



FACULTAD DE DERECHO

DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS, APLICADA A  
LOS DERECHOS HUMANOS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el título de  
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía  
Abg. Salim Marcelo Zaidán Albuja

Autora  
María Carvajal Escobar

Año  
2010

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Salim Marcelo Zaidán Albuja  
Abogado  
171367380-2

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

María Carvajal Escobar  
172094611-8

## AGRADECIMIENTO

Mi gratitud imperecedera a la Universidad de las Américas  
y al personal docente que supo impartir sus enseñanzas  
para mi formación de Abogada; de manera especial,  
al Abg. Salim Zaidán, quien con entrega y  
generosidad concretó la dirección de esta tesis.

## DEDICATORIA

Dedico la presente tesis a mis padres, quienes me dieron la vida y con esmero cultivaron en mi los principios éticos necesarios para llevarla con decoro y culminar mi carrera de Abogada.

## RESUMEN

Mi tesis de abogada: “El Margen de Apreciación de los Estados, aplicada a los Derechos Humanos”, se vincula al campo de los Derechos Humanos.

Su principal objetivo es defender la aplicación de los Derechos Humanos previstos en los convenios internacionales y dispuestos en diversas sentencias de los organismos que administran justicia en esa materia.

Ilustra en qué consiste el Margen de Apreciación de los Estados y la necesaria cesión parcial de su soberanía para armonizar dicho margen con el cumplimiento de las sentencias dictadas por los organismos internacionales de justicia, como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

Particularmente hace énfasis en los casos ecuatorianos y evidencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado sentencias inobservando el ordenamiento jurídico interno del Ecuador.

Determina el alcance de la doctrina del margen de apreciación en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.

Como aporte muy personal y valor agregado, efectúa una propuesta objetiva para la aplicación de la Doctrina del Margen de Apreciación en el Ecuador, estableciendo la creación de un Comité con potestad para resolver los conflictos que se generen entre las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos y el ordenamiento jurídico interno ecuatoriano.

Adicionalmente, establece un procedimiento y las causales de ejecución e inejecución de las sentencias provenientes de los organismos internacionales.

El método empleado en la investigación ha sido de carácter científico, sirviéndose de submétodos como el inductivo, deductivo, comparativo, descriptivo y jurídico, entre otros.

El estudio logra concretar conclusiones y recomendaciones objetivas, evidenciando que el aspecto gubernamental se halla ligado a los derechos humanos, que se necesita una armonización entre las normas internacionales y las específicas de cada Estado parte y que la vulneración de derechos humanos implica una sanción y una reparación en cuanto sea posible. Así mismo, concluye recomendando la preparación y educación de los políticos y gobernantes en materia de Derechos Humanos; motiva a las futuras generaciones a formarse desde su niñez en una cultura de respeto de dichos derechos y aspira ser una guía para los estudiantes que se interesen en esta materia.

My thesis of law: “Appreciation Margin of States, applied to Human Rights”, is linked with the subject of Human Rights.

Its main objective is to defend the application of Human Rights listed on international agreements and stipulated on different sentences from the organisms that administrate justice on this subject.

It illustrates the Appreciation Margin of States and the necessary partial revocation of States sovereignty in order to harmonize that margin with the fulfillment of sentences passed by the International Organisms such as the Inter-American Human Rights Court and the European Human Rights Court.

It particularly emphasizes the Ecuadorian cases and shows that the Inter-American Human Rights Court has passed sentences without observing the Ecuadorian internal legal order.

It determines the reach of the Appreciation Margin in the European and inter-American Human Rights systems.

As a plus and a very personal contribution, my thesis proposes objectively the application of the Appreciation Margin Doctrine in Ecuador, by establishing the creation of a Committee with legal authority to solve conflicts generated among the Inter-American Human Rights System decisions and the Ecuadorian internal legal order. In addition, it states procedures, execution and non execution considerations resulting from International Organisms sentences.

The applied investigation method has a scientific character, using some sub-methods such as inductive, deductive, comparative, descriptive and legal, among others.

The study manages to set objective conclusions and recommendations, stating that the governmental aspect is linked to Human Rights and needs some harmony between the international and the specific regulations of each State; and that the Human Rights vulnerability implies a sanction and a necessary amendment when possible. In the same way, this thesis recommends Politicians and Leaders to be trained and educated on Human Rights; it motivates future generations to be trained, since childhood, on a respectful culture of these rights and hopes to be a guide for students who might be interested in this field.

## ÍNDICE

Introducción	1
CAPITULO I	
1. El Estado: sus elementos estructurales y la soberanía como principio fundamental	4
1.1. Concepto de Estado y sus clases (estado absoluto, estado liberal, estado social de derecho, estado constitucional de derechos y de justicia)	4
1.2. Elementos estructurales del Estado	7
1.3. Concepto de soberanía y su tipología	11
1.4. La ratificación de tratados internacionales como instrumentos de cesión de la soberanía estatal a los organismos internacionales	12
CAPITULO II	
2. Origen y fundamentos de la doctrina del margen de apreciación	15
2.1. Concepto de Margen de Apreciación de los Estados	16
2.2. Origen doctrinal y jurisprudencial del margen de apreciación	18
2.3. Principios y fundamentos de la doctrina del margen de apreciación: subsidiaridad y proporcionalidad	23
2.4. El deber de deferencia de los organismos internacionales	26
2.5. La jerarquía normativa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	34
2.6. Procedimiento de incorporación del “Margen de Apreciación” en el ordenamiento jurídico interno del Ecuador	40
2.7. El deber del Estado de adecuación normativa en la Convención Americana sobre derechos humanos y en la Constitución Política	42

2.8. Método de la ponderación judicial: derechos en colisión y reconocimiento de valor preferente.	49
--	----

### CAPITULO III

3. Jurisprudencia del margen de apreciación en el sistema europeo de derechos humanos	53
3.1. Desarrollo y alcance del la doctrina del margen de apreciación en Europa	54
3.2. Análisis del caso Irlanda vs. de Reino Unido	56
3.3. Caso Lawless vs. Irlanda: posición del Estado y decisión del Tribunal Europeo en aplicación de la doctrina	59
3.4. Análisis de los casos Handyside y Sunday Times contra el Reino Unido	65

### CAPITULO IV

4. La doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos	71
4.1. Métodos de interpretación de la Convención Americana	72
4.2. Escenarios admisibles de restricción de los derechos	76
4.3. Concepto de orden público y los cuestionamientos por la indeterminación de su concepto	81
4.4. Posición de los Estados en los procesos ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos	84
4.5. Posición de los órganos del Sistema interamericano	93

### CAPITULO V

5. Casuística ecuatoriana sobre la doctrina del margen de apreciación	100
---	-----

5.1.Caso Consuelo Benavides: la prescripción de una acción penal como obstáculo del Estado para cumplir con el deber de justicia penal	100
5.2.Caso Chaparro - Lapo: la imposibilidad de constituir un Tribunal arbitral a partir de una medida de reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	106
CAPITULO VI	
6. Propuesta objetiva para la aplicación del “Margen de Apreciación” en el Ecuador	112
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	118
Anexo	119

## INTRODUCCIÓN

En múltiples ocasiones la violación de los derechos humanos en el ámbito interno de los estados es tal, que su recurrencia ha dado ocasión a la creación de cortes y tribunales internacionales para administrar justicia en dicha materia y compeler de alguna manera a que aquellos resarzan los daños e impactos causados en detrimento de las víctimas afectadas. Evidentemente, para que la implementación de este sistema funcione se requiere contar con la aceptación expresa de los estados a través de dos hechos concretos: la ratificación a la Convención Americana de Derechos Humanos y el reconocimiento al ejercicio de la jurisdicción contenciosa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Establecido este nexo de acción como mecanismo tendiente a garantizar la salvaguarda de los derechos humanos, previstos en los Convenios Internacionales, surge un nuevo problema, cual es el de la delimitación entre el ordenamiento jurídico interno, fundamentalmente el constitucional y el radio de acción y alcance de la sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En otras palabras, se requiere que, en lo posible, dichos fallos observen la normativa interna de cada estado adherido al reconocimiento del referido organismo internacional.

La casuística ha demostrado que en no pocas ocasiones las decisiones de la referida Corte Interamericana han sobrepasado e incluso contrariado el ordenamiento jurídico interno de varios países, entre ellos del Ecuador, básicamente en lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción.

Frente a esta situación, surge una doctrina cuyo propósito es reforzar la soberanía del Estado adherente a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal manera que se logre alcanzar una postura ecléctica que consagre su auto determinación y el ejercicio de su jurisdicción pero sin eludir el control y la decisión de la referida Corte.

La doctrina en cuestión se la conoce bajo el nombre de “Margen de Apreciación de los Estados”.

La aplicación de la referida doctrina por la pura o simple aplicación va a generar evidentemente un desajuste respecto de la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que, como ya indiqué anteriormente, en varias ocasiones, aquellas contienen disposiciones que riñen principalmente con los procedimientos establecidos para el ejercicio de la jurisdicción interna de cada estado. Por ello, es imprescindible que dicha aplicación vaya acompañada con la creación de una regla de jurisdicción que se traduzca en una reforma a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la incorporación de un artículo a nivel de las Constituciones o Cartas Magnas de los estados adherentes, con miras a determinar el alcance de la jurisdicción nacional en relación o armonía con la jurisdicción interamericana.

En lo atinente al Ecuador, existen algunos casos en los cuales la aplicación de la Doctrina del Margen de Apreciación ha determinado la imposibilidad u obstáculo para cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por existir incompatibilidad manifiesta con las normas sustantivas y adjetivas propias de su ordenamiento interno y evidentemente con el ejercicio mismo de su jurisdicción.

