea General de la ONU, los artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado habían tomado un rol relevante en el derecho internacional, pues servían de marco para determinar las situaciones en las que se podía considerar que, bajo el derecho internacional, un Estado era responsable internacionalmente por sus acciones u omisiones.

En efecto, esto se desprende de un hecho que es aplicable tanto al derecho internacional como al interno: no se codifica de la nada. Para codificar es necesario partir de la base de un cuerpo normativo desorganizado, disperso, no concretado y muchas veces no redactado (en derecho internacional ese cuerpo normativo desorganizado es representado, casi siempre, por la costumbre), para luego mejorarlo, organizándolo, construyendo normas consideradas mejores por su contenido al igual que por la estabilidad y la certidumbre que generan (Daudet, 2004).

En ese sentido, una vez que dichos artículos fueron aprobados por la Asamblea General, han sido la piedra angular de la práctica y doctrina contemporánea en materia de responsabilidad internacional del Estado. Los artículos, a pesar de ser considerados derecho blando o *soft law*, han adquirido una relevancia que trasciende su fuente normativa. Por tal razón, es necesario hacer un análisis de los mismos para determinar su aplicabilidad al tema que concierne a esta investigación.

En primer lugar, hay que aclarar que dichos artículos, como bien establecen en el comentario general que acompañó su publicación (en derecho internacional es común que ciertos instrumentos normativos sean acompañados de un "comentario general", en los que los autores de los mismos —ya sea la comisión redactora, una subcomisión determinada por ésta, o el relator especial— aclaran y profundizan sobre los distintos aspectos que aborda dicho instrumento normativo)

no buscan determinar el contenido de las obligaciones de derecho internacional cuya violación podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Siguiendo esa línea, el comentario general (2001) precisa lo siguiente:

Estos artículos buscan formular, por vía de codificación y desarrollo progresivo, las reglas básicas del derecho internacional relativas a la responsabilidad de los Estados por sus actos internacionalmente ilícitos. El énfasis es en las reglas secundarias de responsabilidad del Estado: es decir, las condiciones generales bajo las que, en el derecho internacional, el Estado es considerado como responsable por acciones u omisiones ilícitas, y las consecuencias legales que resultan de las mismas. Estos artículos no buscan definir el contenido de las obligaciones internacionales, cuya violación implica el surgimiento de responsabilidad. Esta es la función de las normas primarias, cuya codificación implicaría replantear la mayoría del derecho internacional sustantivo tanto consuetudinario como convencional (párr. 1, traducción libre).

Esto, lejos de representar un problema para esta investigación, resulta muy conveniente; pues las reglas primarias que son relevantes —aquellas relativas al derecho internacional de los Derechos Humanos— proporcionan, como se verá con precisión en los capítulos III y IV de este trabajo, una serie de normas primarias particulares sobre las obligaciones internacionales del Estado cuya violación origina responsabilidad internacional. En ese sentido, los artículos, al enfocarse en las reglas secundarias (aquellas que son utilizadas para determinar el surgimiento de la responsabilidad en sí) defieren al derecho sustantivo específico, en este caso, las normas internacionales de Derechos Humanos, lo referente a las obligaciones susceptibles de ser violadas.

Una vez hechas estas precisiones, es necesario pasar a estudiar las secciones relevantes de los referidos artículos: a saber, aquellas relacionadas con la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

realizados por particulares o actores no-estatales. Los artículos hacen referencia a ese particular en su Capítulo II, cuando abordan el tema de la atribución al Estado de determinadas conductas.

Resulta necesario descartar de este análisis los supuestos en los que se considera que la conducta generadora de la responsabilidad internacional del Estado fue realizada de manera directa por el Estado, pues estos supuestos, aparte de evidentes, no representan interés alguno para esta investigación. Basta con decir que en los artículos 4 al 7, la CDI consideró que los actos de órganos del Estado, de órganos de un Estado puestos a disposición de otro Estado, así como los actos que realicen personas que legítimamente ejerzan autoridad estatal o gubernamental generan responsabilidad internacional para el Estado en caso de que violen alguna obligación internacional.

Luego, los artículos entran a analizar los supuestos en los que es posible que el Estado sea internacionalmente responsable por acciones que no pueden ser consideradas como directamente realizadas por el Estado. Los supuestos son: (i) conductas de particulares dirigidas o controladas por el Estado; (ii) conductas de particulares realizadas en la ausencia de autoridades oficiales; (iii) conductas de movimientos insurgentes, y (iv) conductas conocidas y adoptadas por el Estado como propias. Se procederá a analizar cada uno de estos supuestos.

Conductas de particulares dirigidas o controladas por el Estado.

El artículo 8 de los Artículos de responsabilidad internacional del Estado dispone:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Este supuesto es de particular relevancia, pues permite atribuir al Estado conductas que fueron realizadas por particulares. En efecto, tal artículo impide que un Estado utilice subrepticamente a terceros no vinculados de forma directa con el mismo para realizar acciones que contravengan obligaciones internacionales y de esa forma evitar la consecuente responsabilidad internacional.

Así, el criterio utilizado por la CDI se basa en el desarrollo que la jurisprudencia internacional ha hecho del elemento de *control* que el Estado en cuestión ejerza sobre las conductas de los particulares. Por ejemplo, la Cámara de Apelación del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia, en la apelación del caso *Tadic* (1999), consideró al respecto que:

El requisito en derecho internacional para atribuirle al Estado los actos realizados por un individuo privado es que el Estado ejerza control sobre tales individuos. El *grado de control* puede, sin embargo, variar de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso. La Cámara de Apelaciones no ve por qué en cada una de las circunstancias el derecho internacional deba requerir un estándar alto para la prueba de control. (párr. 117, traducción libre).

El precedente del caso *Tadic* es importante ya que sentó las bases para considerar que la determinación del grado de control va a depender del sustrato fáctico de cada caso. Dicho precedente también ilustra el punto fundamental de este criterio atributivo de responsabilidad: que el Estado tenga control sobre tales individuos. El punto neurálgico radica en el hecho de que el Estado pueda, de alguna forma u otra, dirigir las actuaciones de los particulares en cuestión, de manera tal que los mismos no estén realizando una conducta de manera autónoma y personal, sino que estén siguiendo las instrucciones del Estado.

Para los casos de derecho internacional de los Derechos Humanos este supuesto es importante. En el caso del Sistema Interamericano, por ejemplo, los primeros casos contenciosos que decidió la CrIDH abordaron el tema del elemento de control, pues en distintos conflictos armados (ocurridos durante la

llamada "guerra sucia") varios Estados argumentaron que no tenían control sobre las acciones de grupos armados particulares y que, por tal, no podían ser considerados internacionalmente responsables. Este punto será abordado con detenimiento en el Capítulo III.

Conductas de particulares realizadas en la ausencia de autoridades oficiales.

El segundo criterio atributivo de responsabilidad internacional desarrollado por los artículos de la CDI aplica a circunstancias excepcionales, como revoluciones o golpes de Estado han hecho desaparecer a las autoridades regulares, y un particular o grupo de particulares pasa a asumir las funciones típicas del Estado.

En ese sentido, el Comentario General ha determinado que para la aplicación de dicho criterio atributivo de responsabilidad es necesario que se configuren tres situaciones:

El Artículo 9 establece tres condiciones que deben ser satisfechas para considerar que la conducta es atribuible al Estado: primero, la conducta debe efectivamente relacionarse al ejercicio de elementos de autoridad gubernamental, segundo, la conducta debió haber sido realizada en la ausencia de las autoridades oficiales, y tercero, las circunstancias deben haber sido tales como para requerir el ejercicio de tales elementos de autoridad. (p. 49, traducción libre).

De tal forma, resulta evidente que la aplicación de este artículo se encuentra limitada a aquellos casos en los que hay una sublevación contra el poder constituido y éste es reemplazado por autoridades fácticas. Dichas autoridades fácticas son capaces de generar responsabilidad internacional del Estado con base en el principio general del derecho internacional que plantea la continuidad de la personalidad jurídica del Estado. Sin embargo, por su carácter excepcional, tal criterio no es de particular relevancia para esta investigación.

Conductas de movimientos insurgentes.

El artículo 10 del texto bajo estudio establece que los movimientos insurgentes que logren constituirse en el nuevo gobierno de un Estado, o que bien logren constituir un nuevo Estado dentro del territorio de un Estado existente son capaces de generar responsabilidad internacional para ese Estado en el caso de que violen obligaciones internacionales preexistentes.

Si bien la jurisprudencia internacional ha sido constante en determinar que las conductas de movimientos insurgentes o revolucionarios no pueden ser atribuidas al Estado (uno de los primeros casos en que se trató este punto fue, coincidentalmente, un caso que involucraba a Venezuela: ver el laudo recaído en el caso *Sambiaggio* (Italia Vs. Venezuela, 1903); el punto central de este artículo es que, en el caso de que uno de dichos grupos insurgentes resulte exitoso —y por tanto pasa a tomar control del gobierno de dicho Estado— tales acciones generan responsabilidad internacional para dicho Estado, incluyendo aquellas que acontecieron en el momento en que el grupo insurgente aún no había obtenido control del Estado.

No obstante, por razones similares a las expresadas en el punto inmediatamente anterior, dicho criterio atributivo de responsabilidad es de aplicación reducida, principalmente en virtud de su carácter excepcional. En efecto, en materia de Derechos Humanos, tal criterio resultaría, a lo sumo, aplicable en aquellos casos en los que un grupo insurgente que haya violado Derechos Humanos para llegar al poder, logre su cometido y se convierta en gobierno. En ese caso, sin embargo, tal grupo se habría convertido en gobierno y, por tal, sus conductas serían atribuibles directamente al Estado. Por tanto, dicho criterio es de poco interés para el objeto de la presente investigación.

Conductas conocidas y adoptadas por el Estado como propias.

Por último, el artículo 11 establece que aquellas conductas que no serían atribuibles al Estado bajo los supuestos anteriores, lo serán si el Estado tiene conocimiento de las mismas y las asume como propias. En ese sentido, se estaría

ante un caso especial de aquiescencia, a través del cual el Estado asumiría como propias conductas de particulares.

De tal forma, esa disposición mantiene el principio de que las acciones de particulares no son, en teoría, atribuibles al Estado. Así, la conducta de un particular que no se encuentre dentro del marco establecido por los artículos anteriores (es decir, que no sea el resultado de la dirección del Estado de la misma, que no haya sido realizada en ausencia de las autoridades legítimas y que no sea producto de un movimiento insurgente) también puede originar responsabilidad internacional si el Estado asume dicha conducta como propia.

Al igual que acontece con los dos artículos anteriores, esta disposición resulta poco relevante para el objeto del presente trabajo. Esto se debe al hecho de que, por lo menos en materia de protección internacional de Derechos Humanos, los Estados, más que atribuirse como propias las acciones de particulares (lo cual acarrearía que dichas conductas se considerasen como realizadas por el Estado y generarían su responsabilidad internacional), intentan, por lo general, lo contrario: hacer pasar acciones propias como realizadas por particulares, para alegar que el Estado no ha tenido ningún tipo de intervención.

Es evidente que un Estado que asumiera como propia una conducta de particulares que manifiestamente ha menoscabado los bienes jurídicos protegidos por normas de Derechos Humanos estaría actuando de manera torpe —y jurídicamente insensata. Al hacerlo, el Estado estaría asumiendo toda la responsabilidad por una acción violatoria a Derechos Humanos que en principio no realizó y, salvo ciertas circunstancias específicas, normalmente no le serían atribuibles. Por lo tanto, dicho artículo sería de muy escasa aplicación en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares.

Normas de Naciones Unidas sobre Responsabilidad de la Empresa en Materia de Derechos Humanos

Por último, resulta necesario hacer una breve referencia a un reciente desarrollo relativo a la eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos, esta vez, desde el llamado *soft law* o derecho blando; es decir, de las normas creadas por organismos internacionales que, si bien no tienen todas las características formales de una norma jurídica propiamente dicho, han venido jugando un rol importante para el desarrollo del derecho internacional.

En ese sentido, el punto de la expansión del ámbito de aplicación de las normas internacionales de Derechos Humanos y su consiguiente multidireccionalidad, ha llevado al Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU (en adelante el "ACDDHH") a desarrollar el tema de las obligaciones de Derechos Humanos de las empresas.

Este desarrollo es relevante, pues implica reconocer un efecto multidireccional a las normas de Derechos Humanos pues, como es evidente, las empresas (salvo las empresas del Estado, obviamente) son actores privados a los que, por lo menos bajo el paradigma clásico, normalmente no les serían aplicables las normas internacionales de Derechos Humanos.

Así, el ACDDHH reconoce que, tradicionalmente, los Derechos Humanos han sido vistos como un asunto que atañía exclusivamente a los Estados, pues eran normas que buscaban regular las relaciones entre el Estado y los particulares mediante el establecimiento de límites de actuación a aquel.

No obstante lo anterior, dicho organismo internacional considera que las corporaciones —en particular las transnacionales— han venido asumiendo un rol cada vez más importante en la sociedad y, por tanto, cada vez han afectado de manera más directa la vigencia efectiva y correcta aplicación de normas de Derechos Humanos. Por ello, la ONU en general y el ACDDHH en particular han investigado formas en las cuales las corporaciones puedan ser consideradas

responsables por la afectación que sus actividades puedan causar al disfrute de los bienes jurídicos establecidos en las normas de Derechos Humanos.

Sobre la base de todo lo anterior, el Comité de Derechos Humanos de la ONU dictó los principios rectores sobre corporaciones y Derechos Humanos (2011), documento que representa el primer intento para abordar el posible impacto adverso que pueda tener la actividad de corporaciones en materia de Derechos Humanos.

Tales principios rectores se basan en tres consideraciones generales. La primera de ellas es relativa al deber de los Estados de respetar y garantizar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos; afirmación que no tiene nada de novedoso. La segunda de ellas, sin embargo, sí lo es, pues indica que se reconoce que: “El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos” (p. 1).

Luego, al hacer referencia al ámbito de aplicación de los principios rectores, se establece que: “Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura” (p. 1).

Como se puede observar, el objetivo de tales principios rectores es mantener que las empresas tienen obligaciones en materia de Derechos Humanos que *mutatis mutandi*, son similares a las que tienen los Estados. Esto se evidencia, por ejemplo, del primer principio fundamental de la sección titulada “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”, que indica que: “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.” (p. 15).

Posteriormente, en esa misma sección, los Principios rectores hacen referencia a un catálogo detallado de obligaciones que tienen las empresas en

materia de Derechos Humanos. Un análisis pormenorizado de cada uno excede el objetivo de este trabajo; pero se podrían resumir como el deber de las empresas de: (i) respetar los Derechos Humanos establecidos en la normativa internacional; (ii) asumir un compromiso político (y público) de respetar tales normas; (iii) actuar con la debida diligencia para detectar y remediar los riesgos que sus actividades puedan representar en materia de Derechos Humanos; (iv) modificar sus políticas internas para prevenir cualquier afectación a Derechos Humanos, y (v) reparar cualquier afectación que su actividad haya causado al disfrute de Derechos Humanos.

Al respecto, se considera que, aun cuando es evidente que tales principios rectores fueron elaborados con los más altos ideales humanitarios en mente, los mismos representan un sin sentido conceptual que no puede ser ignorado. Las objeciones teóricas que se tienen a tales principios son las siguientes:

Primero, los principios rectores representan un supuesto de multidireccionalidad parcial de las normas de Derechos Humanos, pues implican una extensión de la misma *a cierto tipo de actores privados*, mas no a todos. Bajo esta premisa, el elemento determinante para que las normas de Derechos Humanos apliquen a actores privados pareciese ser el fin de lucro de los mismos. No pareciera que ese sea un criterio razonable para determinar el ámbito de aplicación de una norma.

Por otro lado, si el objetivo es expandir la cantidad de personas que tienen obligaciones en materia de Derechos Humanos, sería más coherente expandir el ámbito de aplicación de tales normas a toda *persona jurídica*, no sólo a aquellas que tienen fines de lucro. En ese sentido, si se considera que cualquier empresa — sin importar el ramo en que se desenvuelva o su tamaño— tiene obligaciones de Derechos Humanos, lo lógico sería que otro tipo de personas jurídicas que no tienen fines de lucro también tengan ese tipo de obligaciones. Si se parte de la premisa de que un comercio pequeño, como por ejemplo una tienda, pueda violar

Derechos Humanos, debe considerarse que personas jurídicas sin fines de lucro, especialmente aquellas de gran envergadura, también puedan hacerlo.

Segundo, afirmar indiscriminadamente que toda empresa, sin importar su tamaño, tiene obligaciones de Derechos Humanos, no pareciera tener justificación alguna. En el plano del derecho interno, los defensores de la multidireccionalidad de las normas de Derechos Humanos se han basado, principalmente, en la tesis de que ciertos grupos empresariales tienen un poderío tal que pueden ser considerados *poderes fácticos* que, en cierta medida, ejercen potestades equiparables a las del Estado. Este argumento, sin embargo, no es aplicable a pequeñas empresas ¿Qué clase de poder fáctico ejerce una bodega o una panadería? Es obvio que ninguno. Tal afirmación pareciera equiparar a empresas transnacionales con comerciantes pequeños; a la empresa contratista de seguridad con un zapatero. Tratar supuestos de hecho tan distintos de la misma forma no parece lógico.

En conclusión, afirmar que las empresas tienen obligaciones de Derechos Humanos no parece tener bases sólidas. En todo caso, si se defiende la tesis de la multidireccionalidad o eficacia horizontal de las normas de Derechos Humanos esta multidireccionalidad debe ser completa, no parcial. No pareciera correcto afirmar que *algunos* actores no-estatales tienen obligaciones en materias de Derechos Humanos; si se va a transitar hacia un nuevo paradigma que plantee que las normas de Derechos Humanos tienen eficacia horizontal, dicha horizontalidad debe ser plena, afectando a *todos* los particulares.

Por último, debe dejarse claro que la mención hecha a estos principios rectores es parentética. Los mismos, por referirse a la responsabilidad *directa* que tienen las empresas en materia de Derechos Humanos no resultan aplicables para determinar la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares. Sin embargo, representan un desarrollo reciente que debía, por lo menos de forma somera, ser abordado en esta investigación.

La Insuficiencia de los Planteamientos del Derecho Internacional General para Resolver la Problemática en el Ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En las páginas anteriores se ha procurado hacer un resumen que ilustre un poco la situación actual en la que se encuentra la doctrina y la práctica del derecho internacional en materia de responsabilidad internacional del Estado. Así, se ha hecho un resumen de las decisiones tomadas en la materia por diversos organismos internacionales de resolución de controversias, ya sea por tribunales arbitrales *ad-hoc* o por tribunales permanentes como la Corte Permanente de Justicia Internacional o su sucesora, la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que todo ese desarrollo hecho por la jurisprudencia y la doctrina internacional fue pensado para ser aplicado en el ámbito del derecho internacional público. Esa situación puede traer problemas a la hora de intentar trasladar los criterios que han sido desarrollados por dicha área del derecho a otras, como podría ser el derecho internacional de los Derechos Humanos, que si bien puede ser considerado como un área específica del derecho internacional, tiene una serie de particularidades que hacen que, en ocasiones, resulta difícil extrapolar criterios de otros ámbitos. Esa situación ocurre, en mi opinión, con la responsabilidad internacional del Estado.

Debe tenerse en cuenta que el derecho internacional público, por su naturaleza intrínseca, es el área del derecho encargada de normar las relaciones entre Estados. Por tal razón, las decisiones tomadas por la jurisprudencia internacional han sido dictadas en el marco la resolución de controversias entre dos o más Estados. Esa situación implica una serie de particularidades: primero, porque en tales casos se aplica el principio general del derecho internacional que postula la igualdad de los Estados soberanos.

Esta razón por sí sola ya basta para hacer que dichos desarrollos jurisprudenciales sean de difícil aplicación en el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos, encargado de resolver situaciones en las que un Estado, que detenta el poder público y tiene el monopolio del ejercicio legítimo de

la violencia, ha menoscabado los Derechos Humanos establecidos en normas internacionales en perjuicio de una persona.

En ese sentido, si hay un elemento esencial de las controversias suscitadas en el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos es la manifiesta desigualdad que hay entre las partes en disputa, pues las potenciales víctimas serán siempre individuos o grupos de individuos que se han visto sometidos al poder público ejercido por el Estado.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta que las disputas internacionales entre Estados tienen carácter bilateral, pues ambos Estados pueden considerar que tienen derechos a reclamar (como en efecto ocurrió en el caso *Rainbow Warrior*). Básicamente, en el ámbito del derecho internacional público, ambas partes de la controversia pueden, así sea potencialmente, ser sujetos activos o pasivos del litigio. Esto no es así en el caso del derecho internacional de los Derechos Humanos, en el cual necesariamente el Estado siempre será el sujeto pasivo de la controversia. Asimismo, los sujetos activos, las presuntas víctimas, no pueden de manera alguna pasar a ser sujetos pasivos en la controversia. En efecto, es materialmente imposible que un particular sea demandado por el Estado ante un tribunal internacional de Derechos Humanos.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que tanto la Convención Europea como la Americana establecen la posibilidad de que los Estados sean legitimados activos en las disputas resueltas por los respectivos tribunales internacionales. Sin embargo, esto ocurre sólo en casos excepcionales; al punto de que en la Corte Europea sólo ha sucedido en un número limitado de casos y en la Corte Interamericana nunca ha pasado.