Lo expuesto desemboca en una problemática jurídica contemporánea que ocupa y debería ocupar a la mayor parte de los estados contemporáneos, más aún si se considera que los derechos inmanentes y consustanciales a la existencia del ser humano han llegado a erigirse como un verdadero baluarte para su realización y desarrollo en todas las esferas del planeta.

Es por ello que, a través de la presente investigación pretendo adentrarme en un tema de trascendental importancia para la vida nacional dentro del contexto

interamericano, aspirando que la misma constituya un aporte para los estudiosos del Derecho en general y de la subespecialidad de Derechos Humanos en particular.

Con modestia y al mismo tiempo con orgullo, tengo a bien ofrecer esta tesis, producto de muchas horas de investigación y esfuerzo, consciente a la vez de que la misma constituirá un pasaje más dentro del infinito mundo del conocimiento jurídico.

**La Autora**

## CAPITULO I

### 1. EL ESTADO: SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y LA SOBERANÍA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL

**1.1 Concepto de Estado y sus clases (estado absoluto, estado liberal, estado social de derecho, estado constitucional de derechos y de justicia)**

**1.2 Elementos estructurales del Estado**

**1.3 Concepto de soberanía y su tipología**

**1.4 La ratificación de tratados internacionales como instrumentos de cesión de la soberanía estatal a los organismos internacionales**

**1.1 Concepto.-** Existen tantos conceptos de Estado como posturas filosóficas, doctrinarias e ideológicas las haya, así podemos analizar los conceptos de algunos tratadistas como:

El tratadista ecuatoriano Dr. Aurelio García manifiesta: “entendemos por Estado a la sociedad organizada política y jurídicamente, dentro de los límites de un territorio determinado y bajo el imperio de una autoridad suprema e independiente.” **(1)**

El filósofo francés Jacques Maritain considera que “el Estado es únicamente esa parte del cuerpo político cuya función específica consiste en mantener la ley, en promover la prosperidad común y el orden público y administrar los negocios públicos. El Estado es una parte especializada en los intereses del todo. No es un hombre o un grupo de hombres: es un conjunto de instituciones que se combinan para formar una máquina reguladora que ocupa la cumbre de la sociedad.” **(2)**

Para el ex presidente de la República del Ecuador y estudioso de la Ciencia Política, Dr. Rodrigo Borja Cevallos, el Estado se halla caracterizado

---

1) García Aurelio, “Ciencia del Estado”, tomo I, pág. 66.

2) Galvis Gaitán Fernando, “Manual de Ciencia Política, pág. 20.

esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad, constituye el régimen de coexistencia humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre y representa la primera forma propiamente política de organización social, en la que el poder se institucionaliza y se vuelve impersonal.

Luego de efectuar un razonamiento acerca de las expresiones del Dr. Borja, deduzco que evidentemente es el poder político o gobierno el que se institucionaliza a través del camino que para el efecto se prevé en la Constitución de la República e igualmente, se torna impersonal en la medida en que lo que trasciende es la majestad presidencial sin respecto del gobernante de turno o su nombre particular.

Después de un auscultamiento de orden general sobre el tema, llego a la conclusión de que un concepto ecléctico, totalmente apegado a la cientificidad es el adecuado, fundamentalmente desde el punto de vista de la materia denominada Ciencia Política. La definición en cuestión se sintetiza de la siguiente manera:

El Estado es una sociedad jurídica y políticamente organizada, compleja, completa, necesaria, que se asienta en un territorio determinado, bajo el imperio de unas mismas leyes, con la finalidad de autodeterminarse y cumplir con la justicia social.

Las definiciones anteriores sirven de base para concebir al denominado **Estado Constitucional de Derechos y Justicia**, expresión que consta como una característica de Estado en el artículo primero de la Constitución de la República del Ecuador y que no puede ni debe ser considerada como un atributo exclusivo de nuestro país, pues, aquello obedece a un proceso de transformación de los marcos constitucionales e institucionales de varios estados principalmente sudamericanos, entre ellos Venezuela, Bolivia, Chile, Argentina y Brasil.

Luego de haber efectuado este comentario, considero trascendente develar qué es lo que debe entenderse como Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Cuando se habla de derechos, ha de entenderse tanto los humanos amparados por los Convenios Internacionales como los fundamentales, previstos en la Constitución de la República.

Así mismo, cuando nos referimos a la justicia, debemos resaltar su papel garantista de los derechos referidos anteriormente. Hoy por hoy los jueces, independientemente de administrar justicia en la materia o ámbito del derecho que les competa, son ante todo jueces constitucionales y su deber fundamental es priorizar las disposiciones de la Carta Magna por sobre cualquiera otra del ordenamiento jurídico existente. El esquema es que el propio Estado, sus órganos e instituciones se subordinan a los principios y derechos consagrados en la Constitución, llegando al punto de invalidar sus actuaciones y conferir la razón a los ciudadanos cuando ha existido vulneración de derechos constitucionales.

Vale la pena resaltar que en el caso del Ecuador nos encontramos frente a este tipo de Estado, en plena vigencia, basta con referir algunos artículos de su Constitución para ratificar lo dicho, así por ejemplo, el artículo primero que como ya indiqué anteriormente califica al Ecuador, entre otros aspectos, como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; el artículo 3 numeral 1, que ordena garantizar sin discriminación alguna los principios contenidos en la Constitución y los convenios internacionales; el artículo 11, numerales 3, 4, 7 y 9 que insisten en la aplicación preponderante e irrestricta de la Constitución y de los convenios internacionales; artículos 172 y 173 que establecen el deber de los jueces de administrar justicia con sujeción a la Constitución y a los convenios internacionales, así como de que todos los actos podrán ser demandados por vía judicial o en sede administrativa; el artículo 417 que

dispone la armonización de los tratados internacionales con la Constitución de la República del Ecuador; los artículos 424, 425 y 426 que a más de denotar la supremacía de la Constitución prevén la ineficacia de las normas y actos del poder público cuando estos la contrarían; y, el artículo 428 que llega a disponer la suspensión de los procesos cuando un juez detecte que una norma jurídica es contraria a la Constitución o cuando exista conflicto entre esta y una contenida en un convenio internacional que sea más favorable, en cuyo caso deberá remitir el expediente a consulta a la Corte Constitucional.

En síntesis, como se puede observar, hablar del Estado Constitucional de Derechos y Justicia es referirse a una organización socio - jurídica, política y económica que gira en torno a una Constitución de la República y a los principios y derechos consagrados en la misma, como si se tratase del corazón de la sociedad, de tal manera que todos los poderes y funciones públicas se armonicen en una defensa abierta de los derechos humanos y colectivos como la razón de ser de la existencia y justificación del Estado.

Habiendo concluido de esta manera con las definiciones precedentes, me corresponde ahora referirme a los elementos estructurales del Estado.

**1.2 Elementos Estructurales del Estado.-** Cuatro son los elementos estructurales, a saber: a) El Pueblo; b) El Territorio; c) El Poder Político; y, d) La Soberanía.

**a) El Pueblo.-** Para entender este término y su significado es menester recordar que pueblo y población no son la misma cosa desde el punto de vista del lenguaje técnico- constitucional, pues, la población es más bien un término étnico- demográfico, de orden cuantitativo o numérico, que significa el conjunto total de habitantes de una determinada sociedad, así por ejemplo, nos referimos a la población de Amaguaña, de Quito, de Pichincha o del Ecuador.

El pueblo, en cambio, se define como aquel segmento de la población que, habiendo cumplido la mayoría de edad y en goce de sus derechos políticos, se

halla en capacidad constitucional de intervenir en la vida política del Estado, de opinar sobre los aspectos y decisiones gubernamentales y, por supuesto, de elegir y ser elegidos.

El pueblo es en consecuencia una categoría jurídico – política que determina el destino del Estado democrático.

El pueblo entraña además una coincidencia de valores éticos, sociales, costumbristas, cívicos, históricos y culturales, de tal manera que si bien en principio se lo utiliza como un término general, en realidad no lo es, ya que cada Estado posee su propio pueblo, esto es, un conjunto de personas que se diferencian unas de otras por efecto justamente de la coincidencia de aquellos valores que les son comunes; por ello podemos hablar por ejemplo del pueblo ecuatoriano, del pueblo alemán, del pueblo chino, etc.

**El Territorio.-** Susceptible de definírsele como aquel espacio sobre el cual se asienta un Estado, habiendo para el efecto demarcado hitos o límites que le son reconocidos tanto desde el punto de vista del derecho interno o nacional como del externo o internacional, a nivel de la comunidad de los Estados.

El territorio de un Estado se conforma a su vez por varios elementos, así tenemos que, por el principio de territorialidad lo integran la plataforma continental con inclusión de las zonas lacustre, fluvial e insular en caso de haberla; el espacio aéreo que va comprendido a partir de la superficie del territorio en general hacia arriba, hasta llegar a la zona interplanetaria; y, el mar territorial que se lo considera desde la punta más saliente del continente hacia alta mar, en una distancia de 12 millas. Al respecto, vale la pena señalar que el Ecuador como tesis de mar patrimonial mantiene la teoría de las 200 millas, en razón de la relación que existe entre su territorio continental y las Islas Galápagos.

Por el principio de extra territorialidad, forman parte del territorio de los estados las embajadas, los consulados y las naves y las aeronaves de guerra u oficiales.

Forman parte constitutiva del territorio de un Estado también aquellos espacios geográficos contemplados en convenios internacionales, así, en el caso del Ecuador y de muchos otros países, operan tanto el Convenio relativo a la Órbita Geoestacionaria, como el relativo a la Antártida o Antártica.

El primero tiene que ver con la facultad del Estado suscriptor para utilizar los espacios de la zona interplanetaria que sea capaz de alcanzar en virtud de la conquista espacial, mediante el avance científico y tecnológico. Ejemplo de este aspecto lo tenemos en la instalación de los satélites y bases de ese tipo que han logrado concretar los Estados desarrollados. El segundo, se refiere a la investigación científica con la finalidad de descubrir recursos ictiológicos y de otra índole en la gélida zona del Polo Sur. Para el efecto, los estados suscriptores reconocen el dominio sobre las áreas en las que se instalen bases o campamentos de investigación. El Ecuador como Estado suscriptor de este acuerdo internacional posee actualmente una base en la Antártida, denominada Pedro Vicente Maldonado, la cual obviamente forma parte constitutiva de su territorio.

**El Poder Político.-** Sinónimo de gobierno. Comprende el camino trazado por la Constitución para conducir los destinos del Estado a través del ejercicio de la primera magistratura que encarna el poder ejecutivo.

Dentro de los regímenes democráticos el poder político se lo alcanza mediante la contienda electoral, por votación popular y por mayoría de votos.

Este elemento estructural del Estado implica la conducción de los ámbitos económico, político y social dentro de los parámetros establecidos por la

Constitución y la las leyes. Permite la dirección del país tanto de manera interna como externa.

Sin duda, el poder político entraña además el ejercicio de los derechos políticos para elegir y ser elegido.

Considero que el poder político debe ser entendido como la institucionalidad del gobierno del Estado al servicio del pueblo, dentro de los parámetros de intrascendencia de personalidad particular de quien ejerce la presidencia y con estricta observancia de la alternabilidad en el ejercicio del cargo. Una óptica diferente corre el riesgo de perpetuar a un dictador o autócrata que gobierne a su capricho, por encima de los lineamientos constitucionales y de los objetivos de desarrollo social y económico en beneficio del país.

**La Soberanía.-** Pocas personas conocen el verdadero alcance y significado de la soberanía. Una buena parte de la población asocia al ejercicio de la soberanía con el territorio del Estado, como si fuese este último el único componente relativo a la misma.

El concepto de soberanía en realidad es amplio y más que una simple definición comprende una facultad del Estado para ejercer determinados derechos que le son inherentes tanto nacional como internacionalmente.

La soberanía de un Estado radica en su independencia y autonomía, en el respeto a su majestad o gobierno legítimo, de tal manera que cada Estado es libre de adoptar decisiones con el carácter de acatamiento obligatorio por parte de su pueblo y dentro de su circunscripción territorial. Estas decisiones son soberanas en la medida ñeque ningún otro Estado puede desdecirlas y prevalecen como tales en el contexto internacional.

Dicho de otra manera, la soberanía comprende un elemento estructural del Estado en virtud del cual ostenta supremacía e independencia, supremacía para controlar y dirigir los asuntos internos, e independencia para que esa dirección y control sean respetados por los demás países, dentro de la comunidad de los estados.

La soberanía es un poder que tiene un Estado para decidir en su dominio y en última instancia, sin estar sometido bajo este aspecto a una autoridad superior.

**1.3 Concepto de Soberanía y Su Tipología.-** En términos conceptuales Cabe definir a la soberanía como aquella facultad suprema, máxima o superlativa de un Estado, en virtud de la cual tiene la capacidad de autodeterminarse y autodirigirse dentro de los parámetros legales y constitucionales contemplados por sí mismo para el efecto.

La soberanía, siendo esencialmente una, evidencia una doble tipología, esto es, la soberanía interna o supremacía; y, la soberanía externa o independencia. La primera tiene que ver con la capacidad del Estado para ejercer dominio sobre su territorio; adoptar los regímenes político, económico y social que a bien tenga; dictar leyes; y, administrar justicia. La segunda, se refiere a los derechos que el Estado ostenta en el contexto internacional, concretamente para gozar de igualdad; respetar y exigir respeto; delegar representatividad a su cuerpo diplomático en otros estados y a su vez recibir delegaciones en su territorio; y, de ser el caso, declarar la guerra y concertar la paz.

Como se puede observar, el concepto y alcance de la soberanía van más allá de lo que significa ostentar el dominio y control del territorio del Estado.

A continuación voy a referirme a un aspecto muy delicado, que ha ocupado y ocupa la atención de gobernantes y politólogos contemporáneos, dando ocasión a foros y amplios debates, esto es, el tema de relativizar el concepto de soberanía como elemento estructural del Estado, procurando flexibilizarla o moldearla fuera del contexto de su tradicional y estricta rigidez.

Para el efecto, debemos desprendernos de una postura radical de absoluta independencia y autonomía en términos de Estado para incorporarnos al mundo de los procesos integracionistas y dentro de su contexto “sacrificar” una arista de la soberanía a cambio de los beneficios económicos, políticos y sociales que estratégicamente se puedan obtener dentro del marco de los estados asociados.

**1.4 La Ratificación de Tratados Internacionales como Instrumento de cesión de la soberanía estatal a los organismos internacionales.-** Debo resaltar que el análisis que estoy efectuando es de carácter universal, es decir, de aplicación para todos los estados del mundo y no para uno en particular. No obstante, este tema puede facilitarse o complicarse en la medida en que la Constitución de cada Estado se oriente o no hacia la consecución de procesos integracionistas que confluyan en la flexibilización o cesión de la soberanía del Estado para alcanzar los objetivos comunes trazados. Sin duda, es mucho más difícil que un Estado suscriba o ratifique un convenio internacional que contenga estipulaciones eventualmente contrarias o prohibidas por su Constitución, a que lo haga el que no posee ese inconveniente jurídico de fondo.

El problema, a más del ordenamiento jurídico y constitucional imperante en un determinado Estado, entraña la necesidad de imprimir una ideología política y una concepción del mundo tendientes a la conformación de bloques seccionales entre varios estados, concebidos y proyectados a robustecer intereses comunes en múltiples ordenes o factores, entre los que se destacan

el económico, científico, tecnológico, laboral, comercial, industrial, ecológico y migratorio.

La esencia del asunto radica en el concepto y alcance de la soberanía como un elemento estructural del Estado. La concepción ortodoxa tiende a defender de modo radical el concepto de “soberanía absoluta”, esto es, un esquema dentro del cual el Estado se consolida como una persona jurídica de derecho público, con personalidad interna o nacional y externa o internacional, ejerciendo una potestad tendiente a defender su autonomía e independencia a través de su institucionalidad y de las normas del Derecho Internacional Público. En otras palabras, la soberanía absoluta de un Estado propende a la salvaguarda de todos y cada uno de sus elementos estructurales sin posibilidad de ceder ni un milímetro lo preestablecido en su ordenamiento jurídico y constitucional. Hablar de una soberanía absoluta implica indefectiblemente hablar de un Estado que prefiere mantenerse como una individualidad si lo contrario demanda la cesión o flexibilización de su soberanía o de una parte de la misma.

Concebido de esta manera el problema, resulta evidente que el planeta vive un proceso generalizado de globalización en todos los órdenes de la vida humana, empezando por los factores culturales y costumbristas, hasta llegar a aquellos de tipo económico, migratorio, laboral, monetario y de integración en general. La idea circundante, si bien en principio no es la de borrar las fronteras de los estados, sin embargo es la de aunarse en grupos o bloques regionales para fortalecerse dentro de una unidad que les permita alcanzar un óptimo grado de avance y desarrollo.

La pretendida integración exige necesariamente una especie de cesión o flexibilización de la soberanía de cada Estado integrado, puesto que se ponen en juego la desaparición de determinados requisitos y exigencias legales, así por ejemplo en materia migratoria, los estados del bloque o la región estipulan mediante convenios internacionales el libre tránsito de los ciudadanos de los

diversos países integrados, sin necesidad de obtener visas ni pasaportes, sino únicamente con su documento de identidad ciudadana; en materia comercial, propenden al desaparecimiento o menor rigurosidad de aranceles e impuestos aduaneros con la finalidad de efectuar la internación y salida libre de mercaderías, insumos y maquinarias, creando un espectro de libre comercio, llegando incluso a la formación de zonas francas; en materia económica y monetaria, la cesión de la soberanía se traduciría al establecimiento de políticas tendientes a la creación de organismos internacionales destinados a financiar proyectos de desarrollo común, a través de mecanismos e intereses bajos y especiales, así como a la implementación de una nueva unidad monetaria que les sea común a todos los estados integrados.

Esta proyección, en términos de cesión de soberanía puede implicar mayores esfuerzos aún, como por ejemplo en materia jurídica, a efectos de que exista un órgano común de legislación que cree leyes aplicables a todo el bloque o región; así mismo, se suscita la necesidad de crear tribunales o cortes supranacionales para que administren justicia frente a los conflictos que se generen dentro de la referida región; incluso se torna imprescindible la presencia de un ente o autoridad que dirija ejecutivamente el bloque o región. Todo esto desemboca inevitablemente en una especie de cesión de la soberanía de todos y cada uno de los estados integrados y sometidos a los tratados o convenios internacionales creados para el efecto. En otras palabras, la integración generada mediante la suscripción de convenios internacionales demanda que cada Estado suscriptor o ratificador ejerza mas bien una “soberanía relativa”, que debe entenderse así no en sentido peyorativo ni de minimización de las facultades de cada Estado, sino como un requisito sine qua non para obtener mayores beneficios y posibilidades de desarrollo en todos los campos que atañen a los estados integrados y a sus sociedades.