En tercer lugar, muchas de las decisiones tomadas por organismos internacionales de resolución de controversias versan sobre temas económicos. Así, basta ver como varios de los casos de responsabilidad internacional del Estado citados en el desarrollo de este capítulo se han tratado sobre la afectación

antijurídica de los bienes de los nacionales de un Estado por otro (como los casos *de la fábrica en Chorzów, Barcelona Traction o Elsi*).

El hecho de que gran parte de los casos en los que se ha desarrollado la jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad internacional del Estado hayan sido dictados en controversias en las que se disputaban derechos económicos hace que tales criterios sean poco aplicables a casos de Derechos Humanos. Aun tratándose de casos de derecho internacional, los derechos económicos o patrimoniales siguen manteniendo las características propias que tienen en el derecho interno, por lo que los mismos son disponibles por las partes.

Por otro lado, los Derechos Humanos, por su naturaleza intrínseca, tratan bienes jurídicos que no son disponibles. A diferencia de un inversionista que puede decidir lo que mejor le parezca respecto los bienes de su propiedad, una persona no puede disponer de su integridad física, por ejemplo. Por tal razón, nos encontramos que la diferencia en la naturaleza de los bienes jurídicos en disputa en ambos tipos de casos dificulta aún más la posibilidad de extrapolar los criterios. Esto no quiere decir que en el derecho internacional público no se decidan casos que involucren derechos no disponibles. En efecto, en casos recientes —aun en trámite— como *La inmunidad de jurisdicción de los Estados* (Italia Vs. Alemania, 2008) o la *Aplicación de la Convención Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia Vs. Rusia, 2008) la Corte Internacional de Justicia ha abordado temas que podrían ser considerados como pertenecientes al ámbito de los Derechos Humanos. Sin embargo, no es en ese tipo de casos en los que se ha desarrollado la doctrina imperante en materia de responsabilidad internacional del Estado.

Por último, existe una diferencia fundamental entre el alcance de la responsabilidad internacional del Estado resultante de acciones de particulares entre ambos sistemas. Por un lado, en el derecho internacional público, como ya se ha visto, la responsabilidad internacional del Estado puede tener fuente contractual o extracontractual, pero siempre sobre la base de una obligación

internacional. Debido a la naturaleza de las relaciones entre Estados (reflejada tanto en la jurisprudencia internacional como en los artículos de la CDI) los supuestos en los que el Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por acciones de particulares son supuestos muy limitados en los que necesariamente debe, o bien haber una vinculación directa con agentes del Estado, o tratarse de situaciones excepcionales de ausencia de autoridades estatales o grupos insurgentes que logran su cometido y pasan a detentar el poder público.

Además, en el caso del derecho internacional de los Derechos Humanos las mismas normas que configuran el sistema hacen que la responsabilidad del Estado por hechos de particulares sea mucho más amplia. Basta leer el artículo 1.1 de la Convención Americana para observar como la intención del mismo es procurar que el Estado garantice la vigencia efectiva de los derechos establecidos en la Convención, independientemente del carácter del agente del daño. En ese sentido, las normas de responsabilidad internacional del Estado del derecho internacional público resultan insuficientes para abarcar la totalidad de los posibles casos que se susciten en el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Por tanto, dichas normas no sólo resultan insuficientes, sino que aplicarlas como única fuente implicaría restringir excesivamente la eventual responsabilidad del Estado por hechos de particulares, lo cual menoscabaría sustancialmente la protección integral de los Derechos Humanos, hecho que, no sólo sería lamentable por las consecuencias que tendría, también es contrario al texto mismo de las normas internacionales sobre las que se construyó el sistema internacional de protección de Derechos Humanos.

Con base en tales razones, los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos, principalmente el Interamericano y Europeo, han desarrollado una serie de criterios propios para determinar en qué supuestos un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por acciones de particulares. Tales criterios serán el objeto de estudio de los dos capítulos siguientes.

Capítulo III

La Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos de Particulares en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En este capítulo se busca precisar los supuestos específicos en los que un Estado que ha ratificado la Convención Americana puede ser considerado internacionalmente responsable por las conductas de actores no estatales que afecten el contenido de los derechos establecidos en la Convención.

Tal posibilidad ha sido tratada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y es sobre la base de la misma que se intentará elaborar una clasificación general de los supuestos en los que la misma es procedente.

Sin embargo, antes de entrar en ese tema, resulta necesario analizar los fundamentos teóricos que permiten que un Estado sea responsable internacionalmente por acciones de particulares. De tal forma, se debe estudiar, primero, lo atinente a la direccionalidad de las normas contenidas en la Convención Americana, y segundo, las obligaciones generales establecidas en el texto de la misma.

Por tales motivos, se seguirá el siguiente esquema: (i) análisis de las obligaciones generales establecidas en la Convención Americana; (ii) consideraciones sobre la direccionalidad de las normas contenidas en dicha norma; (iii) los supuestos en los que el Estado responde internacionalmente por hechos de terceros, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Este último punto se encuentra, a su vez, dividido en dos, dependiendo de si la acción o inacción del Estado que generan la mencionada responsabilidad internacional ocurrieron *antes* o *después* de la conducta de particulares lesiva de los bienes jurídicos protegidos en la Convención Americana.

Obligaciones generales establecidas en la CADH

La Convención Americana establece una serie de obligaciones generales que los Estados deben cumplir; de lo contrario, los mismos pueden incurrir en responsabilidad internacional.

Dichas obligaciones se encuentran establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales disponen:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

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.

De esos artículos se desprende que la Convención Americana establece tres obligaciones principales: (i) la de *respetar* los derechos establecidos en la CADH; (ii) la de *garantizar* la vigencia efectiva de los mismos, y (iii) la de *adaptar* su ordenamiento jurídico, de manera de hacerlo compatible con las disposiciones de la Convención Americana. En aras de la sencillez, hablaremos de obligaciones de *respeto*, *garantía* y *adaptación normativa*.

La obligación de respeto.

Implica que el Estado debe abstenerse de realizar conducta que menoscaben los Derechos Humanos establecidos en la Convención Americana. En ese sentido, como afirma Nikken (2006), la Convención Americana establece limitaciones materiales a la actuación del Estado.

La obligación de respeto es de carácter negativo, implica que el Estado debe *abstenerse* de realizar ciertas conductas. Esto ha sido reconocido por la Corte Interamericana desde sus inicios; en una de sus primeras opiniones consultivas estableció que la obligación de respeto: “parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar” (Opinión Consultiva N° 6, 1986, párr. 21).

Esto ha sido reiterado, casi de forma idéntica, en casos contenciosos como *Penal Castro Castro Vs Perú*, 2006; *Montero Aranguren y otros "Retén de Catia" Vs. Venezuela*, 2006, y *Baldeón García Vs. Perú*, 2006.

No obstante, para el tema bajo estudio la obligación de respeto es irrelevante. Esto se debe a que la obligación de respeto es completamente unidireccional, es decir, que afecta únicamente al Estado y sólo puede ser violada por el mismo. No es posible que la obligación de respeto sea violada por un particular.

La obligación de garantía.

Implica que los Estados tienen el deber de asegurar que los Derechos Humanos establecidos en la Convención Americana tengan vigencia efectiva en su territorio. Esto quiere decir que la Convención Americana obliga a los Estados a velar por el "libre y pleno ejercicio" de los derechos establecidos en la CADH, incluso en las relaciones entre particulares.

De acuerdo a Faúndez Ledesma (1999), la obligación de garantía se materializa a través de obligaciones positivas; acciones concretas que el Estado debe tomar para garantizar la *vigencia efectiva* de los bienes jurídicos establecidos en la CADH.

Esta obligación implica, a su vez, una serie de acciones específicas que debe realizar el Estado. Sobre ese particular Casal (2009) asevera que:

Conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación de garantía se compone de cuatro obligaciones particulares: la de prevenir las violaciones a los derechos humanos, la de investigar tales violaciones, la de sancionar a sus responsables, y la de reparar los daños materiales y morales causados. (p. 30).

De las cuatro subobligaciones que menciona Casal, sólo las tres primeras son relevantes para esta investigación; la obligación de reparar los daños materiales y morales atañe únicamente al Estado, por lo que es imposible que la misma sea incumplida por un particular.

A diferencia de la obligación de respeto, la obligación de garantía es clave para determinar la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares, pues con base en la misma, la Corte Interamericana ha considerado que el Estado es internacionalmente responsable aun cuando quien haya realizado la conducta violatoria del contenido de la Convención Americana no haya tenido ningún tipo de vinculación con el Estado.

El contenido de la obligación de garantía fue precisado por la Corte Interamericana en su primer caso contencioso (*Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 1988), donde dispuso que:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. 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 derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (párr. 166).

Luego de esa consideración general, la Corte Interamericana pasa a considerar específicamente el punto de la posible responsabilidad internacional del Estado por acciones cometidas por particulares, afirmando que:

En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente al Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. (párr. 172)

Por último, la CrIDH pasa a pronunciarse sobre los criterios para determinar si una violación específica de Derechos Humanos puede ser imputada al Estado:

Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte

de un Estado de sus deberes de respetar y garantizar dichos derechos (párr. 173).

Como se puede observar de las anteriores citas, en dicha decisión la Corte Interamericana establece de manera inequívoca que el Estado puede ser internacionalmente responsable por acciones de particulares.

Esa afirmación ha generado controversia. Con base en ella se ha cuestionado la direccionalidad de las normas contenidas en la Convención Americana. En ese sentido, autores como Mijangos y González (2007) afirman que la obligación de garantía implica que las normas de la Convención Americana son *multidireccionales*. Tal multidireccionalidad implicaría que opera una especie de *drittwirkung* a través de la cual la Convención Americana tendría eficacia *erga omnes* —es decir, sería aplicable directamente a relaciones entre particulares.

El mencionado autor indica que el hecho de que el Estado sea quien sea considerado internacionalmente responsable en los casos de acciones de particulares que afecten el contenido de normas de Derechos Humanos se debe sólo a razones procesales: las limitaciones de competencia *ratione personae* de la Corte Interamericana, que sólo permiten que el Estado sea sujeto pasivo en cualquier controversia.

Esta conclusión es simplista: pretende, a partir de un tecnicismo procesal, evitar entrar a analizar la problemática sustantiva de su afirmación. Como ya se dijo, considerar que las normas de la CADH son multidireccionales implica que éstas pueden ser directamente violentadas por particulares. Lo lógico sería —dejando de lado las actuales limitaciones competenciales de la CrIDH— que dicho tribunal juzgue a los particulares que han realizado conductas que menoscaben los derechos establecidos en la Convención.

Eso traería como consecuencia que la Corte Interamericana se convierta en un tribunal encargado de juzgar cualquier conducta que haya lesionado los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana, sea ésta realizada por agentes del Estado o por particulares. La Corte Interamericana, sin embargo, ha sido

tajante en afirmar que la finalidad del derecho internacional de los Derechos Humanos no es determinar la responsabilidad penal de aquellas personas que realizan acciones que contraríen los mismos, como se desprende de los casos *Suárez Rosero Vs. Ecuador*, 1997; *Boyce y otros Vs. Barbados*, 2007, e *Yvone Neptune Vs. Haiti*, 2008).

El problema es conceptual y está relacionado con el elemento teleológico de las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos. Reducir la discusión a un tema procesal no parece acertado. Y esto es sin siquiera entrar en la discusión —que desborda esta investigación— relativa a la limitación de la personalidad jurídica internacional de los individuos.

Por otro lado, Nikken (1994), exhibiendo un mayor dominio conceptual del asunto, mantiene que las normas contenidas en la Convención Americana son *unidireccionales*; lo cual implica que tienen un solo destinatario: el Estado. Dicho autor no considera que la obligación de garantía implica una multidireccionalidad de las normas de la CADH; sólo que el Estado está obligado a procurar cierto nivel de *vigencia social* de los bienes jurídicos establecidos en la misma.

Se considera que la tesis de Nikken es la correcta. El Estado puede responder internacionalmente por acciones de particulares incluso si se considera que las normas de la Convención Americana son unidireccionales. Como ya se indicó, la Corte Interamericana estableció desde el inicio de su jurisprudencia que las *omisiones* del Estado para garantizar los derechos establecidos en la CADH pueden acarrear su responsabilidad internacional. Esto sería un supuesto de responsabilidad internacional *indirecta*, en cuanto que el agente del daño es un particular y no un funcionario del Estado.

El criterio de la Corte Interamericana sobre el alcance de la obligación de garantía ha ido evolucionando. En posteriores decisiones, como las *Medidas provisionales del caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (2002) la CrIDH consideró que los Estados tienen una obligación *erga omnes* de

protección, la cual implica que deben proteger activamente los bienes jurídicos establecidos en la Convención Americana en las relaciones entre particulares.

Este criterio luego fue reflejado en la Opinión Consultiva *Condición jurídica y Derechos Humanos de los migrantes indocumentados* (2003) en la cual afirmó que:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, *que existe en cabeza de los Estados*, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. (párr. 140, cursivas agregadas).

En la referida opinión consultiva la Corte Interamericana resolvió que la cuestión de la direccionalidad es categórica al afirmar que la obligación de garantía es *del Estado*. Lo que sí afirma la Corte es que la Convención Americana impone a los Estados el deber de garantizar cierto nivel de *vigencia social* de los bienes jurídicos establecidos en la CADH. Esto, sin embargo, es muy diferente a afirmar que las normas contenidas en dicho tratado son multidireccionales y pueden ser violadas directamente por particulares.

La obligación de adaptación normativa.

Se refiere al deber de los Estados de reformar su ordenamiento jurídico de manera que sea compatible con las disposiciones de la Convención Americana.

Esta obligación se materializa de tres formas: *primero*, el Estado debe dictar las normas necesarias para garantizar que los bienes jurídicos establecidos en la Convención Americana se encuentren protegidos en su ordenamiento jurídico

interno; *segundo*, debe derogar cualquier tipo de norma que colida o sea incompatible con las disposiciones de la CADH, y *tercero* se debe abstener de dictar cualquier norma que menoscabe o permita el menoscabo de los bienes jurídicos protegidos por el tratado.

De tal forma, se observa que esta obligación, a diferencia de las anteriores, es mixta: implica tanto acciones positivas (dictar o derogar normas) como también acciones negativas (abstenerse de dictar normas). Así lo estableció la Corte en el caso *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*: “El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención” (párr. 207).

Asimismo, sobre la obligación del Estado de abstenerse de dictar normas que contraríen el texto de la Convención Americana, la CrIDH estableció en la Opinión Consultiva sobre la *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 1994) que:

[L]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherirse a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado (párr. 50).

Acercas del origen de esta obligación, Nikken (2006) afirma que existe debido al carácter autoejecutorio o *self-executing* que tiene la Convención Americana. Este punto no estaba del todo claro en los inicios de la CADH, pues ciertos Estados (principalmente los Estados Unidos) consideraban que las disposiciones contenidas en la Convención Americana, aunadas a la obligación de adoptar normas de derecho interno establecida en el artículo 2 de la misma, eran de naturaleza programática y, por tanto, sujetas a implementarse en el momento

en que cada Estado lo considerase adecuado (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969).

La Corte Interamericana procuró dar una respuesta rápida a esa confusión. A través de la Opinión Consultiva sobre la Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1986) determinó que el hecho de que el ordenamiento jurídico de un Estado impedía que una persona ejerciese un derecho establecido en la CADH configuraba en sí una violación a la misma.

Esa postura ha sido refinada por la CrIDH mediante las sentencias dictadas en ejercicio de su función contenciosa. En efecto, a través de la sentencia recaída en el caso *Cantos Vs. Argentina* (2002) la Corte Interamericana aseveró que: “esta norma [el artículo 2 de la Convención Americana] impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta.” (párr. 59).

La Corte Interamericana ha mantenido posiciones similares en los casos (*Olmedo Bustos y otros (La Última Tentación de Cristo) Vs. Chile*, 2001; *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) Vs. Panamá*, 2001, e *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, 2002).

En ese mismo orden y dirección, la Corte Interamericana, en el caso *Castañeda Gutman Vs. México* (2008) dispuso que el artículo 2: “incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas” (párr. 79). Tal conclusión ha sido reiterada en los casos *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, 2008, y *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, 2007.

Como puede observarse, el hecho de que los Estados tienen la obligación de adoptar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la CADH está fuera de discusión. De tal forma, con base en el artículo dos se ha afirmado que

los Estados asumen *obligaciones legislativas*, mediante las cuales estos deben ajustar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, en un plazo que sea acorde con el principio de buena fe que debe regir la interpretación de dicho tratado (Cançado Trindade, 1999).

No obstante, se considera que el término *obligación legislativa* es incorrecto, pues pareciera limitar la obligación de los Estados de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana únicamente a las normas de rango legal, cuando en efecto, la misma abarca la *totalidad* del ordenamiento jurídico del Estado, como ha sido determinado por la Corte Interamericana en el caso *Olmedo Bustos y otros "La Última Tentación de Cristo" Vs. Chile*, 2001. Por eso se prefiere el término *obligación de adaptación normativa*.

Por último, debe señalarse que es posible determinar que un Estado es internacionalmente responsable por acciones de particulares con base en el incumplimiento de su obligación de adaptación normativa, por ejemplo, si no ha incluido disposiciones en su ordenamiento jurídico interno que protejan los bienes jurídicos establecidos en la Convención Americana. Este punto será analizado en secciones siguientes de este capítulo y, con mayor detenimiento en el Capítulo V.

Breves consideraciones sobre la direccionalidad de la Convención Americana

Las obligaciones generales establecidas en la Convención Americana han llevado a autores como Courtis (2005) o Mijangos y González (2007) a afirmar que esas normas son multidireccionales.

Tal afirmación se considera incorrecta. La misma implica confundir la posibilidad de que, en materia de Derechos Humanos el Estado pueda ser considerado internacionalmente responsable por acciones de particulares con la multidireccionalidad de las normas de la Convención Americana.

Las normas de la Convención Americana —por ser: (i) normas de Derechos Humanos, y (ii) establecidas en un tratado internacional— son unidireccionales. Su único destinatario es el Estado.

Sin embargo, esto no impide que tales normas, que buscan garantizar los derechos de mayor trascendencia, impongan al Estado la obligación de garantizar la vigencia efectiva de los bienes jurídicos ahí establecidos en relaciones entre particulares. Esto, incluso, se puede atribuir al principio del *effet utile* propio del derecho internacional.

A continuación se harán dos objeciones a la tesis de la multidireccionalidad de las normas internacionales de Derechos Humanos, una de carácter procesal, otra sustantiva.

Desde el punto de vista *procesal*, se debe afirmar que los tribunales internacionales de Derechos Humanos están diseñados para conocer demandas contra el Estado. Esto se debe a que su competencia *ratione personae* limita los sujetos procesales: por un lado, los particulares sólo pueden ser sujetos activos en este tipo de disputas; y los Estados sólo pueden ser sujetos pasivos.

Esta limitación no se debe a un tecnicismo, se debe a la naturaleza misma de tales organismos jurisdiccionales internacionales. Alterar esto implicaría convertir a los mismos en tribunales penales internacionales o, inclusive, en meras cuartas instancias llamadas a conocer reiterativamente casos que en verdad pertenecen al derecho común; lo cual terminaría en una *desnaturalización* de su función, o sea, resolver casos en que los Estados son o puedan ser considerados internacionalmente responsables por la violación al contenido de una norma internacional de Derechos Humanos.

Por otro lado, desde el enfoque *sustantivo*, modificar la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos implicaría un cambio de paradigma sobre las mismas. Esto, que a primera vista puede parecer positivo, puede, como ya se estableció con mayor profundidad en el Capítulo I, terminar por producir una banalización del término. Los Derechos Humanos fueron creados con la finalidad

de limitar la actuación del Estado, que detenta el monopolio legítimo de la violencia. Esto es algo que vale la pena recordar; en especial cuando ya se demostró que mantener tal posición no implica reconocer que los particulares puedan irrespetar a su antojo los bienes jurídicos protegidos por las normas internacionales de Derechos Humanos.

Sistematización de los supuestos en los que el Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por acciones de particulares

Consideraciones generales.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones de índole teórica, se procederá a analizar los distintos criterios que ha utilizado la Corte Interamericana para atribuir responsabilidad internacional al Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares. En líneas generales, se está intentando organizar y precisar un punto que la propia CrIDH no ha abordado de manera sistemática.

Debe recordarse que, como ya se dijo en el Capítulo II, la responsabilidad internacional del Estado derivada del deber de garantía es de medio, no de resultado. Por tal razón, el Estado no es internacionalmente responsable por cualquier conducta de un particular que menoscabe los bienes jurídicos establecidos en la Convención Americana; sólo lo es cuándo incumpla las obligaciones positivas derivadas de la obligación de garantía, o la obligación de adaptación normativa.

Esto ha sido aceptado por la Corte Interamericana. En efecto, en el caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México* (2008) dispuso que:

[E]s claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los

particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionadas al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. (párr. 280).

Además, debe tomarse en cuenta, también como principio general, que la Corte Interamericana ha establecido que la atribución de responsabilidad internacional al Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares (y también por acciones de agentes estatales) debe ser tratado de manera casuística (*Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, 2008).

Habiendo realizado tales aclaratorias, es necesario proceder a clasificar los supuestos de atribución de responsabilidad internacional por actos de particulares que ha desarrollado la Corte Interamericana. Se considera que la mejor forma de clasificar los mismos se basa en el *momento* en que el Estado incumplió alguna de sus obligaciones; es decir, si dicho incumplimiento ocurrió *antes* o *después* de la acción lesiva de Derechos Humanos, con lo cual se discrepa del criterio establecido por Medina Ardila (2009) relacionado con la naturaleza de la acción u omisión estatal.