Ejemplos vívidos de esta fenomenología jurídico- política, la vive actualmente la humanidad a través de organismos internacionales y regionales, como son la

Comunidad Europea (CE) y la Comunidad Andina (CA); su estructura y conformación se halla debidamente delimitada por los respectivos convenios internacionales, frente a los cuales los estados miembros tienen que necesariamente circunscribirse al concepto de la “soberanía relativa” por sobre el de la “soberanía absoluta” para alcanzar sus objetivos comunes.

En el caso ecuatoriano, lo dicho se conjuga a nivel del artículo 424 de la Constitución de la República, pues, en sus dos incisos, si bien, por una parte consolida el principio de supremacía de la Constitución, por otra, determina con absoluta claridad que, en el evento de que existan tratados o convenios internacionales ratificados por el Ecuador que contengan normas más favorables que la propia Constitución en materia de derechos humanos, prevalecerán y serán aplicados de manera inmediata sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, dando con ello una clara muestra del reconocimiento a la ratificación de los tratados internacionales como instrumentos de cesión de la soberanía estatal a los organismos internacionales.

## **CAPÍTULO II**

### **2. ORIGEN Y FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN**

#### **2.1 Concepto de Margen de Apreciación de los Estados**

#### **2.2 Origen doctrinal y jurisprudencial del margen de apreciación**

#### **2.3 Principios y fundamentos de la doctrina del margen de apreciación: subsidiaridad y proporcionalidad**

#### **2.4 El deber de deferencia de los organismos internacionales**

#### **2.5 La jerarquía normativa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

## **2.6 Procedimiento de incorporación del “Margen de Apreciación” en el ordenamiento jurídico interno del Ecuador**

## **2.7 El deber del Estado de adecuación normativa en la Convención Americana sobre derechos humanos y en la Constitución de la República**

## **2.8 Método de la ponderación judicial: derechos en colisión y reconocimiento de valor preferente**

**2.1 Concepto de Margen de Apreciación de los Estados.-** La naturaleza del Margen de Apreciación de los Estados obliga a rebasar los límites de una simple definición. En realidad, comprende un paradigma compuesto por una doctrina concebida para que los Estados adecuen los instrumentos internacionales materia de su ratificación y la jurisprudencia internacional, tanto al tenor de su ordenamiento jurídico como a su contexto cultural específico. Es decir, en la especie, sería crear el camino para que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no contraríen el derecho positivo y adjetivo ecuatoriano, ni tampoco los valores culturales y costumbristas de su pueblo, tornándose en consecuencia ejecutables.

En caso de no alcanzar la armonización referida anteriormente, el Margen de Apreciación comprende un fundamento para que el Estado declare la inejecutabilidad de las sentencias internacionales. Por tanto, esta doctrina se sustenta primordialmente en la soberanía estatal como un elemento estructural de defensa de su organización jurídica, política y cultural.

El Margen de Apreciación estatal es entonces una doctrina de consecuencias trascendentes y decisivas.

La doctrina en cuestión tiene contornos bastante discrecionales e incluso imprecisos, razón por la cual es controvertida.

Como manifesté anteriormente, un punto clave para consolidar la doctrina del Margen de Apreciación de los estados dependerá de la capacidad del Estado para aplicar la denominada soberanía relativa, esto es, la cesión de una

postura absolutista para dar apertura a fallos sustentados en posiciones supranacionales generalizadas.

Otro factor que resulta preponderante para la pertinencia y en consecuencia ejecución de las sentencias internacionales, es que se haya incluido en los convenios internacionales disposiciones atinentes al valor cultural de cada pueblo ratificador de aquellos. En consecuencia, el elemento cultura, integrado básicamente por un conjunto de valores éticos, cívicos y morales, se hace manifiesto para la determinación de la doctrina que integra el Margen de Apreciación.

Dicho de otra manera, se torna menester que el organismo internacional que administre justicia, si bien lo haga desde el punto de vista de una comunidad internacional fundada en las ideas de cooperación, considere o matice a la vez la realidad individual, tanto jurídica como cultural de todos y cada uno de los estados a los que les atañe sus fallos o sentencias. Esto debería simplificarse si consideramos que existe un tema o materia específica que les es común, esto es, los Derechos Humanos.

Como se puede observar, la doctrina del Margen de Apreciación de los Estados se erige para contrarrestar eventuales defectos de los órganos supranacionales como la práctica de un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional exclusivamente desde el contexto de ese documento, ignorando las realidades existenciales y el contexto normativo del Estado donde se suscita una posible infracción a aquellos derechos.

Bien lo cita el jurista y catedrático argentino Néstor Pedro Sagüés al referirse a los órganos supranacionales, cuando manifiesta: "También aquí pueden repetirse actitudes hedonistas y narcisistas de pésimos resultados, como creer que por tratarse de un ente jurisdiccional supremo, cuyos veredictos son irrecurribles es posible resolver ligera y mayestáticamente los casos, sin medir

con responsabilidad y tino las consecuencias previsibles del pronunciamiento, la factibilidad de su ejecución, o el impacto probable en situaciones futuras dentro y fuera del país involucrado por la sentencia. En otro sentido, un tribunal internacional animado con las mejores intenciones, puede emitir sentencias por cierto bien intencionadas, pero cuyas secuelas quizá no se han medido con la cautela del caso.” (3)

La expresión precedente, implícitamente corrobora aquello que comenté anteriormente, en el sentido de que los fallos de los organismos supranacionales deben imperativamente guardar armonía con los de carácter nacional, sin ser ajenos ni al ordenamiento jurídico, ni tampoco a los preceptos y fenómenos culturales de los pueblos que integran los estados que han ratificado los respectivos convenios internacionales. En este sentido, el organismo internacional, para dictar sentencia en materia de derechos humanos, habrá de considerar el pluralismo tanto jurídico como cultural que caracteriza a todos y cada uno de los estados adherentes.

**2.2 Origen Doctrinal y Jurisprudencial del Margen de Apreciación.-** El Margen de Apreciación de los Estados, doctrinalmente surge en virtud de un concepto contemporáneo de su soberanía, pues, como ya he referido de manera reiterada, el móvil que le impulsa a viabilizar la ejecución de la sentencias de los organismos supranacionales implica necesariamente una cesión de aquella, o en su defecto una visión distinta del concepto tradicional de soberanía rígida o absoluta. Por tanto, esta es la premisa fundamental para el surgimiento de la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional, la cual reforzada con un adecuado acoplamiento de los convenios internacionales con el ordenamiento jurídico interno y la concienciación de la fenomenología cultural del Estado, de cómo consecuencia la posibilidad de que se cumpla una administración de justicia internacional. En el caso que nos ocupa, los Derechos Humanos.

---

3) Artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en Francia el 26 de agosto de 1783.

En primera instancia, esta doctrina surge en Europa, concretamente en Estrasburgo – Francia. Su antecedente se halla vinculado con la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, esto es tres años después de haber concluido la Segunda Guerra Mundial. Para 1959, con la creación de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) como un organismo internacional, inicialmente con 47 países miembros, surgió ya la necesidad de garantizar el cumplimiento de una administración de justicia supranacional. Insisto, la idea de soberanía nacional en un sentido netamente estatal cubrió el denominado Margen de Apreciación Nacional, en razón del cual algunos gobiernos demandados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TECH) lograron eludir el control europeo en ciertos casos.

La Corte Europea de Derechos Humanos impulsó en un principio la Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados debido a la preocupación de los gobiernos de los países europeos por la posible intromisión de las políticas internacionales en las cuestiones de seguridad nacional que serían determinadas por cada Estado. De hecho, la aplicación de la Doctrina del Margen de Apreciación ocurrió en relación con la suspensión de obligaciones dispuestas en tratados internacionales cuando se ponía en riesgo la seguridad nacional. Este fue un tema decisivo que la justificó plenamente. Así, como éste, hubo aspectos análogos que la motivaron.

Buscando su aplicación la doctrina en cuestión debió incluir necesariamente premisas teóricas acerca del alcance de la soberanía en el constitucionalismo de cada Estado miembro y en el Derecho Internacional Público. Hubo de primar la idea de que la soberanía no es solo el máximo poder del Estado, de carácter supremo, que intransigentemente desconoce otro superior, sino que también comprende el ejercicio de un recto gobierno no arbitrario, o sea, comprometido con ciertos límites provenientes entre otras fuentes de las leyes internacionales.

Es esta forma doctrinaria de concebir las cosas la que ha permitido introducir disposiciones y regulaciones en las Cartas Fundamentales de los Estados para

restringir en parte su capacidad interna y de decisión absoluta, en aras de una armonización con las normas internacionales contenidas en los respectivos convenios.

Este fenómeno trasciende también para los países de las Américas, cuyo órgano rector en materia de Derechos Humanos, con carácter supranacional, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH). El considerando fundamental que surge a manera de ícono es el hecho de que la autonomía del individuo, de la persona, es anterior y superior a la soberanía de su Estado, son sus valores culturales, ancestrales, costumbristas, idiosincráticos, geográficos, históricos, de sentimiento común e incluso religiosos, que en definitiva son más bien inherentes a la nación los que deben prevalecer y considerarse en armonía a los derechos fundamentales de los seres humanos.

Esta consideración debe imperativamente constar en los marcos constitucionales de los Estados suscriptores, así como en los convenios internacionales pertinentes. Además, debe ser difundida ampliamente ante los administradores de justicia internacional, con la finalidad de que sus fallos o sentencias sean plenamente aplicables y no encuentren obstáculo de ejecución de ninguna naturaleza. En este punto, vale la pena insistir en que la complejidad de la materia dada la diversificación cultural de los pueblos debe también tomar en consideración las estructuras jurídicas de cada Estado miembro, pues, solo así se ha de alcanzar la plena ejecutabilidad de las decisiones del organismo supranacional.

Mirado el asunto desde una arista diferente, cabe señalar que el origen de esta Doctrina del Margen de Apreciación Nacional se fundamenta en la necesidad de consolidar una tutela internacional efectiva, que no incomode y mucho peor genere “shock” a nivel de la sociedad que conforma el Estado al cual le compete cumplir con la sentencia del organismo internacional.

Como se puede advertir, si bien el antecedente doctrinal para la creación del Margen de Apreciación de los Estados es claro, no obstante, su origen puede

calificarse como oscuro. Esto resulta lógico y hasta obvio, en la medida en que una cosa es hablar de principios y otra es aplicarlos o ponerlos en práctica. Es decir, que la doctrina no es susceptible de concretarla en razón de meros enunciados, sino que aquello a de surgir en el decurso de todo un proceso que involucra evidentemente tanto al organismo supranacional como a sus estados miembros. Sin duda la práctica y la casuística recurrente serán dos pilares fundamentales para el perfeccionamiento del aludido proceso.

En todo caso y con la finalidad de no perder la perspectiva de la esencia misma de la Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados, es necesario resaltar que en razón de aquella, éstos, tendrán siempre un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las sentencias del organismo supranacional e incluso respecto de las obligaciones contenidas en el correspondiente convenio, en términos de ponderación. Sin afán de querer contradecirme en lo dicho, es lógico suponer que si un Estado rebasa los límites de dicha discrecionalidad, correrá el riesgo de transformar la figura doctrinal, en una posición de abierto desacato tanto a la norma como a las resoluciones internacionales.

Por lo dicho, no debe extrañarnos que algunos autores, no pocos, mantengan el criterio unánime de que esta doctrina es un instrumento impreciso y variable, razón por la cual se torna necesaria la implementación de una auto depuración permanente para erradicar su relatividad, o, en todo caso, establecer estándares mínimos comunes que faciliten la aplicación y acatamiento de la norma internacional.

Esto es en síntesis lo que puedo relatar, analizar, expresar y comentar acerca del origen doctrinario del Margen de Apreciación de los Estados, denotando que he procurado plasmar los aspectos más esenciales del tema propuesto.

En cuanto tiene que ver al origen jurisprudencial, no está por demás recordar que la jurisprudencia es en cierto modo la ciencia del Derecho, es el conjunto

de fallos o sentencias que determinan o establecen un criterio sobre una cuestión jurídica. Es una fuente importante del Derecho.

Debemos tener presente que no toda sentencia pasa a formar parte constitutiva de la jurisprudencia de un Estado. Dependiendo de su legislación y en atención a los principios generales del Derecho, se requiere del cumplimiento de ciertos requisitos para el efecto. Así por ejemplo, dentro de la legislación ecuatoriana se necesita la reiteración de tres sentencias sobre la absolución de un mismo tema a nivel de la Corte Nacional, o en su defecto, que esta Corte en pleno se pronuncie confirmando una sentencia llegada en grado, reformándola, o modificándola, pero en todo caso, creando una norma respecto del asunto jurídico materia de resolución, hasta cuando la función legislativa produzca la norma pertinente.

En materia constitucional, cabe resaltar la disposición contenida en el artículo 86, numeral 5 de la Constitución de la República, que establece que todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia.

Con igual equivalencia, la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales, comprende pronunciamientos interpretativos que crean normas y parámetros de aplicación de las disposiciones contenidas en los respectivos convenios, sirviendo de base para casos jurídicos análogos que se suscitan en los diversos estados suscriptores y adherentes de los mismos.

Respecto de la Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados, he de referir los casos más trascendentes que la han dado lugar. Entre ellos, en Europa, el caso Reino Unido Vs. Irlanda; el caso Lawless vs. Irlanda: la posición del Estado y decisión del Tribunal Europeo en la aplicación de la doctrina. Que permite además derogar las obligaciones del convenio internacional en casos de guerra o de peligros públicos en la medida estricta en que lo exija la situación; y, Handyside y Sunday Times contra el Reino Unido.

En América, en Colombia, el caso de la Masacre de Mapiripan; en Panamá, el caso Ricardo Baena; y, en Ecuador, el caso Consuelo Benavides: la prescripción de una acción penal como obstáculo del Estado para cumplir con el deber de justicia penal; y, el caso Chaparro-Lapo: la imposibilidad de constituir un Tribunal arbitral a partir de una medida de reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respecto de algunos de los citados casos me referiré detalladamente tanto en el Capítulo III como en el V de este trabajo de investigación.

**2.3 Principios y Fundamentos de la Doctrina del Margen de Apreciación: Subsidiariedad y Proporcionalidad.-** Esta doctrina debe reforzarse necesariamente en determinados principios o fundamentos, básicamente en cuanto tiene que ver al enjuiciamiento por violación de los derechos fundamentales.

El móvil que impulsa el establecimiento y aplicación de los referidos principios consiste en el problema que se genera por la falta de una delimitación clara de las jurisdicciones tanto de los organismos internacionales como de los estados miembros.

En otras palabras, se trata de delimitar hasta dónde va la competencia de dichos organismos internacionales y hasta dónde la de los estados suscriptores y ratificadores de los correspondientes convenios.

Como he expresado en líneas precedentes, la delimitación señalada dependerá de una armonización entre las normas contenidas en los convenios y el ordenamiento jurídico positivo y procesal de cada Estado miembro, sin descuidar la consideración de los elementos culturales de sus pueblos.

Algunos son los principios formales que se han establecido para la prosecución de los procesos internacionales por vulneración de derechos humanos y consecuentemente para el Margen de Apreciación de los Estados. El paradigma que orienta la evacuación judicial se inspira en la supranacionalidad de los derechos humanos, esto es, en el hecho de que estos derechos nacen

con la persona sin respecto de su nacionalidad y por tanto del Estado al cual se pertenecen. Se torna entonces necesaria la creación de un organismo internacional que garantice su respeto en beneficio de la raza humana en general.

A continuación me voy a referir a los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad.

En cuanto al primero, hablar de proporcionalidad es establecer la necesidad de una medida, es decir, de la aplicación de una disposición de remediación correspondiente a la vulneración suscitada. Que no exista un desfase entre la sanción y la magnitud de la violación generada. En otras palabras la doctrina inherente al Margen de Apreciación Nacional debe estar imbuida de un juicio de proporcionalidad, es decir de un límite estructural a su aplicación que en un momento dado permita flexibilizar el derecho interno en todo cuanto sea posible si el fin de la restricción es legítimo y la medida y regulación son necesarias a ojos de las autoridades nacionales en pro de la aplicación de la norma internacional y en la medida en que aquello resulte también razonable para el organismo internacional.

En sentido contrario, si se detecta que la sentencia del organismo supranacional se halla exagerada con relación a las violaciones acontecidas, el principio de proporcionalidad puede ser alegado o simplemente esgrimido ya sea a pedido de parte o de oficio, con la finalidad de hacer factible el cumplimiento de la sentencia.

Respecto del principio de subsidiariedad, es menester recordar su significado semántico. Término que proviene de subsidio, de subsidiar, es decir de prestar una forma de auxilio o ayuda.

Como principio de la Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados tiene que ver más bien con una protección internacional que se genera inmediatamente después de la interna de cada Estado miembro, o en defecto

de la misma. Viene a ser la presencia de una tutela internacional a la que se puede recurrir cuando el ordenamiento interno de un Estado ha irrespetado los derechos humanos en contra de una determinada persona o grupo de ellas.

Es justamente en virtud de este principio de subsidiariedad, que, en no pocas ocasiones, los ciudadanos de un Estado se ven compelidos a acudir judicialmente ante una corte u organismo internacional, para hacer prevalecer sus derechos que no han sido atendidos en debida forma por los estamentos internos del país al que se pertenecen.

El principio de subsidiariedad permite que el organismo internacional, en el presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Estados miembros aseguren una sincronización entre las estructuras dispositivas nacionales y el ámbito internacional. Este principio suele consagrarse por lo general anteponiendo la regla de que la víctima debe previamente agotar los recursos internos para acudir al organismo internacional. Por su parte éste debe asegurarse y exigir la demostración de tal aspecto.

En todo caso, lo lógico y usual es que la persona que ha sido vulnerada en sus derechos humanos pueda acogerse a la reparación más satisfactoria que puede ofrecerle el ordenamiento interno de su país o en su defecto el organismo internacional.

La subsidiariedad implica necesariamente dos características fundamentales, el cumplimiento cabal de una sentencia ejecutoriada, o en su lugar la revocatoria de una sentencia interna o nacional por parte del organismo supranacional, bajo el amparo de la protección internacional.

Por la trascendencia de estos principios, es imprescindible la inclusión en los convenios internacionales de un sistema de recursos o instancias para la tramitación judicial de los conflictos.

Es en el instrumento internacional en donde los Estados adherentes pueden hacer reservas, declaraciones, manifestar sus reparos o cautelas, o simple o

llanamente detener el alcance o interpretación de algunas disposiciones. En todo caso, esto no debe obstar para la existencia de una base normativa común y una misma regulación de instituciones para la mayoría de los estados miembros; caso contrario, sería imposible ejercitar una administración de justicia internacional y peor aún, el principio de subsidiariedad materia de análisis.

Como se puede apreciar estos dos principios, sin ser los únicos, son extremadamente importantes para configurar la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional.