Supuestos de atribución de responsabilidad internacional basados en un incumplimiento *previo* a la conducta del particular.

Hay tres criterios atributivos de responsabilidad internacional del Estado por hechos de terceros desarrollados por la Corte Interamericana, los cuales establecen que el hecho u omisión generadora de tal responsabilidad internacional ocurre *antes* de la conducta propiamente lesiva de los Derechos Humanos. Tales criterios son: (i) complicidad o aquiescencia de agentes estatales con particulares que realizan acciones que menoscaben Derechos Humanos; (ii) falta de protección ante el conocimiento directo de una situación real de riesgo causada por particulares, y (iii) deficiente supervisión de actividades preponderantemente estatales delegadas a particulares.

Entre estos criterios, sólo el primero de ellos puede implicar una acción por parte del Estado (pero también se configura a partir de omisiones). Los otros dos criterios implican una omisión del Estado, ya sea respecto a dictar o derogar normas, o bien a la falta de tomar las medidas de protección necesarias para evitar que se lesionara un bien jurídico protegido por normas internacionales de Derechos Humanos.

Complicidad o aquiescencia de agentes estatales con particulares que realizan acciones que menoscaban Derechos Humanos.

Este es el primer criterio atributivo de responsabilidad del Estado por acciones de particulares que desarrolló la Corte Interamericana (Caso *Blake Vs. Guatemala*, 1998). En dicho caso, la CrIDH consideró que las acciones cometidas por grupos de particulares denominados “patrullas civiles” eran atribuibles al Estado guatemalteco, debido a que éstas “tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión” (párr. 76).

La Corte Interamericana aplicó el mismo criterio en varios casos que involucran a Colombia, consideró que ciertos grupos paramilitares actúan, efectivamente, con aquiescencia y cooperación del Estado colombiano. (Caso *19 Comerciantes Vs. Colombia*, 2004; Caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, 2005, Caso *Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, 2007). Por ejemplo, en el caso de *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, la CrIDH estableció lo siguiente:

En el presente caso el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones (tales como patrullaje militar de zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar), que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción

como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones, más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones. (párr. 102).

Es importante tomar en cuenta que las decisiones jurisprudenciales que han desarrollado este criterio atributivo de responsabilidad fueron dictadas en contextos particulares de conflicto (en el caso de Guatemala, la llamada *guerra sucia*; en Colombia, en el marco de un conflicto armado de larga data). Contextos que favorecen que el Estado utilice vicariamente grupos irregulares para realizar acciones que flagrantemente contrarían las disposiciones de las normas internacionales de Derechos Humanos.

A pesar de que este criterio atributivo de responsabilidad fue desarrollado en el marco de situaciones fácticas peculiares, se consideró que el elemento central del mismo puede ser extrapolado y aplicado a situaciones en las que no haya un conflicto armado. En ese sentido, sobre la base de la jurisprudencia existente, podría afirmarse que el elemento determinante para imputar la acción de particulares al Estado es la existencia de una *relación* entre ambos.

Por "relación" debe entenderse cualquier tipo de vínculo que permita constatar la existencia de un nexo significativo entre los dos. Este nexo puede materializarse de diferentes formas, entre ellas: el intercambio de órdenes o cualquier otro tipo de manifestación que indique una relación de subordinación, la entrega de materiales u otro tipo de insumos, o el desarrollo de actividades de forma conjunta, entre otras.

Asimismo, un criterio que pudiese resultar útil para determinar que efectivamente un Estado apoya o tolera ciertas acciones de particulares sería evaluar si las acciones cometidas por los particulares pudiesen, bajo circunstancias normales, ser llevadas a cabo sin el apoyo —así sea aquiescente— del Estado.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la Corte Interamericana ha sido cautelosa en la aplicación de este criterio atributivo de responsabilidad; particularmente en casos donde el vínculo entre los particulares y los agentes estatales no es tan burdo como en los casos de Guatemala y Colombia. En ese sentido, la CrIDH, en dos casos contra Venezuela, *Perozo y otros Vs. Venezuela*, 2009, y *Rios y otros Vs. Venezuela*, 2009, consideró que las agresiones que sufrieron ciertos comunicadores sociales a manos de particulares no eran atribuibles al Estado. Así, la Corte Interamericana en el caso *Perozo y otros Vs. Venezuela* (2009) estableció que:

No ha sido demostrado que los particulares involucrados en actos de agresión contra las presuntas víctimas hubiesen reivindicado o proclamado, de algún modo, contar con apoyo oficial o instrucciones de algún órgano o funcionario estatal para cometerlos, aún en los casos en que utilizaban determinados signos externos (vestimenta o indumentaria alusiva al gobierno). (párr. 159).

En conclusión, este criterio atributivo de responsabilidad internacional, para ser aplicado en un contexto regular, requiere que se demuestre de manera categórica que existe un vínculo entre los particulares que han realizado las conductas violatorias de Derechos Humanos y agentes estatales; o bien que la acción que estos han realizado haya sido de muy difícil realización sin la aquiescencia del Estado en cuestión.

Falta de protección ante el conocimiento directo de una situación real de riesgo causada por particulares.

El segundo criterio atributivo de responsabilidad internacional es aplicable en aquellos casos en que el Estado incumple (por omisión) su deber de protección ante una situación real de riesgo causado por particulares de la cual el Estado ha tenido o ha debido tener conocimiento. A diferencia del criterio atributivo de responsabilidad anterior, en este caso no es necesario que el Estado, ya sea por sus acciones u omisiones, coopere o tolere las acciones de los particulares. El

elemento determinante es simplemente la *inacción* del mismo ante una situación en la cual actores no estatales puedan realizar acciones lesivas a los Derechos Humanos.

Es preciso mencionar que lo relativo al momento en que el Estado *conoce* una situación de riesgo ha sido desarrollado con detenimiento por la Corte Europea de Derechos Humanos y será abordado en el Capítulo IV.

Un elemento determinante para la aplicación de este criterio atributivo de responsabilidad internacional es la precisión del momento en que surge la obligación positiva de protección ante una situación de riesgo creada por particulares, pues el Estado no puede ser considerado internacionalmente responsable por *cualquier* acción de un particular que menoscabe un bien jurídico protegido por la Convención Americana. En ese sentido, en su informe sobre Derechos Humanos y seguridad ciudadana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2009) estableció que:

[L]os Estados no son responsables por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediata para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de otro particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. (párr. 42)

Como se puede observar a partir de la anterior cita, el centro de este criterio atributivo de responsabilidad es el *conocimiento* que tenga el Estado de la situación. Para la determinación del surgimiento de la obligación positiva de protección, la Corte Interamericana (*Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia*, 2008) utilizó el siguiente criterio: “[que] el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de éstos y toda vez que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo” (párr. 90). Este criterio sigue con fidelidad lo establecido por la Corte Europea en el caso *Osman*, que será tratado en el Capítulo siguiente.

A su vez, la CrIDH ha expandido ese criterio para incluir el elemento de *previsibilidad razonable* del riesgo como momento de surgimiento de las obligaciones positivas de protección (*Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, 2006). Por otro lado, la Corte Interamericana, en el caso *González y otras “Campo Algodonero” Vs. México* (2008) estableció que tales obligaciones positivas de protección se someten a un estándar más elevado cuando existen contextos generalizados de violencia o cuando el Estado se encuentra en una posición de garante, como cuando se trata de centros penitenciarios (*Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, 2004). Este criterio también sigue un precedente establecido por la Corte Europea.

Así entonces, se observa que el requisito para la aplicación de este criterio atributivo de responsabilidad internacional radica en que el Estado haya conocido la situación de riesgo; o que éste la haya debido conocer, ya sea porque la misma era *previsiblemente razonable* o porque existía un contexto generalizado de riesgo. Con base en tales criterios es posible establecer el momento exacto en que surge una obligación positiva de protección derivada de la obligación de garantía, cuyo incumplimiento ocasiona que el Estado incurra en responsabilidad internacional por acciones de particulares.

Deficiente supervisión de actividades preponderantemente estatales delegadas a particulares.

El tercer y último criterio atributivo de responsabilidad internacional *ex ante* es el relativo a la deficiente supervisión de actividades estatales que han sido delegadas a particulares; principalmente la prestación de servicios públicos. En ese sentido, la Corte Interamericana (*Caso Ximene sLopes Vs. Brasil*, 2006) expresó que:

La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud (párr. 90).

Se desprende del texto citado que la Corte Interamericana opina que la delegación de la prestación de un servicio público (en este caso, servicios de salud mental) implica que el Estado tiene la obligación de supervisar la correcta prestación de tal servicio; siendo posible que responda internacionalmente si dicha supervisión es ejercida de manera incorrecta —o si la misma es omitida— y, a raíz de tal omisión, un particular lesiona el bien jurídico protegido por la Convención Americana.

En la misma sentencia la Corte Interamericana continúa desarrollando el criterio atributivo de responsabilidad internacional al afirmar que:

La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada

tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer estos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible (párr. 96).

Este supuesto debe, para evitar complicaciones, ser aplicado de manera restrictiva, en especial en lo relacionado a la noción de *servicio público* que se decida aplicar. En ese sentido, sería acertado —sin entrar en una digresión sobre la evolución del concepto de servicio público, cosa que excede el objeto de este trabajo— limitar el mismo a aquellos servicios que están reservados al Estado o que afectan a personas que se consideran en situación de vulnerabilidad (como enfermos mentales).

Una aplicación extensiva de la noción de servicio público podría extender en exceso el ámbito de aplicación del mismo, especialmente cuando se toma en cuenta la cantidad de actividades otrora reservadas al Estado que actualmente se encuentran en un régimen de concurrencia con la iniciativa privada.

Crterios atributivos de responsabilidad basados en acciones u omisiones *posteriores* a la conducta lesiva de Derechos Humanos.

Como se pudo apreciar del punto anterior, todos los criterios atributivos de responsabilidad previamente mencionados implican que la acción u omisión del Estado con base en la cual éste es internacionalmente responsable por acciones de particulares, ocurren *antes* de la conducta de particulares lesiva de Derechos Humanos. Sin embargo, el Estado también puede ser considerado internacionalmente responsable en materia de Derechos Humanos por conductas de particulares a partir de ciertas omisiones *posteriores* a la conducta lesiva de Derechos Humanos.

Esto se debe a que, como ya se ha dicho, la obligación general de garantía que el artículo 1.1 de la Convención Americana impone a los Estados el deber, no sólo de prevenir las posibles violaciones a Derechos Humanos; sino también de investigarlas y sancionarlas. Por tal razón, el incumplimiento de esos dos deberes acarrea la responsabilidad internacional del Estado, aun cuando éste no haya realizado ninguna conducta que haya menoscabado Derechos Humanos. Dentro de esta categoría, existen dos criterios atributivos de responsabilidad internacional, los cuales surgen por la: (i) falta al deber de investigar con la debida diligencia las violaciones a Derechos Humanos, y (ii) falta de sancionar las violaciones a Derechos Humanos.

Falta al deber de investigar con la debida diligencia las violaciones a Derechos Humanos.

Desde la primera sentencia que dictó en materia contenciosa (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988), la Corte Interamericana ha sostenido que las obligaciones generales establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana imponen a los Estados la obligación de investigar con la debida diligencia las violaciones a los Derechos Humanos.

En ese sentido, la CrIDH determinó en el caso *Kawas Fernández Vs. Honduras* (2009) que ese deber de investigación es independiente al agente de la conducta lesiva de Derechos Humanos. La Corte Interamericana estableció que dicha obligación de investigar se extiende: “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado” (párr. 78). La Corte se ha pronunciado de forma similar en numerosas oportunidades (*Casos HuilcaTecse Vs. Perú*, 2005; *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*, 2004; *Hermanos Gómez Paquiyaui Vs. Perú*, 2004).

El deber de investigar las violaciones a Derechos Humanos es fundamental, no sólo para el debido cumplimiento de la obligación general de garantía, sino

también para evitar que hechos similares no se repitan. El Centro para la Justicia y el Derecho Internacional ha hecho referencia a dicho punto (CEJIL, 2010) al mantener que:

La investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos constituye un elemento fundamental para el esclarecimiento de lo sucedido a las víctimas –avanzando en el establecimiento de la verdad—, el castigo efectivo a los responsables de la misma, la restitución o en su caso la reparación de los derechos de las víctimas, y la identificación de aquellas medidas necesarias para prevenir que hechos como los sucedidos vuelvan a ocurrir. (p. 17).

Una vez precisada la importancia del deber de investigar las violaciones a Derechos Humanos, es preciso pasar a determinar con exactitud el desarrollo que ha hecho la jurisprudencia de la CrIDH de este criterio atributivo de responsabilidad internacional. Así, se puede observar que la Corte Interamericana ha determinado que, para satisfacer el deber convencional de garantía, las investigaciones realizadas por los Estados deben ser: (i) de oficio; (ii) oportunas; (iii) realizadas por las autoridades competentes; (iv) realizadas de forma independiente e imparcial, y (v) exhaustivas.

Primero, sobre la Oficiosidad la Corte Interamericana ha establecido en casos como *la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, 2005; *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, 2003, y *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, 2008, que el Estado, una vez que tiene conocimiento de que ha ocurrido una violación a Derechos Humanos, debe realizar, *motu proprio*, una investigación seria y efectiva de tal violación.

Segundo, la Corte Interamericana en *Anzualdo Castro Vs. Perú* (2009) estableció que para que la investigación fuese oportuna, la misma debía iniciar inmediatamente se tuviera conocimiento de la violación a Derechos Humanos, pues esto es fundamental para la obtención de las pruebas necesarias.

Tercero, en relación a la competencia de las autoridades que realizan la investigación, la CrIDH consideró en *Ximenes Lopes Vs. Brasil* (2006) que ésta debía ser realizados por profesionales debidamente capacitados para realizar la misma, siguiendo procedimientos adecuados.

Cuarto, sobre la independencia e imparcialidad de la investigación, que debe prevalecer durante la totalidad del proceso, especialmente en todo lo relacionado a la recolección de pruebas, así lo ha dispuesto la Corte Interamericana en casos como *Gómez Palomino Vs. Perú*, 2005 o *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, 2005.

Quinto, en lo atinente al quinto requisito (exhaustividad de la investigación) la Corte Interamericana en *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (2008) dispuso que “la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad [...] especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales” (párr. 144).

Con base en los distintos criterios que ha utilizado la Corte Interamericana para determinar el cumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia las violaciones a Derechos Humanos, se puede determinar que la omisión de realizar una investigación con las características anteriormente mencionadas implica la atribución de responsabilidad internacional al Estado (por omisión), dado que se entiende que su inacción para esclarecer los hechos es una especie de complicidad implícita. Es necesario comentar que la Corte Interamericana en el caso *Castillo González y otros Vs. Venezuela* (2012) lamentablemente pareciera haber bajado el estándar aplicable para la investigación de las conductas violatorias de bienes jurídicos protegidos por normas de Derechos Humanos.

Falta al deber de sancionar las violaciones a Derechos Humanos.

Al igual que ocurre con la obligación de investigar, el deber de sancionar se origina en el hecho de que la falta de castigo a violaciones de Derechos Humanos ha sido considerado por Faúndez Ledesma (1999) un estímulo para la comisión de ese tipo de conductas.

En ese sentido, la Corte Interamericana en *Albán Corejo Vs. Ecuador* (2007) ha considerado que, cuando se determina el responsable de una violación a Derechos Humanos, el mismo debe ser sancionado de conformidad con la normativa penal aplicable. Asimismo, dicho tribunal internacional ha determinado que, en caso de graves violaciones a Derechos Humanos, no es posible la aplicación de figuras como la prescripción, como se dispuso en *Barrios Altos Vs. Perú*, 2001 o *Almonacid Arellano Vs. Chile*, 2006.

Por otro lado, el deber de sancionar a los responsables de acciones violatorias de Derechos Humanos no está limitado de acuerdo a la vinculación de estos con el Estado; por tanto, la obligación de sancionar existe si los culpables son agentes del Estado y también si son particulares sin ningún tipo de vinculación con el mismo (Feria Tinta, 2007).

De tal forma, se observa que el elemento constitutivo de este criterio atributivo de responsabilidad internacional es que el Estado, cuando se encuentre ante una persona que haya sido determinada como agente de una violación de Derechos Humanos, omite sancionarla, siendo esa inacción la que conlleva la responsabilidad internacional del Estado, como ha señalado Ibarra Palafox (2007). Este punto en particular será abordado con mayor extensión en el Capítulo V.

Conclusión sobre los supuestos de atribución de responsabilidad internacional al Estado por acciones de particulares desarrollados por la Corte Interamericana

Como ya se dijo, la Corte Interamericana ha establecido expresamente que la atribución de responsabilidad internacional al Estado en materia de Derechos Humanos por hechos de particulares debe ser analizada tomando en cuenta el caso concreto; evitando así la formulación jurisprudencial de una teoría general al respecto. Sin embargo, no es necesario que exista tal teoría general para determinar, mediante un análisis jurisprudencial extenso, cuáles han sido los puntos clave sobre los que dicho organismo jurisdiccional ha decidido que el Estado es internacionalmente responsable por hechos de particulares.

Con base en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana fue posible determinar los supuestos en los que, con base en el incumplimiento de las obligaciones positivas que conlleva el deber de garantía; o el incumplimiento de la obligación de adaptación normativa, el Estado puede ser considerado responsable por acciones de particulares. La clasificación propuesta busca sistematizar tales supuestos, a partir de la determinación del momento en que se concreta el incumplimiento del Estado de una de las referidas obligaciones, lo cual origina su responsabilidad internacional.

Por último, resulta necesario recalcar que esta sistematización es el resultado de un proceso inductivo en el cual, a través de decisiones particulares, se busca elaborar una propuesta general. Dicha propuesta se verá mejorada a medida que la Corte Interamericana abordé el tema en más decisiones.

Capítulo IV

La Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos de Particulares en la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

Consideraciones Generales sobre las Obligaciones que la Convención Europea de Derechos Humanos Impone a los Estados

El artículo 1 de la Convención Europea establece a los Estados la obligación de *reconocer* los Derechos Humanos ahí establecidos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En efecto, el artículo 1 de dicho instrumento internacional dispone que: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

Esa obligación general establecida por la norma europea presenta, *mutatis mutandi*, dificultades interpretativas similares a las resultantes del artículo 1.1 de la Convención Americana, las cuales ya fueron abordadas en el capítulo anterior. La extensión del ámbito de aplicación de los derechos establecidos en ese tratado no está definida; como tampoco lo está el asunto de la direccionalidad de los mismos.

La determinación de la extensión del ámbito de aplicación de los derechos contenidos en la CEDH resulta fundamental para esta investigación, pues de la misma depende, íntegramente, la posibilidad de que un Estado parte a dicha Convención pueda ser considerado internacionalmente responsable en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares.

En efecto, si se interpretase el término *reconocer* utilizado por dicho artículo como un sinónimo de *respetar* —implicando que cada Estado parte únicamente tiene el deber de abstenerse de menoscabar los derechos establecidos en la Convención Europea— entonces este capítulo no tendría ningún tipo de sentido, pues tal interpretación reduciría prácticamente a cero los supuestos de responsabilidad internacional del Estado por acciones de particulares.

Sin embargo, la poca claridad del artículo 1 ha hecho que el tema sea un punto abierto, que ha sido abordado por la Corte Europea en varias decisiones. Las mismas permiten precisar inductivamente una serie de criterios utilizados para determinar en qué circunstancias un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por hechos de particulares.

El artículo 34 de la Convención Europeo establece la jurisdicción *ratione personae* de la Corte Europea, siendo los únicos sujetos pasivos posibles los Estados. Esta situación es análoga a la de la Corte Interamericana. Por tal razón un particular podría reclamar el menoscabo de uno de sus Derechos Humanos por las acciones de otro particular, únicamente si tales acciones, *de una forma u otra*, pueden ser imputadas a uno de los Estados parte, como bien han señalado van Dijk, van Hoof, van Rijn y Zwaak (2006).

Un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por la conducta de un particular cuando éste ha incumplido las obligaciones positivas implícitas en la Convención Europea. Esas obligaciones positivas implican un actuar concreto del Estado, como ha sido señalado por la Corte Europea en los casos *Marckx Vs. Bélgica* (1979) y *Young, James y Webster Vs. Reino Unido* (1981).

Shue (1984) trata esa distinción, afirmando que no es posible dividir los Derechos Humanos establecidos en la Convención Europea entre *derechos negativos*, que requerirían un abstención por parte del Estado; y *derechos positivos*, que necesitan, para su satisfacción, que el Estado actúe de una manera concreta para materializar los mismos. El referido autor indica que la división que debe hacerse se refiera a los *deberes* que tiene el Estado para efectivamente resguardar los derechos establecidos en la CEDH, de tal forma que cada derecho implica deberes de: (i) evitar su menoscabo (respeto); (ii) proteger de tal menoscabo, y (iii) asistir a aquel cuyos derechos han sido menoscabados.

La Corte Europea prefirió utilizar una aproximación dual, distinguiendo únicamente entre las obligaciones positivas y negativas de los Estados. Asimismo,

a pesar de haber reconocido la posibilidad de que la Convención Europea impusiera a los Estados obligaciones de carácter positivo, la Corte Europea ha procurado aproximarse a tal problemática de manera cautelosa, con un casuismo reminiscente (¿o quizá originador?) de aquel exhibido por la CrIDH.