En lo personal, considero que el Margen de Apreciación Nacional, justamente por su origen endeble y controversial debe necesariamente sustentarse de manera decisiva en los principios que he acabado de analizar.

**2.4 El Deber de Deferencia de los Organismos Internacionales.-** Para explicar este aspecto de mejor manera, considero importante resaltar el contenido semántico de la palabra “deferencia”, a saber, significa cortesía, consideración, respeto, miramiento, atención, condescendencia, amabilidad, asentimiento, contemplación, delicadeza, es decir, viene a ser lo opuesto al menosprecio, la grosería y el desagrado.

En la especie, la deferencia de los organismos internacionales radica en el deber que estos imponen a los estados parte, para que conjuntamente con su instrumento de adhesión o ratificación al respectivo convenio, o en su defecto, de manera posterior, declaren que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de dichos organismos internacionales en los asuntos regulados por el tratado, convención o instrumento internacional materia de compromiso entre ellos.

En otras palabras, el sometimiento libre y voluntario de los estados miembros al ejercicio de la jurisdicción del organismo internacional constituye un elemento

sine qua non para garantizar la administración de justicia en el tema o materia vinculante.

En el caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debemos considerar las disposiciones contenidas en el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

El artículo en cuestión, compuesto por tres numerales, contempla obviamente aquello a lo que me referí anteriormente, en cuanto a la declaratoria voluntaria de los estados parte de reconocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para administrar justicia en aquellos asuntos regulados por el correspondiente convenio, consolidando de esta manera ese organismo internacional su “deber de deferencia”.

Otro aspecto importante relativo a este asunto, que consta en el aludido artículo, es el hecho de que los Estados miembros pueden hacer su declaración de reconocimiento de jurisdicción incondicionalmente o bajo reconocimiento de condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. En este caso, la declaración deberá ser presentada ante el Secretario General de la Organización, quien transferirá copias de la misma a los otros estados miembros de la organización y al Secretario de la Corte.

La norma invocada cierra su círculo con el establecimiento de que la Corte tendrá competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre y cuando los estados miembros, en dicho caso, hayan reconocido o reconozcan esa competencia por declaración especial o convención especial.

En este punto, estimo pertinente expresar que el deber de deferencia de los organismos internacionales así concebido, comprende un elemento, por un lado dignificante para los estados miembros y, por otro, de transparencia para la administración de justicia internacional.

Es necesario aclarar entonces que el deber de deferencia de los organismos internacionales resulta implícito o subsumido en la Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados como un aspecto imprescindible a considerarse para su plena aplicación.

Para el académico israelí Yuval Shany, el Margen de Apreciación de los Estados reconocido como una doctrina desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos, se vincula con el principio del deber de deferencia de los organismos internacionales evidenciando inconsistencias en su aplicación.

La primera, suscitada por la manera en que cada país cumple con las normas y obligaciones internacionales. Es decir que, existe la contemplación de que cada Estado miembro goce de una cierta discrecionalidad para su cumplimiento, sin que esto implique revisión de la norma.

Y la segunda, dice relación a la flexibilidad normativa respecto de aquellas disposiciones internacionales que están sujetas a la doctrina y que por su naturaleza abierta pueden no ser aplicadas básicamente por no hallarse debidamente dilucidadas o solucionadas. En otras palabras, cuando se trate de normas que permitan una autonomía de decisión local y un margen de maniobra para la autoridad nacional.

No se trata de suprimir la tutela internacional sino de coadyuvar en su aplicación, más todavía por cuanto el organismo internacional, de conformidad con su normativa, se halla facultado para revisar el ejercicio del Margen de Apreciación de los Estados parte.

Por ello es que Shany, al respecto cita: “El objetivo es evaluar la situación actual de la Doctrina del Margen de Apreciación en lo que respecta a su aplicación y aceptación en dos instancias; en el nivel nacional y en el de los organismos internacionales, principalmente centrados en la Corte Internacional de Justicia.” **(4)**

La esencia del asunto implica necesariamente un cotejamiento entre la centralización y la descentralización. La primera en el nivel nacional de los estados ratificadores; y, la segunda a nivel del organismo supranacional. Volvemos entonces a concluir en la necesidad de una armonización de la normativa internacional con la estructura jurídica interna de los estados y con las manifestaciones socio-culturales de sus pueblos.

Ahora bien, independientemente del requisito de aceptación voluntaria al sometimiento de la jurisdicción internacional, las sentencias de los organismos supranacionales deberían provenir de jueces absolutamente idóneos y capacitados, profundamente conocedores no solo de la materia normada por el instrumento internacional, sino de la realidad cultural de los pueblos que integran los Estados miembros. En su seno debería contarse con un grupo de personas que investiguen y estudien estos dos aspectos a nivel de cada Estado parte y posteriormente asesoren a los administradores de justicia, con la finalidad de que sus sentencias obedezcan plenamente a la realidad y sean susceptibles de cabal cumplimiento.

En este sentido, otro factor a considerarse es el hecho de que los estados parte multilaterales deben promover candidaturas a jueces que sean verdaderamente preparados y con una trayectoria lo suficientemente extensa para ocupar estas altas dignidades, pues, caso contrario, la gestión de los administradores de justicia dará resultados improvisados y de muy poca contundencia.

---

4) Yuval Shay, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, en *The European Journal of International Law*, volúmen 16, Londres 2006, pág. 907-940, biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Lo dicho implica en consecuencia que los organismos internacionales estructuren reglas claras, tendientes al establecimiento de un proceso adecuado de selección de sus jueces, que en lo posible garantice no solo sentencias solventes y de aplicación fáctica, sino que constituyan una verdadera jurisprudencia internacional. Únicamente de esta manera se podrá reducir el impacto discrecional de la Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados.

En cuanto a los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los estados partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, es conveniente recordar que les compete este asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tomado textualmente de la referida Convención, artículos 34 al 40, “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.” **(5)**

Por su parte, igualmente, tomado textualmente del texto de la Convención, artículos del 52 al 55, numeral 4, “la Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

---

5) Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre.

Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.

Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc que debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.” **(6)**

A continuación me voy a permitir realizar los comentarios pertinentes:

Estimo que los requisitos plasmados en la Convención no son suficientes, pues, si bien es cierto que la alta calidad moral y la versación en materia de derechos humanos son sin duda muy importantes, sin embargo, resultan limitados para que los jueces internacionales puedan desempeñar un papel totalmente eficiente en la administración de justicia.

Como he manifestado anteriormente, hay la necesidad de que estos jueces cotejen la legislación internacional con la realidad interna o nacional de cada Estado parte. Esto implica un profundo conocimiento de sus ordenamientos jurídicos en cuanto al derecho positivo y al adjetivo, así como atinente a la fenomenología social y cultural de sus pueblos. Así mismo, se trata de formar administradores de justicia que vayan en el decurso de su camino asentando una jurisprudencia que permita ser aplicada como solución de casuística análoga.

En síntesis, observo que la formación de un juez internacional, como su nombre lo indica, no solamente debe limitarse a una norma que rebase los límites de las fronteras de los estados sino a un conocimiento idiosincrático y pluricultural de los estados agrupados en la región sometida a la jurisdicción del organismo multilateral.

---

6) Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre.

Lo dicho desemboca indefectiblemente en la estructuración de un mecanismo más riguroso y exigente, que contemple los aspectos referidos y que alcance la presencia de jueces con una formación integral para la materia.

Otro aspecto fundamental para alcanzar el objetivo señalado sería la creación de una academia de formación, circunscrita a la enseñanza de los lineamientos jurídicos generales regionales y a la ilustración de sus valores nacionales, como un mecanismo de integración hacia la preponderancia de la internacionalización de la justicia y de sus normas específicas.

Solo así lograremos una armonización que permita reducir cada vez más la aplicación de la doctrina del Margen de Apreciación de los Estados, con una clara tendencia al fortalecimiento de la tutela supranacional.

**2.5 La Jerarquía Normativa de los Instrumentos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.-** Para poder abordar este tema, es necesario empezar transcribiendo textualmente el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, así: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. **(7)**

Del texto anteriormente expuesto, se desprende que para el Ecuador las disposiciones contenidas en su Carta Magna prevalecen en primer lugar de supremacía.

---

7) Artículo 424 de la Constitución de la República de Ecuador 2008.

Dicho de otra manera, si quisiésemos representar la jerarquía de las normas ecuatorianas dentro de la pirámide de Kelsen, es su Constitución la que ocupa la cúspide o primer lugar.

Los instrumentos o tratados internacionales, siempre que versen sobre derechos humanos, que hayan sido ratificados por el Ecuador y que en sus estipulaciones reconozcan derechos más favorables en esa materia que aquellos que contiene la Constitución, tendrán una categoría mayor o de prevalencia que todas las demás normas jurídicas o actos del poder público existentes en el Estado constitucional de derechos y justicia.

Esto quiere decir que los instrumentos internacionales, según nuestra actual Constitución, se hallan inmediatamente después de la misma y concomitantemente por encima de todas las demás normas y actos del ordenamiento jurídico-administrativo interno del Ecuador, siempre y cuando cumplan con los dos requisitos anteriormente señalado, esto es, que traten sobre derechos humanos y, que, sus disposiciones sean más beneficiosas que aquellas contenidas en la Carta Magna.

Al respecto, considero pertinente destacar que el Derecho Constitucional ecuatoriano, al igual que otros, consagra el principio de una especie de *in dubio pro derechos humanos*, es decir, que no existe nada más importante ni trascendente para la existencia del Estado y de su sociedad que la garantía de salvaguardar en toda su extensión los derechos inmanentes y consustanciales al la vida del ser humano.

Dentro del esquema constitucionalista nacional, lo dicho, implica una posición fáctica u objetiva por parte de todas las funciones e instituciones del Estado. Por ello es que, dentro de la administración de justicia, los jueces de todos los niveles o instancias, independientemente de la materia específica que les compete, son ante todo jueces de garantías constitucionales. Esto quiere decir

que conocen y tramitan los seis tipos o clases de garantías jurisdiccionales previstas en el Capítulo tercero, Sección primera, artículos del 86 al 94 de la Constitución de la República.

Su misión en materia constitucional es garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos y constitucionales. Para el efecto y en consecuencia con el artículo 424 anteriormente invocado, deben aplicar no solamente la producción normativa constitucional interna sino los instrumentos o convenios internacionales sobre derechos humanos respecto de los cuales el Ecuador los ha ratificado. La posición del neoconstitucionalismo respecto de la administración de justicia constitucional es objetiva y directa, a tal punto que, cuando los jueces y autoridades públicas determinen la vulneración de un derecho constitucional, aunque fuese el resultado de la aplicación de una norma proveniente del ordenamiento jurídico, deberá suspender el proceso para consultar a la Corte Constitucional, cuando exista una duda razonable de inconstitucionalidad de una norma.

Como se puede apreciar, la visión neoconstitucional es enteramente garantista de los derechos contemplados en la Norma Fundamental Hipotética.

Simplemente con la finalidad de recordar, los principales convenios internacionales en materia de derechos humanos, de los cuales el Ecuador es parte, son el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas y el Protocolo de San Salvador de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En todo caso, es menester indicar que los convenios internacionales legalmente suscritos forman parte constitutiva del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De manera complementaria, los organismos internacionales, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia, aplican ciertos parámetros para la decisión de controversias internacionales sometidas a su jurisdicción, los cuales resultan sindéricos con la ubicación que los tratados internacionales ocupan dentro del ordenamiento jurídico interno del Ecuador y de los demás países adheridos a esos tratados.

Dichos parámetros se traducen en el hecho de que la Corte Internacional de Justicia, para dirimir aplicará:

**a.** Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; **b.** La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; **c.** Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y, **d.** Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

Como podemos observar, en efecto, a nivel de la letra a del artículo 38, la Corte Internacional de Justicia confiere importancia y lugar a los instrumentos internacionales, considerándolos como parte integrante del ordenamiento jurídico de los estados sujetos al ejercicio de su jurisdicción.

Dentro del presente tema, es conveniente también referirnos al denominado “bloque de constitucionalidad”, figura amparada por el Derecho Internacional, que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y la

experiencia argentina, consiste en aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

De lo que se trata es de institucionalizar ciertos principios y en ocasiones derechos supranacionales que eventualmente pueden no estar necesariamente considerados en la Carta Fundamental de un Estado pero que, por su trascendencia, principalmente en materia de derechos humanos, deben ser aplicados en el desarrollo de la administración de justicia constitucional, incluso pasando a formar parte de su jurisprudencia, hallando el camino para introducirse de esta manera al ordenamiento jurídico estatal.

Para el efecto, en Colombia, se introdujo en su Carta Fundamental determinadas disposiciones, como el hecho de que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por los países sujetos a la jurisdicción del organismo internacional.

Igualmente que, los tratados y convenios internacionales ratificados por la función legislativa, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Debe estimarse que los derechos y deberes establecidos en la Constitución, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por los estados parte.

En idéntico sentido, la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe

entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

En los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales.

En idéntico sentido, estimo que sería conveniente que los parámetros precedentes sean incorporados en la Constitución ecuatoriana, consolidando el bloque de constitucionalidad. De esta manera se acrecentarían as garantías inherentes a los derechos humanos.

El caso argentino, al igual que el ecuatoriano y el de otros países latinoamericanos, destaca la figura del bloque de constitucionalidad, inspirado enana inevitable ruptura de la pirámide de Kelsen, en donde la Constitución se desliza de la cúspide que ocupa en su posición triangular piramidal, acogiendo a los instrumentos o tratados internacionales en materia de derechos humanos e introduciéndolos en sentido equilibrado y horizontal más bien bajo la figura de un trapecio.

La idea básica radica en el hecho de que aquello es factible justamente en virtud de la soberanía interna y externa del Estado, en razón de la cual plasma su voluntad de suscribir y ratificar instrumentos supranacionales que por su importancia pasan a conformar parte integrante de su ordenamiento jurídico.

El móvil que suscita este fenómeno jurídico radica en la internacionalización de los derechos humanos y en la necesidad de garantizarlos en todas las esferas del planeta. Bajo esta óptica, el bloque de constitucionalidad, simbólicamente hablando se asemejaría a las gotas de agua que se fusionan en el mar. En otras palabras se genera una relación de la parte al todo y viceversa. El todo son los derechos humanos a nivel mundial y la parte los ordenamientos jurídicos de los estados y su cultura que necesariamente deben acoplarse a los principios y normas destinados a salvaguardar la vida y la integridad de los

seres humanos, solo así lograremos un ambiente propicio para dignificar la existencia de las presentes y futuras generaciones.

**2.6 Procedimiento de Incorporación del “Margen de Apreciación” en el Ordenamiento Jurídico Interno del Ecuador.-** Este subtema se justifica y se torna necesario porque dentro de nuestra legislación en realidad no existe ninguna disposición o instrumento concreto a través del cual se haya incorporado de manera jurídica el margen de apreciación.

Por lo tanto, es necesario plantear alternativas que permitan alcanzar el objetivo propuesto, bajo la premisa de que es importante viabilizar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En otras palabras, la idea es no incumplir los fallos del organismo supranacional buscando la manera de armonizar la normativa interna de cada Estado adherente con la decisión internacional.

Este aspecto se hace ostensible en la disposición contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, que dice: “El derecho interno y la observancia de los tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” **(8)**.

Por su parte, el artículo 46 de la propia Convención se refiere a aspectos complementarios, concretamente dice: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados: 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado

---

8) Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.” **(9)**

Como se puede apreciar, las normas de derecho supranacional propenden a evitar el incumplimiento de los fallos internacionales bajo la invocación de una norma interna. La tendencia es la de reforzar la prevalencia de las sentencias internacionales por sobre el ordenamiento jurídico de los estados parte.

El tema invita a establecer, en lo posible, límites claros sobre la competencia de los estados ratificadores de la Convención sobre Derechos Humanos y del organismo supranacional que administra justicia en la materia. Evidentemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una competencia macro y cada Estado una competencia micro que, en todo caso, deben ejercitarse de manera sincronizada y bajo reglas claras, pues, la Corte en sus sentencias sanciona a los estados y éstos, a su vez, deben sancionar a las personas que han violado los derechos humanos.

No obstante la aseveración que efectué al inicio de este tema, existe en la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley de Ejecución de Sentencias de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, que fue presentado por el ex Procurador General del Estado Dr. José Xavier Garaicoa Ortiz en Ciudad Alfaro (Montecristi –Manabí).

Luego, en la Mesa No.8 de Justicia y Lucha contra la Corrupción, el ex Procurador entregó 3 proyectos de ley orgánica, entre ellos, justamente el proyecto anteriormente referido.

---

9) Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

Dicho proyecto, se ha mantenido sin trámite en la función legislativa, contiendo 9 artículos a nivel de los cuales el ex Procurador propone que las decisiones que la Corte Interamericana tome respecto de denuncias de violación de los derechos humanos tengan carácter obligatorio o vinculante para los involucrados.

Con este proyecto se permitiría que el sistema de análisis y resolución de casos de la Corte Interamericana se complemente con el sistema nacional de justicia.

Con ocasión del referido proyecto, bien podría crearse una especie de cuerpo colegiado, traducido en un Comité que estaría integrado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien lo presidiría por ser el ejecutor directo de las sentencias provenientes del órgano supranacional; por el Procurador General del Estado o su delegado, ya que éste es el representante judicial del Estado; por un representante de la institución donde se originó el acto o violación del derecho; por un representante de la víctima; por un representante del Ministerio de Economía, ya que es el encargado de prever y proveer los fondos económicos para el pago de las correspondientes indemnizaciones; y, por un representante de la Función Judicial, que le corresponde establecer la sanción.

Este Comité sería el encargado de decidir la ejecutabilidad o no del fallo, procurando evitar la no ejecutabilidad.

En todo caso, estas ideas y comentarios que he formulado, se verán ampliamente concretados en el Capítulo VI de la presente tesis, que trata de la propuesta objetiva para la aplicación del Margen de Apreciación en el Ecuador.

**2.7 El Deber del Estado de Adecuación Normativa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución de la República.-** Este punto se explica inicialmente por sí solo, ya que en su título

destaca la necesidad de adecuar la normativa referente a los derechos humanos tanto a nivel de la Convención Americana de Derechos Humanos como dentro del marco constitucional imperante en cada Estado parte.

Para poder establecer el marco conceptual de este tema, es menester referirnos a disposiciones concretas de la Convención Americana de Derechos Humanos así como a sentencias recaídas en algunos casos de violación de derechos humanos, tanto en Colombia como en Panamá.

En cuanto al primer punto, cabe citar el contenido del artículo 2 de dicha Convención, que dice: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” **(10)**

Como se puede observar, la finalidad de la norma precedente es la de garantizar los derechos y libertades humanos, parte integral de los derechos de esta naturaleza en general.

En cuanto al segundo, se trata de la Masacre de Mapiripan, nombre con el cual se conocen los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997, en el municipio homónimo del departamento del Meta, Colombia, que cobró la vida de un sinnúmero de ciudadanos en manos de grupos paramilitares provenientes de diferentes partes de Colombia.