La aversión de dicho tribunal a realizar algún tipo de afirmación categórica sobre el tema es conspicua, al punto de haber expresamente afirmado que se rehúsa a hacerlo. Así, la CrEDH en el caso *Vereingegen Tierfabriken Vs. Suiza* (2001) estableció que: “La Corte no considera deseable, mucho menos necesario, elaborar una teoría general sobre la extensión de las garantías establecidas en la Convención a relaciones entre particulares *inter se*” (párr. 46, traducción libre).

No obstante lo anterior, Alkema (1988) ha afirmado que, a lo sumo, podría plantearse que la Convención Europea de Derechos Humanos tiene un *drittwirkung* indirecto. Debe notarse que la referencia al *drittwirkung* indirecto es diferente al aplicado en el derecho constitucional interno mencionado en el Capítulo I. El autor se refiere a que el Estado puede ser considerado, indirectamente, responsable por acciones de particulares; el *drittwirkung* indirecto del derecho constitucional implica que los jueces tienen la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con el orden objetivo de valores establecido en la constitución).

La postura de la responsabilidad indirecta del Estado también fue desarrollada por De Meyer (1973), quien luego se desempeñó como juez de la Corte Europea. Al referirse al punto, dicho autor afirmó:

Sin que el texto de la Convención tenga que ser enmendado o un nuevo protocolo redactado, la violación por parte de particulares de los derechos protegidos en la Convención puede ser sancionada indirectamente, con base en el texto actual, por los órganos responsables de asegurar que la Convención sea respetada en los Estados parte, si la responsabilidad de dicho Estado se encuentra vinculada. Dicho caso podría surgir si un Estado ha fallado a su deber

de proveer debida protección y, en particular, ha fallado a su deber de tomar las medidas necesarias para prevenir o castigar la ofensa o asegurar la reparación de la víctima, ya que dónde la responsabilidad del Estado se genera de esta forma, en consecuencia es el Estado mismo quien ha violado el deber de protección (p. 273, traducción libre).

Asimismo, autores como Eisen (1971) y Spielmann (1995) —actualmente juez de la Corte Europea— han abogado por una reforma del artículo 34 de la Convención Europea, con el objeto expandir la competencia *ratione personae* de manera que no sólo los Estados puedan ser sujetos pasivos en las disputas resultas por la CrEDH. De lograrse, un cambio así implicaría un cambio paradigmático drástico en cuanto al funcionamiento de los tribunales internacionales de Derechos Humanos, pues permitiría que estos juzgaran a particulares, convirtiéndose en una suerte de tribunales penales internacionales.

De la misma forma, en un artículo anterior, Eissen (1961) mantuvo que la redacción de algunos artículos de la Convención Europea pareciera indicar que la misma extiende sus efectos a las relaciones entre particulares. Así, por ejemplo, el texto del artículo 13 dispone lo siguiente:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, *incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.* (cursivas agregadas).

El autor se basa en el texto del artículo para concluir que el objetivo de la Convención Europea era garantizar la eficacia horizontal de los Derechos Humanos ahí establecidos. Sin embargo, eso pareciera ser un desliz de redacción más que una muestra de la intención de los redactores del tratado. Aceptarlo como tal sería sucumbir ante un tecnicismo un tanto exagerado.

No obstante lo anterior, la eficacia horizontal de las normas de la Convención Europea ha mantenido dividida a la doctrina. Clapham (1993), a su vez afirma que las cambiantes circunstancias sociales han influido en las opiniones de los juristas y, por tal, el propósito de la Convención Europea *eventualmente será* el de asegurar un estándar mínimo de protección para los individuos, incluso en sus relaciones con otros particulares. Esto implica aceptar que en la actualidad el texto del tratado no implica eficacia horizontal.

A pesar de las afirmaciones de esos tres autores (que han tenido una trayectoria relevante) son más sólidos los argumentos de aquellos que indican que la redacción del artículo 13 no representa un elemento suficiente de convicción para afirmar que la Convención Europea tiene eficacia ante particulares (van Dijk et al, 2006). Estos autores afirman que la posible eficacia horizontal de las normas de la CEDH nunca fue relevante, afirmando incluso: “no queda duda de que el asunto de la *Drittwirkung* no fue tomado en cuenta cuando la Convención fue redactada, si es que tuvo algún lugar en las discusiones” (p. 31, traducción libre).

A pesar de las divisiones doctrinales, hay algo que está claro: la eficacia horizontal de las normas de la Convención Europea es, a lo sumo, indirecta. Esto se debe tanto a razones sustantivas, relacionadas con la direccionalidad de las normas de Derechos Humanos; y a razones procesales, consecuencia de las limitaciones jurisdiccionales de la Corte Europea. Los cambios tenues y la aversión a hacer afirmaciones teóricas parece indicar que dicho tribunal sigue la postura de Waldron (1993), quien afirmó que no es posible determinar de manera categórica de qué forma se debe proceder para proteger un derecho humano; dicho autor, en cambio, propone que tal tarea se asuma como una *sucesiva oleada de deberes*.

Origen de las Obligaciones Positivas de Protección

El primer punto que hay que abordar al pretender clasificar las obligaciones positivas de protección del sistema europeo de protección de Derechos Humanos, es que la Corte Europea, desde los primeros casos en que trató el tema, *Marckx*

Vs. Bélgica (1979) y *Airey Vs. Irlanda (1979)*, afirmó que el núcleo de las mismas es la protección activa de los Derechos Humanos de los actos de particulares que puedan menoscabarlos. En estas situaciones existe un nexo causal con el Estado por la necesidad de que éste de respuesta, sea *ex ante* o *ex post* a tales situaciones.

La primera vez que la Corte Europea menciona el concepto de obligaciones positivas de protección fue en 1968 en el caso Lingüístico Belga (*Caso relativo a algunos aspectos de las leyes sobre el uso del lenguaje en la educación en Bélgica Vs. Bélgica*), lo cual demuestra que es un concepto que ha estado presente en el ideario de la Corte desde hace varias décadas.

Debe notarse que, a diferencia de la Convención Americana, el texto de la Convención Europea no establece de manera clara que los Estados tienen la obligación de garantizar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos dispuestos en la CEDH en las relaciones entre particulares. Fue la Corte, a través de su jurisprudencia, la que creó el concepto de las obligaciones positivas de protección, expandiendo el alcance de las obligaciones del Estado en relación a las acciones de particulares.

Este desarrollo jurisprudencial ha sido de tal trascendencia que ha llevado a autores como Marguenaud (2010) a afirmar que la misma ha sido un “arma decisiva” (p. 36, traducción libre) para asegurar la efectividad de los derechos establecidos en la Convención Europea.

Las obligaciones positivas de protección implican que los Estados tienen la obligación de velar por la vigencia efectiva de los Derechos Humanos establecidos en la Convención Europea. Esto quiere decir que el Estado debe procurar el respeto de los bienes jurídicos establecidos en dicha norma, independientemente de la naturaleza del agente del daño (sea este un agente del Estado o un particular). Incumplir tal obligación, aun cuando quien haya menoscabado el contenido del derecho protegido convencionalmente, acarrea la responsabilidad internacional del mismo.

Distinción entre obligaciones positivas de protección relacionadas con conductas de particulares y aquellas únicamente relacionadas con la actuación del Estado.

Resulta necesario hacer una aclaratoria: la relación entre responsabilidad internacional del Estado por hechos de particulares y las obligaciones positivas de protección es de género a especie. Dicho de otra forma: todo caso de responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares implica el incumplimiento de una obligación positiva de protección; mas no toda violación a tales obligaciones positivas implica responsabilidad internacional del Estado por hechos de terceros. Existen casos en que las obligaciones positivas de protección sólo están relacionadas con el Estado, sin que exista ningún tipo de intervención de actores no-estatales.

Por ejemplo, la Corte Europea ha considerado que existen una serie de obligaciones positivas de protección que surgen del artículo 6 de la Convención Europea, relativo al derecho a un juicio justo. En ese sentido, la CrEDH ha establecido que los Estados deben: (i) realizar una audiencia pública para informarle al imputado sus derechos civiles y determinar los delitos que se le atribuyen (caso *Andronicou y Constantinou Vs. Chipre*, 1997); (ii) proveer un tribunal independiente e imparcial (caso *Campbell y Fell Vs. Reino Unido*, 1984); (iii) dictar las sentencias de forma pública (caso *Pretto Vs. Italia*, 1983); (iv) informar al imputado los delitos que se le atribuyen en un idioma que éste comprenda (caso *Brozicek Vs. Italia*, 1989), y (v) proveer asistencia legal gratuita en los casos que el imputado no lo pueda costear y el interés de la justicia lo requiera (caso *McVicar Vs. Reino Unido*, 2002).

Como se desprende de la anterior lista, tales deberes del Estado se satisfacen mediante la implementación efectiva de las obligaciones positivas correspondientes, pues las mismas requieren que el Estado tome *acciones concretas* para cumplirlas. No obstante, todas esas obligaciones positivas están relacionadas con el funcionamiento del sistema de justicia de un Estado y, por tal,

no hay vinculación de ningún tipo con una conducta de realizada por un particular.

Con base en esa distinción, se puede determinar que el estudio de la jurisprudencia de la Corte Europea relativa a obligaciones positivas de protección se limitará a aquellos casos en que la acción generadora del menoscabo a los Derechos Humanos haya sido realizada por un particular; no aquellos en que la obligación positiva está relacionada únicamente con el funcionamiento del Estado como tal.

Hay que precisar que, aun cuando en abstracto la obligación de adaptación normativa —una subespecie de obligación positiva, dirigida al legislador— pareciera violarse sólo la por acción o inacción del legislador; en la praxis la responsabilidad del Estado se compromete cuando un particular, con base en el ordenamiento jurídico del Estado, realiza una conducta que menoscaba el bien jurídico protegido por la CEDH. Por tal razón la obligación de adaptación normativa debe ser incluida en este trabajo.

Por último, se debe recordar uno de los principios de responsabilidad internacional del Estado por hechos de terceros mencionado en el Capítulo II, que establece que las obligaciones positivas de protección son obligaciones de medio; no de resultado. El Estado no responde internacionalmente por cualquier conducta realizada por un particular que afecte un bien jurídico protegido por una norma de la Convención Europea; para ello, es necesario que exista un nexo causal entre la conducta de ese particular y una acción u omisión del Estado.

Este punto ha sido tratado por Akandji-Kombre (2006), quien al respecto ha afirmado que:

[Las obligaciones positivas] permiten activar el mecanismo de responsabilidad internacional al establecer una relación de imputación al Estado. Dicho de otra forma, el sólo hecho de que un particular viole una disposición de la Convención no conlleva la condena del Estado. Es necesario que el comportamiento de la persona privada

tenga su origen aparente de una falta del Estado mismo o como tolerada por éste. Concretamente, se debe a que el Estado no haya prevenido, jurídica o materialmente, la violación del derecho por particulares o, en su defecto, porque no haya sancionado a los autores de la misma, que se le atribuye responsabilidad internacional. (Pp. 15-16, traducción libre).

Resulta evidente que la existencia del nexo causal entre la conducta del particular y el Estado es el elemento principal para determinar el momento de surgimiento de una obligación positiva de protección.

El Conocimiento como Elemento Determinante del Surgimiento de la Obligación Positiva de Protección

Ya se dijo que las obligaciones positivas de protección son obligaciones de medio. Su surgimiento —y por tanto, la posibilidad de que el Estado responda internacionalmente por acciones de particulares— depende de que el Estado tenga *conocimiento* de que un particular pudiese potencialmente realizar una conducta que afectase negativamente el bien jurídico protegido por la norma internacional de Derechos Humanos.

Ese conocimiento del Estado es entonces el punto determinante del surgimiento de las obligaciones positivas de protección. El mismo ha sido trabajado con minuciosidad por Xenos (2012), quien ha indicado que:

En términos generales, el elemento del conocimiento se evalúa en relación a dos tipos separados de identidad que reflejan dos condiciones correspondientes de proximidad que son críticas para determinar la obligación del Estado:

1. La identidad del individuo(s) que necesiten protección de sus Derechos Humanos (primera condición de proximidad; y/o

2. El origen de la amenaza a los Derechos Humanos (segunda condición de proximidad). (Pp. 75-76, traducción libre).

La obligación positiva de protección surge en el momento en que el Estado tiene conocimiento de la situación de riesgo. La Corte Europea ha establecido jurisprudencialmente varios criterios para determinar cuándo el Estado tuvo conocimiento de tal situación. Las categorías mencionadas a continuación fueron creadas por Xenos (2012) a partir de las decisiones de la CrEDH, sin embargo, la jerarquización propuesta acá es diferente a la planteada por el autor.

Clasificación de las distintas formas de conocimiento del Estado de una situación de riesgo a Derechos Humanos causada por particulares.

Conocimiento expreso por denuncias formuladas por la potencial víctima.

La Corte Europea ha determinado en numerosas ocasiones que surge una obligación positiva de protección, de carácter limitado y personal, cuando el Estado tiene conocimiento de la identidad de un individuo cuyos Derechos Humanos se encuentran amenazados. Esto ocurre, generalmente, cuando dichos individuos notifican directamente al Estado sobre las amenazas en su contra.

En el caso *Osman Vs. Reino Unido* (1998), la Corte Europea consideró que el Estado, que había sido notificado sobre las amenazas que una familia estaba recibiendo, cumplió con sus obligaciones positivas de protección ya que, una vez recibida la denuncia, procedió a iniciar una investigación con el objetivo de aprehender a la persona que estaba formulando tales amenazas, aun cuando de esas investigaciones no se pudo obtener ningún tipo de prueba suficiente para proceder a realizar un arresto.

Este caso es de particular relevancia porque ahí la Corte Europea desarrolló un baremo o test para determinar cuándo surge una obligación positiva de protección. El criterio establecido por la CrEDH (que ha sido referido como el *test Osman*), es el siguiente:

Cuando hay una alegación de que las autoridades han violado su obligación positiva de proteger el derecho a la vida en el contexto del deber, anteriormente mencionado, de prevenir y suprimir agresiones contra la persona [...] se debe establecer que, de modo que satisfaga a la Corte, *que las autoridades sabían o debían haber sabido al momento la existencia de un riesgo real e inmediato* a la vida de un individuo o individuos identificados, con base en las acciones criminales de un tercero y que hayan fallado en tomar medidas dentro del ámbito de sus facultades que, juzgadas razonablemente, podrían haber evitado el riesgo (párr. 116, traducción libre; cursivas agregadas).

Por otro lado, en el caso de *Kilic Vs. Turquía* (2000) el cual trata sobre las amenazas reiteradas que se produjeron sobre un grupo de periodistas que prestaban servicios en un periódico, la Corte Europea consideró que, debido a que existía un patrón de asesinatos de los periodistas que laboraban en dicho medio de comunicación, ya no bastaba con que el Estado iniciara una investigación; sino que debía tomar medidas concretas —como asignar funcionarios policiales— para salvaguardar los derechos de los amenazados. La existencia de un patrón generalizado de conducta implica que se deben tomar medidas adicionales para evitar la violación de los derechos, criterio reiterado en los casos *Koku Vs. Turquía* (2005) y *Osmanoglu Vs. Turquía* (2008).

La CrEDH incluso ha llegado a afirmar que en *circunstancias excepcionales*, como cuando el riesgo es notorio, no hay necesidad de una denuncia expresa para que se asuma que el Estado tiene conocimiento de la potencial amenaza; este criterio fue afirmado en el caso de *Mehmet Kaya Vs. Turquía* (1998).

Asimismo, la Corte Europea ha considerado que las obligaciones positivas de protección se ven sujetas a un estándar más alto de escrutinio cuando el Estado tiene conocimiento directo de la amenaza y existen indicios de que las mismas

tienen como finalidad menoscabar otros derechos establecidos en la CEDH, como la libertad de expresión o el derecho de asociación; así fue establecido en los casos *Plattform 'Arztefur das Leben Vs. Austria* (1988) y *Ozgur Gundem Vs. Turquía* (2000).

Por último, la Corte Europea afirmó en *Opuz Vs. Turquía* (2009) que el Estado tenía conocimiento de la situación de riesgo incluso si el particular que había formulado la denuncia desistía de la misma o la retiraba.

Conocimiento expreso de una amenaza identificable.

Este criterio se refiere a la obligación positiva que tienen los Estados de encarcelar a aquellas personas que han sido declaradas culpables de crímenes violentos. Se ha considerado que la existencia de una sentencia judicial que impute la comisión de crímenes graves implica que el Estado tiene conocimiento de que esa persona representa un riesgo para la sociedad y, con base en ello, surge una obligación positiva de protección. Este criterio representa exactamente el caso contrario al anterior (en el cual se conocía la potencial víctima pero no la persona responsable de la amenaza); en este supuesto, se tiene conocimiento específico de la persona que representa la amenaza, mas no de las potenciales víctimas de la misma.

El razonamiento de la Corte Europea implica que el conocimiento expreso que tiene el Estado de la peligrosidad de un criminal (los tribunales del Estado fueron, necesariamente, quienes dictaron la sentencia condenatoria) hace que surja la obligación positiva de protección, materializada mediante la aprehensión del mismo. Se ha considerado en los casos de *Siliadin Vs. Francia* (2005), *Valvelli y Ciglio Vs. Italia* (2002) que esto va de la mano de la obligación positiva que tiene el Estado de castigar de manera contundente ciertos crímenes graves que atentan contra Derechos Humanos, de manera de disuadir reiteraciones a futuro.

Siguiendo esa línea argumentativa, la CrEDH, en los casos de *A Vs. Croacia* (2010) y *Maiorano y otros Vs. Italia* (2009), concluyó que existe una vinculación directa con el Estado cuando se le otorga libertad condicional a un criminal

convicto por crímenes peligrosos. Esto se debe a que la Corte Europea ha determinado que el Estado no puede ser negligente con su obligación positiva de proteger a la ciudadanía en general de una amenaza concreta.

Conocimiento implícito por medio de incidentes previos o situaciones similares.

En los casos que se mencionarán a continuación, la Corte Europea ha concluido que el Estado tiene conocimiento de una situación de riesgo —y, por consiguiente, que surgen obligaciones positivas de protección— a partir de experiencias pasadas similares. En ese sentido, la CrEDH ha afirmado en casos como *Powell y Rayner Vs. Reino Unido*, 1990; *Hatton y otros Vs. Reino Unido*, 2003, y *Guerra y otros Vs. Italia*, 1998) que, con base en incidentes previos, puede determinarse que el Estado ha tenido (o ha debido tener) conocimiento de la situación riesgosa

Asimismo, la CrEDH, en el caso *Tatar y Tatar Vs. Romania* (2007), relativo al riesgo medioambiental que representaba la utilización de cianuro de sodio para la extracción de oro, consideró que la existencia de instrumentos internacionales, como lo serían: tratados, recomendaciones, resoluciones, etc., que aborden una problemática de manera contextual, es suficiente para afirmar que el Estado ha tenido conocimiento de la situación de riesgo.

Sin embargo, este criterio no ha sido aplicado de manera inequívoca en todos los casos. Por ejemplo, en el caso *Colak y Tsakiridis Vs. Alemania* (2009) los demandantes reclamaban que el Estado no había instaurado una regulación adecuada de las obligaciones de los médicos de informar sobre la existencia de ciertas infecciones (VIH) a las personas que se encontraban en una situación de riesgo de contagio. No obstante, la Corte Europea decidió que ese tema constituía un *asunto nuevo* y, por tanto, no era posible afirmar que el Estado, contextualmente, debía haber tener conocimiento de la situación de riesgo.

Conocimiento implícito basado en las interacciones entre particulares.

El cuarto y último criterio utilizado por la Corte Europea para evaluar si un Estado tenía conocimiento de una situación de riesgo se basa en el conocimiento empírico que se tiene sobre ciertas interacciones entre particulares, en las cuales existe una propensión a que Derechos Humanos se encuentren en riesgo.

El principal ejemplo se refiere a la prestación de servicios de salud. Sobre ese particular, la Corte Europea ha dispuesto que los Estados tienen la obligación positiva de dictar las regulaciones pertinentes para asegurar que los centros hospitalarios, ya sean estos públicos o privados, tomen las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad física de las personas (ver *Calvelli y Ciglio Vs. Italia*, 2002).

Otro ejemplo claro es el de ciertas actividades industriales. Este supuesto fue abordado por la Corte Europea en el caso *Oneryildiz Vs. Turquía*(2004), en el cual se determinó que existen ciertas actividades industriales que, por su naturaleza, representan un riesgo potencial para las personas que se encuentran próximas a las mismas; tal situación de riesgo debía ser conocida por el Estado y, por tanto, puede afirmarse que había surgido una obligación positiva de protección.

En conclusión, esta clasificación demuestra que las obligaciones positivas de protección no surgen hasta el momento en que se puede afirmar que el Estado tuvo o debió haber tenido conocimiento de una situación de riesgo causada por particulares. Antes de que surja una obligación positiva de protección no es posible establecer un nexo causal entre el Estado y la conducta del particular que ha menoscabado el bien jurídico establecido en la norma de Derechos Humanos. Por tal razón, la Corte Europea ha reconocido la importancia de este elemento y ha desarrollado criterios precisos para determinar el momento específico en que se puede considerar que el mismo surge.

Contenido Específico de las Obligaciones Positivas de Protección de Acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Europea.

Una vez determinado el momento de surgimiento de las obligaciones positivas de protección, resulta pertinente profundizar en las distintas formas en las que se materializan las mismas, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial de la Corte Europea.

En primer lugar, se debe destacar que existen diversas clasificaciones del contenido de las obligaciones positivas de protección en la doctrina, la mayoría de ellos de carácter binario. Por un lado, Akandji-Kombe (2006), siguiendo el criterio de la Corte Europea en *Oneryildiz Vs. Turquía* (2004), establece que las obligaciones positivas de protección se dividen en dos: (i) las *sustanciales*, relativas a todas las medidas concretas que debe tomar el Estado para garantizar la vigencia efectiva del contenido de los derechos establecidos en la Convención Europea (como por ejemplo: establecer los lineamientos de proceder de la policía, dotar las cárceles para evitar hacinamiento, etc), y (ii) las *procedimentales*, destinadas a garantizar que efectivamente tales derechos sean respetados. Entre este tipo de obligaciones positivas el mencionado autor hace referencia a la obligación de establecer una legislación penal que disuada la comisión de crímenes que atenten contra Derechos Humanos establecidos en la CEDH o la realización de investigaciones adecuadas con la debida diligencia para determinar los culpables de una violación y aplicar la sanción correspondiente.

Por otro lado, Xenos (2012) sigue un criterio diferente, que podría ser clasificado de orgánico pues está basado en el cuerpo encargada de llevar las obligaciones a cabo. Así, tal autor también divide las obligaciones positivas en dos tipos: (i) las *legales*, referidas al deber de adaptación normativa necesaria para garantizar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos establecidos en la Convención Europea, incluso en relaciones entre particulares, y (ii) las *administrativas*, referidas a las distintas acciones que la administración pública debe tomar para asegurar la vigencia efectiva de los derechos establecidos convencionalmente.

Starmer (1999) por otra parte, ha considerado que las obligaciones positivas de protección pueden dividirse en 5 puntos, a saber: (i) la adaptación de la legislación interna de manera que ésta proteja los estándares establecidos por la CEDH; (ii) la obligación de prevenir violaciones a Derechos Humanos cometidas por particulares; (iii) el deber del Estado de informar a la ciudadanía de sobre las potenciales violaciones a sus derechos convencionales; (iv) el deber de responder a las violaciones a los derechos convencionales, por ejemplo, mediante la realización de investigaciones destinadas a identificar a los culpables, y (v) proveer los recursos necesarios para que los particulares puedan prevenir la violación de sus derechos.

Adicionalmente, Mowbray (2004) no considera que las obligaciones positivas protección deban ser clasificadas en abstracto, sino más bien que las mismas deben ser abordadas de manera sistemática, partiendo del derecho específico al que las mismas se refieran.

En este caso, no se seguirá directamente las clasificaciones utilizadas por estos autores. Esto se debe a que, por un lado, los mismos han elaborado sus clasificaciones tomando en cuenta la integridad de las obligaciones positivas de protección; en este caso, como ya se ha mencionado, únicamente son de interés las obligaciones positivas de protección cuya violación puede resultar en la atribución de responsabilidad internacional del Estado por acciones de particulares. Por otro lado, la finalidad de esta investigación, más que buscar una exégesis exhaustiva de los criterios utilizados por la Corte Europea, es sistematizar los distintos criterios en un número razonable de categorías, con base en el cual se pueda determinar, con cierta certeza, en qué situaciones el Estado podrá ser considerado internacionalmente responsable en materia de Derechos Humanos por acciones cometidas por particulares.

Deber de investigar violaciones a Derechos Humanos.

La Corte Europea ha establecido, con base en el artículo dos de la CEDH, que los Estados tienen la obligación positiva de investigar aquellas violaciones

graves a Derechos Humanos, independientemente de si éstas han sido cometidas por agentes estatales o por particulares. Este punto ha sido desarrollado por la CrEDH en el caso *Ergi Vs. Turquía* (1998), en el cual ésta estableció que: “esta obligación [la de investigar violaciones a Derechos Humanos] no está confinada a los casos en que se haya establecido que la muerte fue causada por un agente del Estado.” (párr. 82, traducción libre).

Posteriormente, la Corte Europea (que ha tratado el tema con menor profundidad que su par interamericana) desarrolló los requisitos del deber de investigar las violaciones a Derechos Humanos. Así, en los casos *Kelly Vs. Reino Unido* (2001), *Hugh Jordan Vs. Reino Unido* (2001) y *Shanaghan Vs. Reino Unido* (2001), la Corte Europea estableció que las investigaciones de violaciones a Derechos Humanos debían: (i) ser realizadas por personas con la independencia necesaria para llevarla a cabo; (ii) ser efectiva, en el sentido de tener la capacidad de determinar los responsables de la violación y castigarlos; (iii) haber tomado las medidas necesarias para salvaguardar las pruebas; (iv) ser realizada de manera rápida y expedita, y (v) estar sometida al escrutinio público.

Como se puede observar, existen muchas similitudes entre el desarrollo del contenido de esta obligación positiva en ambos tribunales internacionales de Derechos Humanos. Básicamente, los Estados tienen el deber de realizar una investigación (con las características arriba mencionadas) cada vez que se lesionan los bienes jurídicos establecidos en las normas internacionales de Derechos Humanos, independientemente de si la conducta fue realizada por un agente del Estado o no.

Deber de tomar medidas concretas de protección.

Como ya se mencionó, la Corte Europea, a partir del caso *Osman*, ha considerado que, en ciertas circunstancias, los Estados tienen la obligación de brindar protección especial a las personas que se encuentran en una situación particular de riesgo. En ese sentido, la Corte Europea ha considerado que, cuando el Estado tiene conocimiento directo de una potencial amenaza contra los

Derechos Humanos de un particular, debe tomar las medidas operativas necesarias para garantizar el pleno goce de sus derechos (ver el ya citado caso de *Osman Vs. Reino Unido*, 1998; también *Akkoc Vs. Turquía*, 2000).

En la mayoría de estos casos, la CrEDH ha aplicado el estándar desarrollado en el caso *Osman*, que implica, en esencia, que el Estado conociera o haya debido conocer la situación de riesgo. Con base en ese criterio, en el caso *Denizci y otros Vs. Chipre* (2001), la Corte Europea, para determinar que el Estado no había fallado en el cumplimiento de sus obligaciones positivas, afirmó que:

No hay nada que sugiera que, incluso suponiendo que Ilker Tufansoy temiera que su vida estaba en riesgo real e inmediato, nunca reportó esos temores a la policía Chipriota. Tampoco hay nada que indique que las autoridades chipriotas debieron haber sabido que Ilker Tufansoy estaba en riesgo de ser atacado por actos criminales de terceras personas y hayam fallado en tomar las medidas necesarias para protegerlo. (párr. 376, traducción libre).

Es evidente que las medidas concretas de protección están subordinadas al conocimiento que tenga el Estado de la situación de riesgo. Aun cuando no se ha especificado las medidas específicas que deben tomar los Estados (por considerar que las mismas entran dentro del margen de apreciación de estos), en *Paul y Audrey Edwards Vs. Reino Unido* (2002) se consideró que un estándar de protección más alto es aplicable cuando el Estado se encuentra en una posición de garante, como sería el caso de las personas que se encuentran recluidas en centros penitenciarios.

Obligación de adaptación normativa.

La última categoría de las obligaciones positivas de protección del Estado es la más amplia de todas, e implica el deber que tienen los Estados de adaptar un marco normativo (tanto legislativo como regulatorio o sublegal) para garantizar que los derechos establecidos en la Convención Europea tengan una vigencia efectiva.

Sobre este particular debe notarse que, a diferencia de la Convención Americana, que en su artículo 2 establece la obligación de adaptación normativa, la Convención Europea no tiene una disposición similar. Por tal razón, la Corte Europea ha interpretado, con base en el artículo 1 del convenio europeo, que el deber de adaptación normativa es una especie de obligación positiva de los Estados.

En ese sentido, la Corte Europea no ha limitado tal obligación al plano de la legalidad, sino que ha considerado que el mismo se extiende al marco regulatorio de carácter sublegal que el Estado debe implementar en los casos de ciertas actividades determinadas. La CrEDH se ha pronunciado con meridiana claridad sobre ese particular en el caso *Oneryildiz Vs. Turquía* (2004), al afirmar que:

La obligación positiva de tomar los pasos necesarios para asegurar la vida a los efectos del artículo 2 implican, sobre todo, un deber primerio del Estado de implementar un marco normativo tanto legislativo como administrativo diseñado para proveer una disuasión efectiva contra las amenazas a la vida. Esta obligación indiscutidamente aplica en particular en el contexto de actividades peligrosas, donde, adicionalmente, se debe poner particular énfasis en la regulación diseñada para la actividad en particular, específicamente en relación con el potencial riesgo a vidas humanas. Deben abarcar lo relativo al otorgamiento de licencias, instauración, operación, seguridad y supervisión de la actividad (párrs. 89 y 90, traducción libre).

Con base en el criterio contenido en la decisión citada, resulta evidente que la CrEDH ha considerado que las obligaciones positivas de protección se extienden también a actividades propiamente administrativas, lo cual resulta lógico, pues garantizar la vigencia efectiva de las disposiciones de la Convención Europea en el ordenamiento jurídico interno sólo se logra si se entiende que la labor de adaptación normativa abarca la *totalidad* del mismo. La aplicación de ese

criterio ha sido reiterada en términos casi idénticos en los casos *Kalender Vs. Turquía* (2009) y *Bacila Vs. Romania* (2010).

El criterio mencionado es de particular importancia ya que implica que surgen obligaciones positivas de protección *ex ante* la existencia de una situación de riesgo específico; de tal forma, el criterio establecido en el 2004 en *Oneryildiz* complementa los planteamientos hechos sobre el elemento del conocimiento del Estado de una situación de riesgo desarrollados en el caso *Osman* en 1998, en el cual se consideró que la obligación positiva de protección surge *luego* de que el Estado tiene conocimiento de la situación de riesgo.

Debido a esto, tal obligación positiva es amplia, por lo que debe ser subdividida, con base en el sustrato fáctico que da origen a la obligación positiva: (i) situaciones de violencia contra las personas; (ii) situaciones involucrando niños bajo régimen de supervisión; (iii) situaciones de riesgos industriales, y (iv) situaciones de riesgos medioambientales.

Situaciones de violencia contra las personas.

La Corte Europea ha interpretado que los Estados tienen la obligación de configurar su ordenamiento jurídico interna de manera que la vida y la integridad física se encuentren protegidos. Por tal razón, los Estados deben dictar las disposiciones del derecho penal y civil necesarias para asegurar que no esté permitido que los particulares realicen conductas de particulares que menoscaben tales bienes jurídicos.

En ese sentido, la Corte Europea ha afirmado que es necesario establecer sanciones penales para aquellas conductas que representen una violación seria a Derechos Humanos, con la finalidad de que las mismas tengan un efecto disuasivo sobre la comisión de ese tipo de acciones. Este criterio fue establecido por primera vez en el caso *X y Y Vs. Holanda* (1985), en el cual la CrEDH determinó que la inexistencia de sanciones penales que castigaran la violación de menores que padecían de enfermedades mentales infringía la obligación positiva del Estado de

garantizar la vigencia efectiva de las disposiciones convencionales. Ese criterio ha sido reiterado de manera pacífica por la jurisprudencia de dicho tribunal.

En casos más recientes, como *Mehmet Kaya Vs. Turquía*, 2000 o *Kontrava Vs. Eslovaquia*, 2007, la Corte Europea ha concluido que las obligaciones positivas del Estado en este punto específico:

Implican un deber primario del Estado de asegurar el derecho a la vida mediante el establecimiento de provisiones de derecho penal efectivas que disuadan la comisión de agresiones contra la persona, apoyado por un sistema de implementación para la prevención, supresión y castigo de la violación a dichas disposiciones penales (párrs. 85 y 49, respectivamente; traducción libre).

Como puede apreciarse esta obligación positiva se centra en la interdicción de ciertas conductas, generalmente a través de su criminalización. El objetivo es disuadir cualquier eventual conducta de particulares que atente contra los referidos bienes jurídicos establecidos convencionalmente.

Desarrollando aún más el contenido de esta obligación positiva, la Corte Europea consideró en el caso *Rantsev Vs. Chipre y Rusia* (2010) que la obligación de criminalizar ciertas conductas no se limita a los derechos establecidos en la Convención Europea, sino que se extiende a los otros pactos internacionales que los Estados hayan suscrito. Este punto será desarrollado con mayor profundidad en el Capítulo V.

Asimismo, esta obligación positiva, de carácter normativo, se encuentra estrechamente vinculada con la obligación de tomar medidas concretas de protección, mencionada en el punto (ii). Ambas obligaciones son complementarias, pues la existencia de una prohibición concreta en el ordenamiento jurídico necesita de la aplicación de mecanismos coactivos para garantizar el cumplimiento de la misma, lo cual únicamente se logra mediante la aplicación de medidas concretas de protección en los casos en los que el Estado

tenga o debiese haber tenido conocimiento de que algún particular se disponía a incumplir dicha norma.

Situaciones involucrando niños bajo régimen de supervisión.

Adicionalmente a la obligación de adaptación normativa mencionada en el punto inmediatamente anterior, la Corte Europea ha establecido que, en casos de particular vulnerabilidad, como el de niños que se encuentran en contextos familiares de abuso tanto físico como psicológico, los Estados tienen la obligación positiva de establecer una estructura regulatoria que permita la implementación de prácticas efectivas de monitoreo sobre tales situaciones.

La Corte Europea desarrolló este criterio en el caso *Z y otros Vs. Reino Unido* (2001). En tal decisión, la CrEDH afirmó que es poco usual que en situaciones de vida familiar haya violaciones a Derechos Humanos. No obstante, en casos como ese (en el cual los niños afectados estaban bajo un régimen de supervisión por parte del Estado por el contexto de abuso en el que vivían) el Estado, como ya está supervisando, *debe* tomar las medidas necesarias para lidiar con cualquier situación de riesgo. Como el Estado no actuó, incumplió su obligación positiva.

La Corte Europea refinó es criterio en la decisión del caso *E y otros Vs Reino Unido* (2002), pues determinó que el Estado había faltado a su obligación positiva de protección por no haber instaurado un marco regulatorio que garantizase que, ante situaciones conocidas de contextos desfavorables para los menores, las agencias de protección social correspondientes actuaran de manera sistemática para evitar posibles violaciones de Derechos Humanos.

A decir de la Corte Europea, la violación del Estado radica en la falta de un *sistema de protección* que monitoreara conductas sospechosas. Al igual que en el punto anterior, la Corte Europea, para decidir, se basó en instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos distintos a la Convención Europea; en este caso, la Convención de los Derechos del Niño (1990) para

afirmar que debido al carácter de vulnerabilidad de los menores, el estándar de protección era más alto.

Situaciones de riesgos industriales.

La actividad industrial, como actividad inherentemente riesgosa, ha sido, tradicionalmente, objeto de regulación por parte del Estado. En el contexto de la Convención Europea, la CrEDH, en el ya mencionado caso de *Oneryildiz* (2004), estableció que debía existir un marco regulatorio que abarque la entrega de licencias, instauración, operación, seguridad y supervisión de actividades industriales potencialmente riesgosas.

Sobre el punto particular de la supervisión, la Corte Europea, en el caso *Taskin y otros Vs. Turquía* (2004), determinó que los Estados tenían la obligación positiva de establecer regulaciones administrativas que permitieran la supervisión adecuada de actividades industriales intrínsecamente peligrosas que pudiesen *potencialmente* afectar Derechos Humanos, lo cual implica que el Estado, al permitir una actividad de esa naturaleza, se encuentra en la obligación de estudiar el impacto que la misma podría generar y la gravedad de las eventuales amenazas que ésta podría causar a las personas.

En el caso de *Tatar Vs. Rumania* (2009) la Corte Europea fue precisa al afirmar que:

Los Estados tienen, sobre todo en los casos de una actividad peligrosa, la obligación positiva de implementar una reglamentación adaptada a las especificidades de dicha actividad, especialmente al nivel de riesgo que podría resultar de la misma. Dicha obligación implica la reglamentación de la autorización, la puesta en marcha, la explotación, la seguridad y el control de la actividad en cuestión; así como la imposición, a toda persona vinculada con la misma, de medidas que ordenen prácticas adecuadas para asegurar la protección efectiva de los ciudadanos que podrían verse expuestos a los riesgos inherentes a la actividad en cuestión (párr. 61, traducción libre).

El punto fundamental de tal obligación positiva radica en el hecho de que el Estado debe no sólo regular la totalidad de la actividad peligrosa en cuestión, sino que dicha regulación debe estar correlacionada con el nivel de potencial riesgo que represente la actividad, lo cual implica que el Estado debe analizar, minuciosamente, el potencial impacto de la misma y, con base en ello, proceder a dictar un marco regulatorio que procure que dicha actividad no menoscabe los derechos de las personas que, eventualmente, podrían verse afectadas.

Situaciones de riesgos medioambientales.

En cuarto y último lugar, la Corte Europea ha establecido que los Estados parte tienen una obligación positiva de proteger a las personas de ciertos riesgos medioambientales (caso *López Ostra Vs. España*, 1994). En ese sentido, la obligación principal de los Estados radica en establecer un marco regulatorio que procure evitar niveles de contaminación que puedan afectar los Derechos Humanos.

No obstante, la Corte Europea ha mantenido que en lo relativo a la implementación de un marco regulatorio que aborde el tema de la contaminación, los Estados tienen un *margen de apreciación*, mediante el cual pueden determinar, con base en elementos de razonabilidad y de justo balance, cuál será la regulación a efectuar; este criterio ha sido reconocido desde el caso *Powell y Rayner Vs. Reino Unido* (1990).

El criterio del margen de apreciación no es absoluto, pues la CrEDH ha considerado que es necesario que el mismo tome en cuenta una plétora de elementos para proceder a autorizar la realización de una actividad que pueda generar contaminación. En ese sentido, la Corte Europea tomó posición en el caso *Hatton y otros Vs. Reino Unido* (2003), al afirmar:

La Corte debe, sin embargo, señalar que para encontrar el balance requerido, los Estados deben tomar en cuenta la totalidad de las consideraciones materiales. Más aún, en el ámbito particularmente sensible de la protección medioambiental, la mera referencia al

bienestar económico del país no es suficiente para superar los derechos de otros (párr. 97, traducción libre).

El caso citado trata sobre un cambio de una regulación aeronáutica que permitió un incremento de los vuelos nocturnos que aterrizaban en un aeropuerto ubicado en una zona urbana. Para justificar la decisión del cambio de la regulación, el Estado se basó en el hecho de que tal incremento de vuelos traía beneficios económicos importantes; sin embargo, la Corte Europea consideró que, al autorizar actividades que tengan repercusiones medioambientales considerables, el Estado debe tomar en cuenta la mayor cantidad posible de elementos *antes* de conceder tal autorización, cosa que no hizo en tal caso.

De tal forma, la obligación positiva en este caso implica que el Estado garantice que los procedimientos de autorizaciones administrativas para la realización de actividades con consecuencias medioambientales potencialmente negativas, analicen la afectación que tal actividad puede implicar para las personas que sufrirán las consecuencias de la misma.

Conclusiones Sobre el Desarrollo de la Tesis de las Obligaciones Positivas de Protección en la Jurisprudencia de la Corte Europea

La Corte Europea ha reconocido en sus decisiones que el Estado puede ser internacionalmente responsable en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares. Esto se debe a que, en su interpretación de la Convención Europea, los Estados tienen obligaciones negativas, que implican que estos se abstengan de realizar acciones que menoscaben los derechos ahí establecidos; y positivas, que requieren un actuar concreto del Estado para evitar que particulares sin ningún tipo de vinculación con el Estado realicen conductas que puedan violar el contenido de las normas de Derechos Humanos establecidos en la Convención Europea.

Las obligaciones positivas no son obligaciones de resultado, por lo que el Estado no responde internacionalmente por cualquier conducta de un particular que afecte los Derechos Humanos de otro particular. Para que el Estado sea

internacionalmente responsable debe existir un nexo causal, representado por el surgimiento de una obligación positiva de protección. Tales obligaciones surgen en el momento en que el Estado tenga o haya debido tener conocimiento de una situación de riesgo causada por particulares.

Determinar en qué momento puede considerarse que el Estado tiene conocimiento de la existencia de una situación de riesgo creada por particulares es determinante, pues de ella depende la posibilidad de imputarle indirectamente al Estado las consecuencias jurídicas de una eventual conducta lesiva de Derechos Humanos realizada por dichos particulares. Consciente de tal importancia, la Corte Europea ha desarrollado minuciosamente una serie de criterios que permiten determinar con precisión el momento en que surge la obligación positiva.

Sobre ese punto en particular, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Europea supera con creces al de la Corte Interamericana, la cual, a través del diálogo jurisprudencial, debería considerar adoptar estos baremos más refinados para así poder determinar con mayor exactitud el momento en que surge una obligación positiva de protección.

Por otro lado, la CrEDH ha procurado desarrollar con minucia el contenido de la obligación de adaptación legislativa, extendiendo el ámbito de aplicación de la misma a actividades que, tradicionalmente, han sido consideradas de carácter administrativo. Esto es de particular relevancia en aquellos puntos relacionados a la instauración de un marco regulatorio que pueda ser aplicado *ex ante* el surgimiento de una situación concreta de riesgo. Para ello, es necesario que el Estado instaure un marco regulatorio que procure la evaluación seria y sistemática de los potenciales riesgos que implican actividades inherentemente peligrosas, como lo serían las actividades industriales o aquellas que representan posibles daños para el medioambiente.

Por último, a pesar de que dicho tribunal internacional no ha establecido una teoría general sobre las obligaciones positivas de protección que permita determinar con precisión cuál es el momento de surgimiento de las mismas y su

contenido material, es posible, a través de las copiosas decisiones en las que ha abordado el tema, realizar, de manera inductiva, una sistematización de las mismas. Partiendo de dicha sistematización es posible precisar, con un mayor grado de certeza, los criterios atributivos de responsabilidad internacional con base en los cuales se considera al Estado internacionalmente responsable por conductas de particulares.

Capítulo V

Repercusiones Jurídicas de la Responsabilidad Internacional del Estado en Materia de Derechos Humanos por Acciones de Particulares en el Derecho Interno

Como ya se ha podido observar de los capítulos anteriores, las normas y la práctica del derecho internacional de los Derechos Humanos han dejado claro que los Estados pueden ser considerados internacionalmente responsables por acciones de particulares.

Esto ha tenido repercusiones en el derecho interno. El propósito de este capítulo es analizar tales repercusiones. Como su título lo indica, esta sección busca analizar las repercusiones *jurídicas* que la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de terceros genera en el derecho interno.

Se estudiarán sólo las repercusiones *jurídicas* porque son las relevantes para el tema bajo estudio. Ya se dejó claro que un Estado puede ser declarado internacionalmente responsable en relación a la falta en sus deberes de tomar medidas concretas de protección o de investigar una violación a Derechos Humanos. Sin embargo, tales acciones están más cercanas al campo de las políticas públicas que al derecho; poco puede aportarse al manual de procedimiento policial desde la reflexión jurídico-constitucional.

En ese sentido, en el plano jurídico, hay dos repercusiones. En primer lugar, la Corte Interamericana ha determinado que los Estados tienen el deber de prevenir, investigar y *sancionar* las violaciones a Derechos Humanos que se cometan dentro de sus territorios. Para que tales violaciones puedan ser sancionadas es necesario que estas conductas violatorias de los bienes jurídicos protegidos por normas de Derechos Humanos se encuentren prohibidas; ya sea por una cláusula general de hecho ilícito con las consiguientes sanciones de carácter administrativo o, generalmente, mediante disposiciones de derecho penal.

En segundo lugar, el desarrollo jurisprudencial y dogmático que se ha realizado sobre el llamado *control de la convencionalidad* ha llevado a que los tribunales, tanto internos como internacionales, deban examinar la conformidad de las diversas actuaciones del Estado con las disposiciones de la Convención Americana.

Así, se puede afirmar que la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares tiene dos repercusiones jurídicas principales en el derecho interno: (i) el deber de adaptación normativa de los Estados, y (ii) el deber de los jueces internos de realizar el control de la convencionalidad.

Deber de Adaptación Normativa

Ya en este trabajo se ha hecho referencia a la obligación de adaptación normativa que tienen los Estados cuando suscriben un tratado internacional; en particular cuando el mismo versa sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en los capítulos anteriores se ha analizado el deber de adaptación normativa desde la óptica de las obligaciones positivas de protección. En esta oportunidad, en cambio, se busca analizar esta obligación desde el paradigma de las relaciones existentes entre el derecho internacional y el derecho interno; como una consecuencia que tiene en el derecho interno la suscripción de instrumentos normativos internacionales.

El deber de adaptación normativa se encuentra en el artículo 2 de la CADH. Recientemente la Corte Interamericana se pronunció sobre ese particular en el caso *Vélez Loor Vs. Panamá* (2010), donde hace una descripción extensa de esta obligación, estableciendo que:

El artículo 2 de la Convención establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Si bien el artículo 2 de la Convención no

define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, la Corte ha interpretado que esta implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda (párr. 194)

Vale destacar que dicha postura ya había sido asumida por la Corte Interamericana en casos como *Garrido Baigorria Vs. Argentina*, 1998; *Rosendo Cantú Vs. México*, 2010; *Fernández Ortega y otros Vs. México*, 2010; *Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala*, 2010.

Obsérvese que se hace referencia al deber de los Estados de: “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Con base en dicha afirmación se concluye que los Estados tienen el deber de adaptar su ordenamiento jurídico de manera de proscribir cualquier conducta (ya sea ésta realizada por agentes del Estado o por particulares) que pueda menoscabar los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que la Corte Interamericana ha afirmado que el deber de adaptación normativa es amplio. Es decir, el mismo abarca tanto la promulgación de normas que procuren la salvaguarda de los bienes jurídicos contenidos en la Convención Americana; como también la derogación de las normas que, de una forma u otra, sean incompatibles con la misma.

En efecto, así lo estableció la CrIDH en el caso *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú* (1999), cuando indicó que:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (párr. 207).

Esta obligación encuentra su origen en un principio consuetudinario del derecho internacional, el del efecto útil o *effet utile*, que dispone que los Estados que suscriben tratados internacionales —en particular cuando estos son relativos a Derechos Humanos— deben adaptar su ordenamiento jurídico interno, de manera de hacerlo compatible con dichos tratados internacionales. Esta conclusión es lógica; de lo contrario, se podría entrar en una especie de disonancia normativa en el cual exista una incompatibilidad patente entre las normas internacionales e internas.

Este principio ha sido reconocido por la práctica internacional desde hace varios años. Así, la Corte Internacional de Justicia Internacional, en la opinión consultiva del caso *Échange des populations grecques et turques* (1925), concluyó que: "es un principio concedido que, luego que un Estado ha contraído válidamente obligaciones internacionales debe aportar a su legislación las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas" (p. 20, traducción libre).

Tal postura ha sido reiterada de forma pacífica por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como se evidencia de casos como *Durand y Ugarte Vs. Perú*, 2000; *Olmedo Bustos y otros Vs. Chile "la Última Tentación de Cristo"*, 2001; o la interpretación de la Sentencia *Chumpibuma y otros "Barrios Altos" Vs. Perú*, 2001.

De tal forma, resulta evidente que los Estados que asumen obligaciones internacionales mediante la suscripción de tratados, deben modificar o adaptar su derecho interno de manera de lograr que el mismo sea compatible con las disposiciones de esos tratados; ésta es una forma de repercusión que el derecho internacional tiene sobre el derecho interno.

Legitimidad de las obligaciones de adaptación normativa.

Los Estados que suscriben tratados internacionales tienen la obligación de adaptar su ordenamiento jurídico de manera que éste sea cónsono con las disposiciones de dichos tratados. No obstante, los artículos 1 y 2 de la CADH no especifican el alcance de dicha obligación de adaptación normativa. Esto lleva a dos preguntas: primero, ¿cuál es la legitimidad de los mandatos de adaptación normativa? Y, segundo, ¿qué tipo de normas debe promulgar o derogar un Estado para cumplir con dicha obligación de adaptación normativa?

En primer lugar, debe notarse que de considerarse legítima la obligación de adaptación normativa contenida en el artículo 2 de la Convención Americana operaría un cambio de paradigma respecto a la tesis decimonónica de la soberanía del parlamento como órgano creador de leyes. Dicha tesis es explicada por Muñoz Machado (2006), quien señala que:

La consecuencia que se va a deducir de todo ello es que al conjugarse la afirmación de que la ley se fundamenta en la voluntad general y que ésta es expresada por el cuerpo legislativo que, a su vez, representa a la Nación, se concluirá afirmando que la soberanía corresponde al órgano representativo nacional, es decir, al reconocimiento de la soberanía parlamentaria. (p. 160).

De esta concepción se desprende que el órgano legislativo, como detentador del *trust* Lockeano o de la *autorité commise* de la que hablaba Carré de Malberg, es aquel poder encargado de crear las leyes (García de Enterría, 2000).

Sin embargo, la obligación de adaptación normativa contenida en distintos tratados internacionales acaba con esas consideraciones decimonónicas. Esto, sin embargo, no representa un problema en el derecho venezolano, pues la Constitución de 1999 plantea una solución de Derecho Positivo. En efecto, el artículo 23 del texto constitucional, los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos son de aplicación preferente al derecho interno en la medida en que estos establezcan un estándar mayor de protección.

En ese mismo orden y dirección se han pronunciado autores venezolanos; así, Ayala (2002) ha afirmado que: "la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, consagró —a propuesta nuestra— una norma singular, que consagra la jerarquía, al menos constitucional, de los tratados relativos a los derechos humanos" (p. 45).

En efecto, el texto constitucional venezolano resuelve cualquier discusión que pueda existir alrededor de la afectación a la soberanía del poder legislativo que resulta de la obligación de adaptación legislativa. Esto es un avance importante, pues tal problemática existía durante la vigencia de la Constitución de 1961, resultando en que autores como Vargas Carreño (1979) hayan concluido que: "la Constitución de 1961... no se haya referido expresamente al problema de la recepción del derecho internacional" (p. 1634). Esta falta de pronunciamiento implicó que fuese la doctrina quien se viera en la obligación de solventar esa laguna.

Afortunadamente esa no es la situación actual, bajo la vigencia de la Constitución venezolana de 1999, no hay discusión sobre la legitimidad o procedencia de la obligación de adaptación normativa. El argumento es sencillo: el constituyente dispuso que los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos prevalecerían sobre el derecho interno cuando establezcan un estándar de protección más favorable. Esta disposición constitucional podría ser interpretada como una decisión del constituyente de subordinar —en un ámbito

específico— el derecho interno al internacional. Por tal razón, esos tratados pueden imponer al órgano legislativo mandatos de legislar.

Alcance de las obligaciones de adaptación normativa.

Una vez resuelto el punto anterior, es necesario pasar a analizar otro punto problemático: el alcance de la obligación de adaptación normativa, o el margen de apreciación que las mismas dejan al legislador nacional. Por alcance, se debe entender dos cosas: primero, el *nivel normativo* que se ve afectado por la obligación de adaptación normativa (la jerarquía normativa de las normas sujetas al mismo); segundo, en cuanto al ámbito sustantivo, se trata del *contenido* del deber de adaptación normativa, de determinar si el mismo implica un mandato expreso de criminalización o no. Estas preguntas no encuentran una respuesta clara en el derecho positivo.

En primer lugar, se observa que la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana habla sobre una obligación general de adaptación normativa; de esta afirmación, sin embargo, dada la ambigüedad de la redacción de la norma, no es posible precisar cuál es el alcance específico de esa obligación.

Dicha indeterminación implica que, con base a la norma, no sea posible precisar qué tipo de normas debe promulgar el Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha procedido a esclarecer esa laguna; estableciendo que el deber de adaptación normativa abarca normas constitucionales (en el ya referido caso *Olmedo Bustos Vs. Chile*, 2001) y normas de rango legal, como se dispuso en el caso *Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*, 2005. Por lo que podemos decir que el mismo cubre *todo* el ordenamiento jurídico de un Estado.

En segundo lugar, se debe hablar del contenido del deber de adaptación normativa, en particular de los mandatos expresos de criminalización. Estos son aquellas disposiciones, contenidas por lo general en normas de la mayor jerarquía de un ordenamiento jurídico, que expresamente ordenan al órgano legislativo que tipifique penalmente una determinada conducta.

Por ejemplo, si una Constitución indica que los delitos de lesa humanidad deben ser castigados penalmente, y en dicho Estado no hay una norma penal expresa que imponga ese castigo a las personas que cometan tortura (un delito considerado como de lesa humanidad), por imperativo constitucional el parlamento de ese Estado está en la obligación de dictar una norma penal que castigue penalmente la tortura.

Sobre ese particular, Bascuñán (2007) ha considerado que, en la mayoría de los casos, no puede afirmarse que la existencia de una norma de comportamiento (es decir, una norma que prescriba o prohíba determinada conducta) implica, necesariamente, el establecimiento de una sanción penal para la infracción de la referida norma de conducta; sin embargo, al referirse a los mandatos expresos de criminalización dicho autor ha considerado lo siguiente:

La existencia de deberes explícitos de punición en el derecho supralegal viene a resolver precisamente la dificultad anterior, sirviendo de justificación sustitutiva al complejo de razones que deberían tomarse en consideración para derivar un deber de sancionar penalmente como consecuencia de un deber de regular. Este es el caso [...] de un considerable número de casos del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

En todos estos casos, la existencia de un mandato explícito de punición es un prejuizgamiento afirmativo de la cuestión político-criminal del merecimiento de la pena. (pp. 59-60).

Considerar que el derecho penal es un modo de protección de los bienes jurídicos protegidos por las normas de Derechos Humanos representa, en sí, un cambio de paradigma significativo, pues dicha rama del derecho, dado su carácter represivo, había sido vista como una amenaza a los Derechos Humanos; los ponía en peligro.

Sin embargo, si se considera que hay normas internacionales de Derechos Humanos que pueden incluir mandatos expresos de criminalización, se encuentra

que, efectivamente ha operado un cambio de paradigma. Así lo señala Mañalich (2005):

Bajo el... paradigma alternativo, los derechos fundamentales desempeñan (también) la función inversa, esto es, constituyen premisas normativas para la legitimación positiva del ejercicio del *ius puniendi*. De este modo, la potestad punitiva del Estado ya no es considerada una fuente de peligro para los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, un medio de protección de los mismos. (p. 245).

El texto de la Convención Americana no se pronuncia sobre los mandatos expresos de criminalización. En efecto, no es posible concluir, a partir del texto de la misma, que los Estados tengan la obligación de establecer cierto tipo de sanciones penales.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana. En efecto, en la sentencia recaída en el caso *Albán Cornejo Vs. Ecuador* (2007), la CrIDH consideró que la obligación general de adaptación normativa implicaba un mandato expreso de criminalización, afirmando que:

[L]os Estados deben adoptar las medidas necesarias, entre ellas, la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para evitar y sancionar la vulneración de derechos fundamentales, como la vida y la integridad personal. Por lo que toca a la materia penal sustantiva, ese propósito se proyecta en la inclusión de tipos penales adecuados sujetos a las reglas de legalidad penal, atentos a las exigencias del derecho punitivo en una sociedad democrática y suficientes para la protección, desde la perspectiva penal, de los bienes y valores tutelados. (párr. 135).

A pesar de lo dispuesto en la sentencia referida, se debe tomar en cuenta que la misma hace referencia a la vida y a la integridad personal, dos de los derechos contenidos en la CADH sometidos a los más altos estándares de protección. Así,

la CrIDH, en los casos *Villagrán Morales y otros "Niños de la Calle" Vs. Guatemala*, 1999; *Familia Barrios Vs. Venezuela*, 2011, y *Castillo González y otros Vs. Venezuela*, 2012, estableció que el derecho a la vida es de capital importancia, pues es "el presupuesto esencial para la realización de los demás derechos" (párrs. 144, 48 y 122 respectivamente).

En efecto, al hacer referencia al caso específico del Derecho Humano a la vida, la Corte Interamericana, en el caso *Castillo González y Otros Vs. Venezuela* (2012), dispuso lo siguiente:

[L]os Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones. (párr. 122).

El criterio transcrito ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; siendo expresado de forma similar en las sentencias de los casos *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, 2006; *Masacre de Ituango Vs. Colombia*, 2006, y *Servellón García y otros Vs. Honduras*, 2006.

Por tal razón, vale la pena preguntarse si tal conclusión —la necesidad de implementar una norma penal sustantiva o de tipificación de una conducta— puede ser extrapolable al resto del catálogo de Derechos Humanos contenidos en la Convención Americana.

Sobre ese punto en específico, la jurisprudencia de la CrIDH no se ha pronunciado; pues pareciera haber limitado tal afirmación únicamente a los casos en los que: (i) hay algún otro tratado internacional de Derechos Humanos que contenga un mandato expreso de criminalización, o (ii) cuando el derecho en cuestión sea considerado una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*).

Asimismo, vale acotar que en un buen número de los casos, existe un solapamiento entre estas dos categorías; la mayoría de los derechos considerados de *jus cogens* han sido objeto de protección internacional mediante tratados de Derechos Humanos.

Por ejemplo, el artículo 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948) establece que el deber de los Estados parte de: "establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o cualquier otro de los actos...". O el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), que dispone que: "Los Estados partes... tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a. Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial..."

La Corte Interamericana se ha pronunciado en esa dirección en sentencias como *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (2006) —la misma línea argumentativa se siguió en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006). En dicha sentencia, la CrIDH concluyó que la desaparición forzada de personas constituía un crimen de lesa humanidad y, por consiguiente, debía ser considerada como delito —lo cual, como es lógico, conlleva su tipificación penal. Esta decisión se basó en lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994): "Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte..." Esa disposición, a diferencia de la Convención Americana, sí establece un mandato expreso de criminalización.

La Corte Europea ha seguido la misma línea argumentativa. Dicho tribunal internacional de Derechos Humanos ha considerado que ciertos derechos establecidos en la Convención Europea —en específico aquellos respaldados por otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como la prohibición de tortura o de esclavitud— conllevan una obligación positiva, materializada como

un mandato expreso de criminalización a través del cual el Estado debe tipificar penalmente las conductas que atenten contra dichos derechos.

Así, la Corte Europea, en el caso *M.C. Vs. Bulgaria*, 2003, afirmó que: "[L]a Corte considera que los Estados tienen una obligación positiva inherente a los artículos 3 y 8 de la Convención de emitir normas penales que efectivamente sancionen la violación y de aplicarlas en la práctica mediante investigaciones efectivas" (párr. 183, traducción libre).

Dicha Corte llegó a una conclusión muy similar en el caso *Siliadin Vs. Francia*, 2004, en el cual indicó que: "Se desprende necesariamente de ese artículo la obligación positiva del Estado, al igual que en el caso del artículo 3 por ejemplo, de adoptar disposiciones en materia penal que sancionen las prácticas referidas en el artículo 4 y de aplicarlas efectivamente" (párr. 89, traducción libre).

La Corte Europea incluso ha llegado a considerar que los Estados están obligados a tipificar penalmente las violaciones a bienes jurídicos que, si bien no están contenidos expresamente en la Convención Europea, forman parte del *corpus juris* internacional de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso *Rantsev Vs. Chipre y Rusia* (2010), la CrEDH se basó en el Protocolo de Palermo y la Convención Europea contra el Tráfico de Seres Humanos para determinar que el Estado de Chipre había incurrido en responsabilidad internacional por no haber dictado una norma penal que criminalizara la trata de personas.

El precedente establecido en dicho caso es importante, pues la Convención Europea, a diferencia de la Americana, no hace referencia expresa a la trata de personas. No obstante, en el referido caso la Corte Europea llegó a la siguiente conclusión:

Queda claro de las disposiciones de aquellos dos instrumentos que los Estados partes, incluyendo casi todos los Estados miembros del Consejo de Europa, han considerado que sólo una combinación de medidas que abarquen todos los tres aspectos [de la trata de personas]

pueden ser efectivas en la lucha contra la trata... En consecuencia, el deber de criminalizar e investigar la trata es sólo uno de los aspectos de las obligaciones generales de los Estados para combatir la trata. (párr. 285, traducción libre).

Con base en tales precedentes, puede observarse que las Cortes Interamericana y Europea han considerado que, en el caso de ciertos derechos, existen mandatos expresos de criminalización. Tales mandatos no se encuentran en el texto de ninguna de las dos Convenciones. Por ello, ambos tribunales se han visto en la obligación de acudir a otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos que sí los contengan; o bien a afirmar —por lo general con base en normas internacionales— que tales derechos tienen el carácter de *jus cogens*, lo que los convierte en normas imperativas de derecho internacional y hace que ameriten protección penal.

Consecuencias de la existencia de mandatos expresos de criminalización.

Esta situación tiene importantes consecuencias teóricas que, quizá por la fuerte carga emocional que implica la discusión, han pasado desapercibidas. (¿Quién puede oponerse a la criminalización de acciones que representen graves violaciones a Derechos Humanos; a que personas que cometieron tortura o que desaparecieron forzosamente a otras sean castigadas por la ley?)

Primero, considerar que existen mandatos expresos de criminalización sólo para unos Derechos Humanos y no para otros implica aceptar, así sea implícitamente, que existe una jerarquía entre los mismos. Esto contraría uno de los principios esenciales de la dogmática de los Derechos Humanos, que plantea que los mismos no deben ser jerarquizados.

Esto tal vez sea el resultado de la proliferación de Derechos Humanos; un fenómeno que algunos autores como Mchangama y Verdirrame (2013) han llamado "inflación de derechos", en el cual se equiparan los Derechos Humanos a la moneda y, por consiguiente, el aumento excesivo de los mismos con el

fenómeno económico mencionado. En ese sentido, se considera que quizá aquellos Derechos Humanos respecto a los cuales no existe un consenso sobre su necesidad de ser protegidos penalmente no debería gozar de dicho estatus. Sin embargo, ese es un punto demasiado complejo como para ser abordado tangencialmente.

La posición contraria implicaría afirmar que *todos* los Derechos Humanos deben ser protegidos penalmente. Tal pareciera ser la postura de autores como Bernal Pulido (2006), quien considera que las normas de Derechos Humanos son mandatos de optimización que requieren ser concretizados de conformidad con las posibilidades de cada Estado, siguiendo los postulados utilizados por el principio de proporcionalidad. Por eso, las normas de Derechos Humanos, como mandato de optimización, implican un mandato expreso de criminalización que deberá ser ejecutado en la medida de las posibilidades concretas de cada Estado. En efecto, ese autor considera que:

La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente... Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue *prima facie* la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. (p. 238).

Sin embargo, antes de concluir irreflexivamente que las normas de Derechos Humanos contienen mandatos expresos de criminalización, aplicables con base en el principio de la proporcionalidad, debe tomarse en cuenta que el derecho penal,

por sus características intrínsecas y sus complejidades, presenta serios obstáculos para la aplicación simple del principio de ponderación.

Por un lado, la decisión de emitir una norma penal no sólo debe tomar en cuenta los aspectos jurídicos, sino también los elementos político-criminales. Así, como señala Lopera Mesa (2008) se debe tomar en cuenta que la emisión de una norma penal implica que una sociedad opine que una conducta es merecedora de un reproche ético. No obstante, la aplicación indiscriminada del principio de proporcionalidad en materia penal anula la posibilidad de que se analice, con el detenimiento que es requerido, el aspecto ético que implica la emisión de una norma penal.

Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que la aplicación del principio de proporcionalidad, como bien han señalado varios autores (para un resumen comprensivo de la doctrina, ver: Casal, 2010), debe estar circunscrito al sustrato fáctico de cada caso concreto y, además, debe evitarse la ponderación abstracta de bienes jurídicos. La aplicación del principio de proporcionalidad a la emisión de normas penales resultantes de un mandato expreso de criminalización contenido en normas de Derechos Humanos contravendría estos dos principios, esenciales para la correcta aplicación del principio de proporcionalidad. Por tal razón, se considera que esta postura es errónea.

Segundo, asumir que las normas de Derechos Humanos contienen mandatos expresos de criminalización para todos los bienes jurídicos a los que hacen referencia genera una expansión significativa del derecho penal —porque implicaría el aumento de tipos penales y, por consiguiente, de las conductas que son castigadas mediante sanciones penales— lo cual atenta contra el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, que limita su aplicación a los casos más graves. Esto puede representar problemas, en particular con la creciente expansión del concepto de Derechos Humanos a bienes jurídicos cuya caracterización como tal puede ser debatida.

Para ilustrar el ejemplo anterior basta pensar en el recién-creado derecho al acceso a los anticonceptivos, derivado del Derecho Humano a la planificación familiar. ¿Una persona que obstruya el acceso de otra al disfrute de un preservativo merece ser castigado mediante una sanción penal? Es difícil responder de manera afirmativa a esa interrogante.

En ese mismo orden y dirección debe recordarse que el derecho penal, por su carácter represivo, menoscaba o tiene el potencial de menoscabar, los derechos de la persona receptora de la pena (por más que la aplicación de la misma esté justificada). Por tal razón, la más autorizada doctrina penal ha sido conteste al afirmar que la aplicación del mismo debe verse limitada; siendo su aplicación, como ya se dijo, de *ultima ratio*.

Así, la doctrina española, representada por autores como Mir Puig (2004), han indicado que:

Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes que acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos de carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles y administrativas... Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. (p. 127).

Por su parte, la doctrina alemana, ejemplificada por Roxin (2001), también se ha pronunciado al respecto, señalando que:

Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.— Por ello se

denomina a la pena como última ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de los bienes jurídicos. (p. 65).

Resulta evidente que expandir el derecho penal sobre la base de normas internacionales de Derechos Humanos contraría los principios elementales de ambas disciplinas; implicaría un aumento indiscriminado de las sanciones penales aplicables a conductas que, en algunos casos, quizá no ameriten tal castigo. Se debe ser enfático al recalcar que no se está haciendo una apología a la impunidad; las graves violaciones a Derechos Humanos deben ser castigadas. Lo que se está cuestionando es si, en efecto, conductas que podrían ser consideradas como violatorias a Derechos Humanos, pero que son difícilmente catalogables como graves violaciones a los mismos, deben ser castigadas penalmente.

En ese sentido, el enfoque que han dado al problema las Cortes Interamericana y Europea pareciera ser acertado, pues han limitado su interpretación de la existencia de mandatos expresos de criminalización a ciertos derechos: aquellos que protegen bienes jurídicos de extrema importancia (vida, integridad física, prohibición de tortura o de reducción a la esclavitud).

Tal criterio, medido, racional, permite evitar lo que Silva Sánchez (2009) teme: que las normas de Derechos Humanos sean utilizadas como pretexto para introducir nuevamente elementos tautológicos ya superados al derecho penal.

Control de Convencionalidad

La otra repercusión, quizá un poco más indirecta, que tiene la responsabilidad internacional del Estado por hechos de particulares en el derecho interno es el control interno de la convencionalidad. Esto es, la valoración que deben hacer los jueces internos de la compatibilidad de una disposición de derecho interno con el texto de la Convención Americana. Como se acaba de ver en el punto precedente, los Estados tienen un deber de adaptación normativa; el control interno de la convencionalidad surge entonces como una forma en la cual los organismos jurisdiccionales internos de un Estado coadyuvan a la implementación de dicho deber de adaptación normativa.

Origen del control de convencionalidad.

Para comenzar, se debe destacar que el origen del término *control de la convencionalidad* es jurisprudencial. Fue Sergio García Ramírez, antiguo presidente de la Corte Interamericana, quien en sus votos razonados en los casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003) y *Tibi Vs. Ecuador* (2004) acuñó el término. En esos primeros casos, García Ramírez considera que la labor que realiza la Corte Interamericana es similar a la realizada por un tribunal constitucional: procura que la actuación de ciertos actores sea conforme a los postulados de una norma jurídica; en este caso, la Convención Americana.

La actividad en sí, sin embargo, ha sido realizada por la Corte Interamericana desde su primer caso. En el caso *Velásquez Rodríguez*, ya citado en esta investigación, la CrIDH dejó claro que los Estados tenían los deberes de respetar los derechos establecidos en la Convención Americana y de garantizar su vigencia efectiva. Esta afirmación implica, necesariamente, que los Estados adecúen su actuación a los estándares de protección establecidos en la CADH.

No obstante lo anterior, la primera vez que la Corte en pleno utiliza el término “control de convencionalidad” fue en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006), en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención

Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (párr. 124).

Como se evidencia de la cita, en *Almonacid Arellano* la Corte Interamericana fija la utilización del término “control de convencionalidad” y menciona sus principales características. Sin embargo, antes de profundizar sobre las mismas, resulta necesario hacer referencia a dos decisiones adicionales, que agregan elementos al concepto.

En primer lugar, en la sentencia recaída en el caso *Aguado Alfaro Vs. Perú* (“Trabajadores Cesados del Congreso”), 2006, la Corte Interamericana precisó que el control de convencionalidad debía ser realizado de oficio por los jueces de un Estado; recalcando, sin embargo, que dicho control de convencionalidad debía ejercerse en el marco de las competencias de dichos organismos jurisdiccionales internos (párr. 128). Este criterio ha sido reiterado en casos como *Radilla Pacheco Vs. México*, 2009.

En segundo lugar, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, 2010, la CrIDH precisó, de nuevo, que dicho control de convencionalidad se extendía, no sólo a los jueces; sino a todos los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (párr. 225). Este criterio fue reiterado en la sentencia del caso *López Mendoza Vs. Venezuela*, 2011.

Una vez citados los fallos relevantes, se puede concluir que, como bien se desprende de las sentencias de la Corte Interamericana, el control de la convencionalidad el procedimiento a través del cual un tribunal —o cualquier organismo encargado de impartir justicia— evalúa la compatibilidad de una norma jurídica de derecho interno con las disposiciones de la Convención Americana.

Tipos de control de convencionalidad.

El control de convencionalidad puede ser clasificado, sobre la base del órgano que realiza dicho control, como: (i) interno, es decir, aquel ejercido por los organismos de impartición de justicia de un Estado determinado; o (ii) internacional, o sea, el aplicado por los organismos internacionales que conforman el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Interno.

Como ya se dijo, el control interno de la convencionalidad es el realizado por los organismos internos de un determinado Estado parte de la Convención Americana. En ese sentido, Ayala (2012), define el control interno de la convencionalidad como:

[El] que debe ser ejercido por todos los órganos del poder público de los Estados en el ámbito de sus competencias... Los Estados tienen la obligación internacional de controlar la convencionalidad de todo su ordenamiento jurídico interno con el tratado, en este caso, para adaptarlo a los estándares de la CADH en los términos interpretados por la Corte IDH. Esta obligación comprende a todos sus actos y actividades del Estado. (p. 120).

El control de convencionalidad interno representa un avance en materia de protección de los Derechos Humanos, pues supone la obligación que tienen todos los órganos encargados de impartir justicia de los Estados parte de la Convención Americana —y no sólo la CrIDH— de velar por la adecuación del ordenamiento jurídico interno de los Estados a los estándares de protección establecidos por la Convención Americana y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En efecto, se ha considerado que el control interno de convencionalidad es una especie de control difuso, pues su deber recae sobre todos los jueces de un determinado Estado. Así lo ha señalado Ferrer Mac-Gregor (2011).

Este control es una nueva manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del Derecho Internacional. El “Control Difuso de Convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese corpus iuris interamericano. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. (p. 134).

No obstante, dicho carácter difuso del control de la convencionalidad puede representar problemas a la hora de ser aplicado. De hecho, la aplicación correcta del mismo depende particularmente del sistema de justicia constitucional vigente en cada Estado. Así, aquellos ordenamientos jurídicos en los que el sistema de justicia constitucional sea difuso o mixto (como en el caso venezolano), todos los jueces tienen la obligación de evaluar la compatibilidad constitucional de las normas de inferior jerarquía. En esos casos, se puede trazar un paralelismo perfecto con el control interno de la convencionalidad: se aplican los mismos principios del control de constitucionalidad, con base en una norma jurídica distinta: la Convención Americana.

Por otro lado, la aplicación del control interno de convencionalidad puede traer problemas en aquellos Estados que organizan su justicia constitucional siguiendo, exclusivamente el modelo concentrado o kelseniano, en los cuales la determinación de la constitucionalidad de las leyes y demás tipos normativos de inferior jerarquía está reservada a un único tribunal (generalmente un tribunal constitucional o una sala constitucional dentro del tribunal supremo).

Aun cuando este caso no ha sido resuelto por la Corte Interamericana, la doctrina pareciera aportar una respuesta satisfactoria. Sagüés (2010) indica que:

[E]l juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de “convencionalidad”, deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad. (p. 122).

De tal forma, se observa cómo, independientemente del modelo de justicia constitucional aplicable en cada Estado, es posible que los organismos jurisdiccionales del mismo realicen el control de constitucionalidad: ya sea de forma directa, en los casos de sistemas de justicia constitucional difusa o mixta; o de forma indirecta, mediante la remisión al órgano jurisdiccional encargado del control concentrado (a través de mecanismos como la cuestión de constitucionalidad del derecho español), en los Estados en que se encuentre vigente un sistema kelseniano.

Alcance del control interno de convencionalidad.

El alcance del control de convencionalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales internos de los Estados debe adecuarse al “marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (*Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, 2012. párr. 282). En ese sentido, han sido identificados tres grados distintos, dentro de los cuales se pueden clasificar las formas y efectos que puede adoptar e implicar el ejercicio del control de convencionalidad. Atendiendo a las competencias del órgano del Estado que lo aplique, estos podrán ser: la *anulación*, la *desaplicación* o la *interpretación* de la norma de derecho interno que colide con la Convención y obligue de una u otra forma a los organismos del Estado.

En primer lugar, la *interpretación conforme* consiste en que el juez, al momento de interpretar una norma (el margen de apreciación que tiene el juez al momento de hacer esto depende del grado de apertura de la norma a interpretar,

siendo más amplio en caso de tipos normativos —como los constitucionales— en los que los principios predominan sobre las reglas) debe decantarse por la alternativa interpretativa que sea más cónsona con la Convención Americana.

En ese caso, encontramos que el tratado internacional en materia de Derechos Humanos pasa a jugar un rol de orientador hermenéutico en tanto que dirige la labor analítica que el juez realiza sobre la norma. Sagües (2010) ha definido la interpretación conforme *via negativa*, indicando que el operador jurídico: "deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de derechos Humanos" (p. 130).

En segundo lugar, la *desaplicación* de la norma de derecho interno que colida con la disposición convencional implica, como su nombre lo indica, que la disposición de derecho interno no sea aplicada en la resolución de un caso concreto, por considerarse que en ese supuesto de hecho tal norma no es compatible con las disposiciones de la CADH.

Este opera casi de forma idéntica a la desaplicación de una norma de rango legal o sublegal que realiza un juez en un sistema de justicia constitucional de control difuso cuando considera que éstas chocan con disposiciones constitucionales. Esta aplicación de control de convencionalidad se ubica en un punto intermedio pues, aunque conlleve que una norma jurídica de derecho interno no será aplicada a un caso, no implica que la misma desaparezca de ese ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, la *anulación* de la disposición de derecho interno es aquella forma de aplicación del control de convencionalidad mediante la cual la el tribunal internacional considera que hay un incumplimiento flagrante de una obligación internacional materializado por la incompatibilidad de la norma interna que con la Convención Americana; razón por la cual la norma incompatible debe

dejar de ser válida, con efectos *erga omnes*; es decir, debe desaparecer del ordenamiento jurídico, dejar de existir como norma.

Esto ha sido clasificado por Ferrer Mac-Gregor (2011) como el "grado de intensidad máximo del 'control de convencionalidad'" (p. 386), pues el mismo implica —a diferencia del supuesto de desaplicación— que la nulidad de la norma tiene efectos *erga omnes*.

Los sistemas de justicia constitucional, por lo general, limitan la declaratoria de nulidad de los tipos normativos de alta jerarquía (constitucionales o legales) a un órgano específico, por lo general al tribunal constitucional o a la corte suprema. Por tal razón, la aplicación de esta especie de control de convencionalidad está limitada a dichos organismos jurisdiccionales, los cuales deberán aplicarlo de manera análoga al control concentrado de constitucionalidad de las leyes.

No obstante, debe recordarse que el control de convencionalidad debe ser realizado de oficio (Hitters, 2009). Esto representa una diferencia marcada con algunos sistemas de justicia constitucional concentrada, en los cuales el órgano encargado de ejercerla no tiene la potestad de hacerla *ex officio*. En este caso, si un juez que no tiene la competencia para declarar la anulación *erga omnes* de una norma jurídica se encuentra en una situación en la que considera que una norma de derecho interno colide inexorablemente con las disposiciones de la Convención Americana, entonces debe procurar remitir la decisión de dicha cuestión al organismo jurisdiccional competente para que éste se pronuncie sobre la posible anulación de la norma de derecho interno (en varios ordenamientos jurídicos tal proceso es llamado "cuestión de inconstitucionalidad").

Internacional (o interamericano).

A la par del control interno de convencionalidad a cargo de los jueces y demás órganos del sistema de justicia de un Estado, existe el control internacional de la convencionalidad, ejercido, de forma subsidiaria, por los organismos que

componen el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, principalmente por la Corte Interamericana.

Así, encontramos que el control internacional de la convencionalidad ha sido definido por Ayala (2012) como aquel:

[E]jercido de manera general por los órganos de protección internacional dispuestos en la CADH: la CIDH y la Corte IDH. No obstante, cuando ese control es llevado a cabo específicamente por el tribunal internacional autorizado para aplicar e interpretar de manera última y auténtica el tratado (Corte IDH), estamos en presencia de lo que denominamos propiamente dicho el *control judicial internacional de la convencionalidad*. (p. 125).

En ese mismo orden y dirección se pronuncia Bazán (2010), al señalar que el control internacional de convencionalidad “ha constituido desde antaño una actividad básica de la Corte IDH... consiste en que ésta debe juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH” (p. 5).

En ese sentido, es posible concluir que el control internacional de la convencionalidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados es, a su manera, una suerte de control concentrado de la convencionalidad, encargado al máximo intérprete de la Convención Americana: la Corte Interamericana. Asimismo, es necesario recalcar, como ya se ha dicho a lo largo de la presente investigación, que dicho control alcanza la *totalidad* del ordenamiento jurídico de un Estado; es decir, el mismo puede versar sobre la incompatibilidad de normas de alto rango, como las constitucionales, con las CADH; así como de normas de inferior jerarquía normativa, como actos administrativos de efectos generales.

Consideraciones Sobre el Control de Convencionalidad

Ya se ha dejado claro que bajo la CADH los Estados tienen el deber de asegurar la vigencia plena y el goce efectivo de los derechos establecidos en dicho

tratado. Esto implica, dentro del marco de la obligación general de garantía, que los Estados procuren que los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana no sean menoscabados por acciones de particulares. Esto se logra a través de medidas operativas, como medidas preventivas de protección o la investigación y posterior sanción de violaciones a Derechos Humanos; también mediante el establecimiento de un marco normativo que logre que dichos bienes jurídicos no sean menoscabados por acciones de particulares.

Este segundo punto no se enmarca sólo dentro de la obligación general de garantía; también está relacionado con la obligación general de adaptación normativa. Así, los Estados tienen el deber de *compatibilizar* su ordenamiento jurídico con los lineamientos establecidos en la Convención Americana. Esto implica tanto la derogación de las normas que colidan con la CADH, como también la emisión de normas que garanticen la plena protección —por lo menos desde el plano normativo— de los bienes jurídicos establecidos en la Convención Americana, independientemente del potencial agente del daño; es decir, sea éste un agente del Estado o un particular.

Tal obligación está a cargo, en principio, del órgano legislativo del Estado pues es éste quien detenta la función normativa y, por tal, el encargado de dictar, derogar y modificar el ordenamiento jurídico de dicho Estado.

No obstante, el deber de adaptación normativa no se limita únicamente al poder legislativo de cada Estado; los organismos internos de aplicación de justicia, así como la Corte Interamericana, se encuentran en el deber de velar por la adecuación del ordenamiento jurídico interno de cada Estado con la Convención Americana. He ahí la importancia del control de convencionalidad: el mismo opera como un mecanismo adicional para garantizar que la obligación de adaptación normativa de los Estados sea realizada cabalmente.

Visto de esa forma, el control de convencionalidad es una herramienta importante para garantizar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos establecidos en la CADH, pues refuerza los mecanismos de control sobre la

obligación de adaptación normativa (en efecto multiplicándolos, pues ahora el deber se encuentra repartido entre la Corte Interamericana y la plétora de tribunales internos y demás órganos de impartición de justicia). Dada la importancia que tiene la obligación de adaptación normativa en relación con la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por acciones de particulares, instituciones como el control de convencionalidad, que coadyuvan al cumplimiento efectivo de la misma, resultan indispensables.

Conclusiones

A modo de conclusión general, debe señalarse que se ha logrado sistematizar los supuestos en los que, de acuerdo a la jurisprudencia de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos, un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por acciones de particulares. Debe tomarse en cuenta que ambos tribunales han rechazado expresamente la posibilidad de elaborar una teoría general al respecto, prefiriendo, en cambio, limitarse a un análisis casuístico. Por tal razón, no es posible hacer un catálogo absoluto de tales supuestos; sin embargo, sí se logró sistematizar los supuestos en los que tales cortes han considerado que el Estado es internacionalmente responsable por acciones de particulares. Esto es lo máximo posible dado el estado actual de la jurisprudencia.

La afirmación anterior se encuentra sustentada por otra serie de conclusiones, las cuales serán expuestas a continuación.

1. La base filosófica de los Derechos Humanos se ubica en la filosofía política; en particular en las concepciones del derecho natural elaboradas por las doctrinas contractualistas expuestas por autores como Hobbes y Locke. Estas ideas luego permearon al mundo jurídico, viéndose reflejados en importantes documentos, siendo el primero de ellos la Declaración de Derechos del Estado de Virginia. En tales documentos, máximos exponentes del constitucionalismo clásico, los Derechos Humanos son entendidos como límites al poder, como una forma de condicionar el actuar del Estado. En ese sentido, se puede afirmar que en el constitucionalismo clásico las normas de Derechos Humanos son unidireccionales; o, lo que es lo mismo: sólo tienen eficacia vertical, en relaciones entre los particulares y el Estado. Bajo esta tesis las normas de Derechos Humanos no tienen lugar en las relaciones entre particulares.

2. No obstante lo anterior, en el Siglo XX, principalmente en Alemania, se desarrollaron una serie de teorías que postulaban que las normas de Derechos Humanos eran multidireccionales. Por lo tanto, las mismas no debían ser

consideradas como meros límites al actuar del Estado; debían ser vistas como normas aplicables también a los particulares. Se considera que estas tesis implican un riesgo importante: el de la evaporación conceptual de los Derechos Humanos. Esto se refiere a que su aplicación en las relaciones entre particulares deja de lado el hecho de que el Estado es quien tiene el monopolio legítimo de la violencia y, por tal, no es posible equiparar sus conductas a las de particulares. Esto puede resultar en una banalización o trivialización del concepto de Derechos Humanos, lo cual será contraproducente para la protección de los mismos.

3. El desarrollo que el derecho internacional público ha hecho sobre la responsabilidad del Estado es de aplicación limitada al derecho internacional de los Derechos Humanos. Esto se debe a que las características intrínsecas de ambas áreas jurídicas dificultan la extrapolación de criterios de una a otra.

4. La responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos por hechos de particulares no se encuentra establecida expresamente en los dos textos regionales más importantes en la materia: la Convención Americana y la Convención Europea. La misma tiene su origen en la interpretación que las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos han hecho de las obligaciones generales de los Estados, establecidas en los respectivos tratados. A pesar de tener origen jurisprudencial, ambas cortes internacionales han expresamente rechazado elaborar una teoría general al respecto; limitando sus formulaciones teóricas a casos concretos.

5. La falta de una teoría general sobre el tema dificulta la elaboración de un catálogo absoluto de los supuestos en los que un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por las acciones de particulares. Sin embargo, a partir de las decisiones de ambos tribunales internacionales es posible sistematizar de manera inductiva los supuestos en que dicha responsabilidad internacional es procedente. Estos pueden ser agrupados en tres categorías: *primero*, los relativos al incumplimiento de tomar medidas positivas de protección concretas cuando el Estado tuvo o debió haber tenido conocimiento de una situación de riesgo creada

por particulares; *segundo*, los relativos a la vinculación de los particulares que causaron el daño con agentes del Estado, y *tercero*, las relativas al incumplimiento de la obligación de adaptación normativa por parte del Estado. En las secciones correspondientes se precisa con mayor detalle los requisitos específicos de procedencia de cada uno de estos supuestos.

6. En lo relativo al deber de adaptación normativa, existe un problema respecto a los mandatos expresos de criminalización. La Convención Americana ni la Europea los establecen. La jurisprudencia internacional ha considerado que sólo proceden cuando su violación se considera proscrita por el *jus cogens*, lo cual por lo general implique que ello esté establecido en un tratado internacional específico. Esta conclusión es correcta; de lo contrario, un uso indiscriminado de la tesis de los mandatos expresos de criminalización aunada al fenómeno de la *inflación* de Derechos Humanos desencadenaría una hipertrofia del sistema penal que sería contraproducente para la vigencia efectiva y el goce de tales derechos. Sobre la obligación de adaptación normativa, se concluye favorablemente que el control de convencionalidad interno es un importante elemento para coadyuvar al correcto cumplimiento de esta obligación.

7. Por último, se puede resumir toda la problemática que rodea al tema a investigar en la ambigüedad y falta de precisión de los instrumentos normativos, tanto internos como internacionales, que abordan la materia. Se entiende que es imposible que una norma sea completamente inequívoca; sin embargo, en este caso, la falta de precisión deviene en incertidumbre y en aseveraciones teóricas con consecuencias prácticas negativas. Ante tal situación, los tribunales encargados de aplicar la norma, en vez de rehuir la formulación de una teoría general, deberían afrontar esa tarea con el fin de solventar esa situación.

Referencias

- Aguiar, Asrubal (1997). *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*. Caracas: Monteavila Editores Latinoamericana y Universidad Católica Andrés Bello.
- Akandji-Kombre, Jean Francois (2006). *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme: Un guide pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Bruselas, Bélgica: Conseil de l'Europe.
- Alexy, Robert (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. (trad. María Cecilia Añaños Meza). *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 8(5).
- Alexy, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alfaro Águila-Real, Jesús (1992). Autonomía privada y derechos fundamentales. *Anuario de Derecho Civil* 46(1). Madrid: Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado.
- Alfonso, Ilis. (1999). *Técnicas de investigación bibliográfica* (8ava. ed). Caracas: Contexto.
- Alkema, Evert A (1988) The third-party applicability or "Drittwirkung" of the ECHR. En *Protecting Human Rights: the European Dimension*. Colonia, Alemania: Carl Heymans Verlag KG.
- Arias, Fideas (1999) *El proyecto de investigación: guía para su elaboración*. Caracas: Episteme.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (2001) *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Nueva York, Estados Unidos: Autor.

- Ayala Corao, Carlos (2002). La Jerarquía Constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias. En: *Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano*. San Cristobal: Universidad Católica del Táchira, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y Universidad Experimental del Táchira.
- Ayala Corao, Carlos (2012). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Balaguer Callejón, F., Cámara Villar, G., López Aguilar, J., Cano Bueso, J., Balaguer Callejón, M.L. y Rodríguez, A. (2009). *Derecho Constitucional* (vol. II). Madrid: Técnos.
- Balestrini, Mirian. (2006). *Cómo se elabora el proyecto de investigación* (7ma edición). Caracas: BL Consultores Asociados.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio (2007). Derechos Fundamentales y Derecho Penal. *Revista de Estudios de Justicia* 9. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Bazán, Victor (2010). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable. En *VII Congreso mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>
- Bernal Pulido, Carlos (2006). El principio de proporcionalidad de la legislación penal. *Justicia Constitucional* 3. Lima, Perú: Palestra.
- Bilbao Ubillos, Juan María (2006). La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. *Direitos Fundamentais e Direito Privado — Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra, Portugal: Almedina

- Bingham, Tom (2010). *The Rule of Law*. Londrés: Penguin.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1993) *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde). Baden-Baden, Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Brownlie, Ian (2003). *Principles of Public International Law*. (6ta. ed). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Cançado Trindade, Augusto Antonio (1999). *Tratado do Direito Internacional dos Direitos Humanos* (vol. II). Porto Alegre, Brasil: Ediciones Sergio Antoni Fabris.
- Cançado Trindade, Augusto Antonio (2011). Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law. En *XXXVII Curso de Derecho Internacional*. Washington, Estados Unidos: Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos.
- Cançado Trindade, Augusto Antonio (2012) *The Access of Individuals to International Justice*. Londres, Reino Unido: Oxford University Press.
- Casal, Jesús María (2009). *Los Derechos Humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Casal, Jesús María (2010). *Los Derechos Fundamentales y sus restricciones*. Caracas: Legis.
- Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (2010). *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina: Autor.
- Chemmerinsky, Erwin (1997). *Constitutional Law: Policies and Principles*. Aspen, Estados Unidos: Aspen Law & Business.

- Clapham, Andrew (1993). The 'Drittwirkung' of the Convention. En *The European System for the Protection of Human Rights* (pp. 163-206). Dordrecht, Holanda: Martinus Nijhoff.
- Clapham, Andrew (2006). *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos*. Nueva York, Estados Unidos: Autor.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (1969). *Organización de Estados Americanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Washington, Estados Unidos: autor.
- Courtis, Christian (2005). La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. En *Estudios sobre justicia penal: Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Crawford, James (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8ava. Ed.) Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Daudet, Yves (2004) Actualités de la Codification du Droit International. En *Recueil des cours de la Académie de Droit International de la Haye*. Leiden, Holanda: Martinus Nijhoff.
- De Meyer, Jan (1973) The Right to respect for private and family life, home and communications in relations between individuals, and the resulting obligations for States parties to the Convention. En A.H. Robertson (Ed.) *Privacy and Human Rights*. Manchester, Reino Unido: Manchester University Press.
- Diez de Velasco, Manuel (1999). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (12ava. edición). Madrid: Tecnos.

- Díez-Picazo, Luis (2008). *Sistema de derechos fundamentales* (3era. ed.). Pamplona, España: Thomson-Civitas.
- Eco, Humberto (s/f). *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de estudio, de investigación y escritura*. Salamanca. Universidad de Salamanca [Libro en línea]. Recuperado de http://web.usal.es/~mom/tesis_eco.pdf.
- Eissen, Marc-André (1961). La convention et les devoirs des individus. En *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*. Paris, Francia: Conseil de l'Europe.
- Eissen, Marc-André (1971). La Convention Européenne des Droits de L'Homme et les obligations de l'individu: une mise a jour. En *René Cassin Amicorum Discipulorumque liber*, Vol III (pp. 151-162). París, Francia: Pedone.
- Engle, Eric (2009). Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review*, 5(2) Oldenburgo, Alemania: Carl von Ossietzky Universität.
- Faúndez Ledesma, Héctor (1999). *El sistema interamericano de derechos humanos. Aspectos Institucionales y Procesales* (2da. ed). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Faúndez Ledesma, Héctor (1999). Derecho Internacional, impunidad y responsabilidad del Estado. *Nueva Sociedad* 161. Buenos Aires, Argentina: Friedrich Ebert Stiftung.
- Ferrajoli, Luigi (2006). Sobre los Derechos Fundamentales (Trad. Miguel Carbonell). *Cuestiones Constitucionales* 15. México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, Luigi (2008). *Democracia y garantismo* (Trad. M. Carbonell). Madrid, España: Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. En *La*

reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma.
México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

García de Enterría, Eduardo (2000). *Democracia, jueces y control de la administración* (5ta. Ed.). Navarra, España: Thomson Civitas.

García Pelayo, Manuel (1994). *Las transformaciones del estado contemporáneo* (2da. ed). Madrid, España: Alianza Editorial.

García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio (1986). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares.* Madrid, España: Civitas

Guastini, Ricardo (2013) A propósito del neoconstitucionalismo. *Gaceta Constitucional* 67. Lima, Perú: Grupo Gaceta Jurídica (Trad. Renzo Cavani).

Hamilton, A., Jay, J. y Madison, J. (2001). *The Federalist: A Commentary on the Constitution of the United States.* Robert Scigliano (Ed.). Nueva York: The Modern Library.

Hernández, Roberto, Fernández, Carlos. y Baptista, Pilar. (2006). *Metodología de la investigación* (4ta edición). México, México: McGraw-Hill.

Hesse, Konrad (1995). *Derecho constitucional y derecho privado* (trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid, España: Cuadernos Cívitas (original en alemán publicado en 1988).

Hitters, Juan Carlos (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales* 7(2). Talca, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.

Hobbes, Thomas (1995). *Leviatán.* (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, España: Alianza Editorial. (Original en inglés publicado en 1651).

- International Law Commission (2001). Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II. Nueva York: Organización de Naciones Unidas, división de codificación, oficina de asuntos legales.
- Jellinek, Georg (2003). *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. (trad. Adolfo Posada). México, México: Universidad Nacional Autónoma de México (original en alemán publicado en 1895).
- Kelsen, Hans (2010). *Teoría pura del derecho* (trad. R. Vernengo). Caracas: Liber. (original en alemán, publicado en 1960).
- Kiss, Alexandre-Charles (1971). La Protection des Droits de L'Homme dans les rapports entre personnes privees en Droit International Public. En *René Cassin Amicorum Discipulorumque liber*, Vol III (pp. 216-223). París, Francia: Pedone.
- Kumm, Matthias (2010). ¿Quién teme a la constitución total?. En Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.) *La argumentación y los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (trad. Carlos Bernal Pulido).
- Lopera Mesa, Gloria (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En Miguel Carbonell (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo (2005) La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal? *Revista derecho y Humanidades* 11. Santiago, Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

- Margunaud, Jean Pierre (2010) *La Cour Européene des Droits de L'Homme*. (5ta. ed.) París, Francia: Dalloz.
- Mchangama, Jacob y Verdirrame, Guglielmo (2013, 24 de julio). The Danger of Human Rights Proliferation: when defending liberty less is more. *Foreign Affairs*. Recuperado de:
<http://www.foreignaffairs.com/articles/139598/jacob-mchangama-and-guglielmo-verdirame/the-danger-of-human-rights-proliferation>
- Medina Ardila, Felipe (2009). La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. *Diálogo Interamericano* 1. Bogotá, Colombia: Ediciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Mijangos y González, Javier (2003). El concepto de poder público y la protección de los derechos fundamentales frente a particulares. *Revista del foro constitucional iberoamericano*. 4. Madrid, España: Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III.
- Mijangos y González, Javier (2007). La doctrina de la Drittwirkung der grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional* 20. Granada, España: Universidad de Granada.
- Mir Puig, Santiago (2004). *Derecho Penal. Parte General*. (7ma. Ed.) Buenos Aires: Editorial B de F.
- Mowbray, Alastair (2004). *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Reino Unido: Hart Publishing.
- Muñoz Machado, Santiago (2006). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* (2da. Ed.). Madrid, España: Iustel.

- Nikken, Pedro (1994). El Concepto de derechos humanos. En R. Cerdas Cruz y R. Nieto Loaiza (Comps.). *Estudios básicos de derechos humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Nikken, Pedro (2006). *La Garantía Internacional de los Derechos Humanos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Oliver, Dawn y Fedtke, Jorg (Eds.) (2007) Human Rights and the Private Sphere- The Scope of the Project. En, *Human Rights in the Private Sphere*. Nueva York: Routledge-Cavendish.
- Organización de Estados Americanos (1969) *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y documentos*. San José, Costa Rica: Autor.
- Padrón Guillén, José (1998). *La estructura de los procesos de investigación*. [publicación en línea]. Recuperado de: http://padron.entretemas.com/Estr_Proc_Inv.htm
- Pastor Ridruejo, José (2002). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales* (8av. ed.) Madrid, España: Tecnos.
- Paz Ares, Cándido y Alfaro Águila-Real, Jesús (2003). Un ensayo sobre la libertad de empresa. En *Libro homenaje a Luis Díez-Picazo*. Tomo IV. pp. 59-82. Madrid: Thomson Civitas.
- Rawls, John (1999). *A Theory of Justice*. (Ed. Revisada). Boston, Estados Unidos: Harvard University Press.
- Roxin, Claus (2001). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos de la Estructura del Delito* (Trad. D-M Luzón, M Díaz y J. de Vicente). (2da. Ed.) Tomo I. Madrid: Civitas.
- Rubio Llorente, Francisco (2006). Derechos fundamentales, derechos humanos y estado de derecho. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del*

- estado, derecho público e historia constitucional*, 4. Oviedo, España: Universidad de Oviedo.
- Rotunda, Ronald y Nowak, John (1992). *Constitutional Law: Substance and Procedure* (2da. Ed). Volumen II. Saint Paul, Estados Unidos: West Publishing Co.
- Sagüés, Nestro Pedro (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales* 8(1). Talca, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.
- Shaw, Malcolm (2008). *International Law* (6ta ed.). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Shue, Henry (1984) The Interdependence of Duties. En: Phillip Alston y Katarina Tomasevski (eds.) *The Right to Food*. Dordrecht, Holanda: Martinus Nijhoff.
- Silva Sánchez, Jesús-María (2009). Una crítica a las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". *Revista de Estudios de Justicia* 11. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Spielmann, Dean (1995). *L'effet potentiel de la Convention Européenne des Droits de l'Homme entre personnes privées*. Bruselas: Etablissements Emile Bruylant.
- Starck, Christian (2002). Derechos fundamentales y derecho privado. *Revista Española de Derecho Constitucional* 22(66) (Trad. De María J. Roca). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Starmer, Keir (1999). *European Human Rights Law*. Londres, Reino Unido: Legal Action Group.
- Taine, Hippolyte (1986). *Les origines de la France contemporaine. Tome I. L'Ancien régime*. París, Francia: Editions Robert Laffont, collection Bouquins (original en francés publicado en 1875).

- Van Dijk, P., van Hoof, F., van Rijn, A. y Zwaak, L. (Eds.) (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. (4ta ed.) Amberes, Bélgica: Intersentia.
- Vargas Carreño, Edumundo (1979). La recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico venezolano. La Constitución de 1961 ¿Dualista o monista? En *Estudios sobre la Constitución: Libro homenaje a Rafael Caldera* (Tomo III). Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Xenos, Dimitri, (2012). *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*. Londres, Reino Unido: Routledge Publishers.
- Waldron, Jeremy (1993). *Liberal Rights: Collected Papers, 1981-1991*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Weber, Max (2002) *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (trad. P. Baehr y G. Wells). Nueva York: Penguin. (original en alemán publicado en 1905).

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia del 19 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Caso Blake Vs. Guatemala*. Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.
- Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Sentencia del 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.
- Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Caso Villagrán Morales y otros "Niños de la Calle" Vs. Guatemala*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Caso Olmedo Bustos y otros (La Última Tentación de Cristo) Vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Caso Chumbipuma Aguirre y otros "Barrios Altos" Vs. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo del 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia del 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia del 22 de noviembre del 2005. Serie C No. 136.

Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Sentencia del 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.

Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 146

Caso Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

Caso Aguado Alfaro “Trabajadores Cesados del Congreso” Vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Sentencia del 26 de noviembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C. No. 166.

Caso Masacre la Rochela Vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C. No. 163

Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169

Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171

Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia del 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Sentencia del 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

Caso Castañeda Gutman Vs. México. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia del 12 de agosto de 2008.

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Caso Rios y otros Vs. Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Caso González y otras (Campo algodonero) Vs. México. Sentencia del 16 de noviembre del 2009. Serie C No. 205.

Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Caso Rosendo Cantú Vs. México. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia del 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia del 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Sentencia del 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256.

Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte Europea de Derechos Humanos

Caso relativo a algunos aspectos de las leyes sobre el uso del lenguaje en la educación en Bélgica Vs. Bélgica. Sentencia del 23 de julio de 1968.

Caso Marckx v. Belgium. Sentencia del 13 de junio de 1979.

Caso Airey Vs. Irlanda. Sentencia del 9 de octubre de 1979.

Caso Young, James and Webster Vs. Reino Unido. Sentencia del 13 de agosto de 1981.

Caso Pretto Vs. Italia. Sentencia del 8 de diciembre de 1983.

Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido. Sentencia del 28 de junio de 1984.

Caso Plattform ‘Arzte fur das Leben’ Vs. Austria. Sentencia del 21 de junio de 1988

Caso Brozicek Vs. Italia. Sentencia del 19 de diciembre de 1989.

Caso Powell y Rainer Vs. Reino Unido. Sentencia del 21 de febrero de 1990.

Caso López Ostra Vs. España. Sentencia del 9 de diciembre de 1994.

Caso Andronicou y Constantinou Vs. Chipre. Sentencia del 9 de octubre de 1997.

Caso Guerra y otros Vs. Italia. Sentencia del 19 de febrero de 1998.

Caso Ergi Vs. Turquía. Sentencia del 28 de julio de 1998.

Caso Osman Vs. Reino Unido. Sentencia del 28 de octubre de 1998.

Caso Ozgur Gundem Vs. Turquía. Sentencia del 16 de marzo de 2000.

Caso Kilic Vs. Turquía. Sentencia del 28 de marzo del 2000.

Caso Mahmut Kaya Vs. Turquía. Sentencia del 28 de marzo del 2000.

Caso Akkoc Vs. Turquía. Sentencia del 10 de octubre de 2000.

Caso Kelly y otros Vs. Reino Unido. Sentencia del 4 de mayo de 2001.

Caso Hugh Jordan Vs. Reino Unido. Sentencia del 4 de mayo de 2001.

Caso Shanaghan Vs. Reino Unido. Sentencia del 4 de mayo de 2001.

Caso Z Vs. Reino Unido. Sentencia del 10 de mayo de 2001.

Caso Denizci y otros Vs. Chipre. Sentencia del 23 de mayo de 2001.

Caso Vereingegen Tierfabriken. Sentencia del 28 de junio de 2001.

Caso Calvelli y Ciglio Vs. Italia. Sentencia del 17 de enero de 2002.

Caso Paul y Audrey Edwards Vs. Reino Unido. Sentencia del 14 de marzo de 2002.

Caso McVicar Vs. Reino Unido. Sentencia del 7 de mayo de 2002.

Caso E y otros Vs. Reino Unido. Sentencia del 26 de noviembre de 2002.

Caso Hatton y otros Vs. Reino Unido. Sentencia del 8 de julio de 2003.

Caso M.C. Vs. Bulgaria. Sentencia del 4 de diciembre de 2003.

Caso Taskin y otros Vs. Turquía. Sentencia del 10 de noviembre de 2004.

Caso Öneriyildiz Vs. Turquía. Sentencia del 30 de noviembre de 2004.

Caso Koku Vs. Turquía. Sentencia del 31 de mayo de 2005.

Caso Siliadín Vs. Francia. Sentencia del 26 de julio de 2005.

Caso Kontrava Vs. Eslovaquia. Sentencia del 31 de mayo de 2007.

Caso Tatar Tatar Vs. Rumania. Sentencia del 5 de julio de 2007.

Caso Osmanoglu Vs. Turquía. Sentencia del 24 de enero de 2008.

Caso Colak y Tsakiridis Vs. Alemania. Sentencia del 5 de marzo de 2009.

Caso Opuz Vs. Turquía. Sentencia del 9 de junio de 2009.

Caso Maiorano y otros Vs. Italia. Sentencia del 15 de diciembre de 2009.

Caso Kalender Vs. Turquía. Sentencia del 15 de diciembre de 2009.

Caso Rantsev Vs. Chipre y Rusia. Sentencia del 7 de enero de 2010.

Caso Bacila Vs. Rumania. Sentencia del 30 de marzo de 2010.

Caso A Vs. Croacia. Sentencia del 14 de octubre de 2010.

Otras decisiones y laudos internacionales

Affaire des biens britanniques au Maroc Espagnol (Espagne contre Royaume Uni). Laudo del 1ero de mayo de 1925.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso concerniente a la fábrica en Chorzów* (Alemania Vs. Polonia). Decisión N° 8 del 26 de julio de 1927.

Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión consultiva del caso *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, Serie B No. 10. Decisión del 21 de febrero de 1925.

Gobierno de Kuwait Vs. American Independent Oil Company. Laudo del 24 de marzo de 1982.

BP Exploration Co. Vs. Lybia. Laudo del 10 de octubre de 1973.

Rainbow Warrior (Francia Vs. Nueva Zelanda). Laudo del 30 de abril de 1990.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: *Fiscal Vs. Tadic*. Decisión de la Cámara de Apelaciones del 15 de julio de 1999.

Caso Sambiaggio (Italia Vs. Venezuela). Laudo del 7 de mayo de 1903.

Corte Internacional de Justicia

Caso Gabcikovo-Magymaros Project (Hungaria Vs. Eslovaquia), sentencia del 25 de septiembre de 1997.

Caso Corfu Channel (Reino Unido Vs. Albania), sentencia del 9 de abril de 1949.

Tribunal Constitucional Federal Alemán

Sentencia Lüth, BVerfGE 7, 198 (1958).

Corte Supremo de los Estados Unidos

Lugar Vs. Edmonson Oil Co. 457 U.S. 922. Decisión del día 25 de junio de 1982.