La versión fue que grupos paramilitares habrían sido favorecidos por la complicidad del ejército, la policía, algunos habitantes, funcionarios públicos y

---

10) Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre.

asesores norteamericanos.

Con ocasión de este hecho y luego del proceso pertinente, el 15 de septiembre de 2005 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado colombiano por existir colaboración entre miembros del Ejército colombiano y los paramilitares en la masacre. Cabe señalar que el hecho fue debidamente comprobado y demostrado.

Esta sentencia, en algunos de sus párrafos destaca la aplicación directa del citado artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues, así se desprende de los textos que a continuación transcribo:

“... 109 El Tribunal señaló que el deber del artículo 2 de la Convención Americana implica medidas en dos vertientes; en la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y, en la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

110 El origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”, y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado.

111 La responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona.

112 La Corte ha señalado la existencia de dichos efectos de la Convención en relación con terceros en casos contenciosos, así como al haber ordenado medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causadas por agentes estatales y por terceros particulares.

113 La responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso.”

**(11)**

De la lectura del texto anterior, se desprende la clara tendencia de la Corte de establecer como deber de los estados parte de adecuar su normativa, tanto erradicando las disposiciones y acciones que eventualmente vayan en contra de los principios y derechos humanos, como introduciendo reformas y una política de Estado que garantice el respeto de dichos derechos.

Otro aspecto fundamental de la sentencia y concretamente de la normativa supranacional es el establecimiento de la responsabilidad internacional de los estados miembros, no solo por la comisión de actos sino también de omisiones que de una u otra manera coadyuven a la vulneración de los derechos humanos.

Resulta curioso que la responsabilidad internacional del Estado pueda también tener lugar por actos surgidos de particulares. En este sentido, se parte de la idea de que el Estado es el competente tanto para normar como para controlar el desarrollo de una sociedad respetuosa de los derechos humanos; para ello, tiene la facultad de emanar disposiciones con el carácter de erga omnes.

Finalmente, la sentencia incluye la norma relativa a la facultad que el órgano supranacional le otorga a los estados miembros para remediar o subsanar la

---

11) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso de la “Masacre de Mapiripan”, dictada el 15 de septiembre de 2005, párrafos el 109 al 113.

violación de los derechos humanos a fin de evitar ser demandados ante el organismo internacional.

El segundo caso, denominado Baena Ricardo Vs. Panamá, sentó un precedente en materia laboral. Tuvo lugar cuando el Comité Panameño de Derechos Humanos denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Panamá por el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales.

Con la finalidad de aplicar una retaliación, el régimen emitió una ley posterior a los hechos, que estableció que la tramitación de los juicios que iniciaran los trabajadores a raíz de los despidos se realizaría en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, tal como determinaba la legislación vigente.

Dentro de este caso los reclamos de los trabajadores ante la Corte Suprema de Panamá fueron desestimados.

La Corte Interamericana declaró que el Estado de Panamá había violado los derechos a la libertad de asociación, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley en perjuicio de los 270 trabajadores. También determinó que las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Por ello, decidió que el Estado debía reintegrar en sus cargos a los trabajadores y pagarles los montos correspondientes a los salarios caídos.

La Corte Interamericana resolvió el 17 de noviembre de 2005, manifestando que Panamá debe cumplir a cabalidad la sentencia, disponiendo que se paguen las indemnizaciones de conformidad con su ordenamiento jurídico interno.

Como manifesté inicialmente, el presente caso constituye un precedente relevante por ser el primero en el que la Corte dictaminó haber existido violaciones a derechos laborales. El caso muestra que la debida protección judicial, así como el respeto irrestricto de la garantía del debido proceso legal en el ámbito interno de los estados, constituyen una fuente de resguardo fundamental para la efectiva vigencia del derecho al trabajo.

A continuación transcribo la parte medular de la sentencia en cuestión, para posteriormente efectuar el análisis correspondiente:

“178. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte.

El artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.

En relación con el artículo 2 de la Convención, la Corte ha dicho que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las

modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.

180. El Tribunal ha manifestado que el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes: La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.” **(12)**

Como se puede observar esta sentencia incluye exactamente las mismas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos que en síntesis establecen la responsabilidad internacional de los estados parte cuando ha existido una violación de derechos humanos producto de su falta de capacidad para controlar y regular a su sociedad, o en su defecto, como consecuencia de actos u omisiones del poder público, de sus agentes o instituciones.

Objetivamente, se evidencia que el Estado panameño violó derechos humanos contemplados en la Convención, concretamente, el derecho de reunión, la libertad de asociación y como consecuencia de ésta la libertad sindical, así como también las garantías y protección judiciales.

Frente a estos hechos, la sentencia de la Corte reconoció su limitación para determinar el alcance de la reparación pecuniaria y, no obstante que exhortó a considerar el tiempo de permanencia sin trabajo por parte de los afectados, respetando la doctrina del margen de apreciación, dispuso que el Estado panameño deberá cubrir los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que, de acuerdo con su legislación interna correspondan.

---

12) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso “Baena Ricardo y Otros”, dictada el 2 de febrero de 2001, párrafos del 178 al 180.

La decisión fue dirigida para que, siguiendo los trámites nacionales internos, se paguen los montos indemnizatorios tanto a las víctimas como a sus derecho habientes, en caso de fallecimiento.

**2.8 Método de la Ponderación Judicial: Derechos en Colisión y Reconocimiento de Valor Preferente.-** Este subtema comprende la complementación del desarrollo del origen y fundamentos de la Doctrina del Margen de Apreciación.

El contenido conceptual entraña el problema terminológico, por ello, es conveniente empezar resaltando el alcance de las palabras involucradas en el aspecto a tratarse, así, el método entraña la proyección de un camino o la estructura de un mecanismo o paradigma que conduce a alcanzar un objetivo.

Ponderar, significa examinar, medir, pesar, contrapesar, dentro de un margen de seriedad, formalidad, prudencia y equilibrio.

Judicial, evidentemente es aquello que proviene de un juicio, es decir de derechos en conflicto que deberán ser resueltos por la administración de justicia.

El derecho, como todos sabemos es sinónimo de rectitud. En estricto sentido, es aquella condición que amparada por la ley faculta al ser humano su exigencia y reconocimiento.

La colisión, es sinónimo de choque, pugna, lucha, conflicto u oposición.

El reconocimiento, por su parte, es la aceptación fundamentada en la razón, la moral y del derecho, a favor de algo o de alguien como una facultad irrenunciable.

El valor, en el caso que nos ocupa, ha de interpretarse como la estimación, la valía, el aprecio o la importancia que ha de brindarse a un acto o hecho a considerarse.

El término preferente implica la predilección, el privilegio, la ventaja, la distinción o la superioridad que ha de conferirse al hecho o acto en cuestión.

Con estos antecedentes, el método de la ponderación, se inspira en los principios característicos de los sistemas jurídicos modernos, los cuales a su vez contemplan dos tipos de normas fundamentales, esto es, los principios y las reglas. A saber, cada una de estas normas utiliza su propio procedimiento de aplicación, las reglas a través de la subsunción y los principios a través de la ponderación. Vale la pena aclarar que la subsunción implica la inclusión de un objeto o de un concepto en la extensión o comprensión de otro.

Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica y en especial de los derechos humanos.

La diferencia entre principios y reglas radica en que los primeros son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las permisividades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

Las segundas, en cambio, están contenidas en expresas disposiciones que comprenden el derecho positivo u objetivo, a nivel de la Constitución y de diversos cuerpos legales, entre los cuales se hallan también los reglamentos.

El sistema constitucional ecuatoriano es un vívido ejemplo de la conjunción de principios y reglas dispuestos para regular la existencia del Estado, sus funciones e institucionalidad.

Resta ahora definir al método de la ponderación judicial. Para algunos autores como Robert Alexy, “es un procedimiento racional de aplicación del derecho. Normalmente la aplicación del derecho se asocia con la operación conocida como subsunción.” **(13)**

El concepto precedente se puede explicar bajo la relación de un caso individual respecto de una regla general, de tal manera que dicho caso comprenda tan solo una instancia de la misma, sin perjuicio de establecer entre estos dos aspectos una norma que sirva como referente para la solución del caso individual y a la vez que consolide la regla general, a pesar de que se genere un eventual conflicto entre las normas (reglas y principios).

De otra parte, el establecimiento y priorización de principios, genera el problema de la colisión de derechos. Al decir del propio Alexy, el ámbito de lo jurídicamente posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario.

A fin de establecer la mayor medida posible en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. En una constelación como esta, todos estos principios están en colisión.

La ponderación representa el mecanismo para resolver el conflicto entre derechos. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las normas que los fundamentan.

---

13) Publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación constitucional”, tomo VI, pág. 69.

En síntesis, la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino una relación de precedencia condicionada entre los principios, según las circunstancias del caso, con la finalidad de determinar el sentido de la decisión judicial.

Lo dicho implica que la administración de justicia internacional, deba necesariamente aplicar el método de ponderación en sus fallos o sentencias, priorizando el valor y significado de los principios universales en materia de derechos humanos, tanto entre sí, como respecto de las reglas o disposiciones particulares de los estados miembros.

Para poder aplicar la ponderación, se debe tener en cuenta los tres elementos inherentes a la misma, referidos por Alexy. Dichos elementos son: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.

A continuación, conforme yo entiendo el problema a tratarse, voy a explicar cada uno de los citados elementos.

La Ley de Ponderación constituida por tres pasos que consisten en:

- 1.- Determinar el grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios;
- 2.- Determinar el grado de satisfacción o no afectación del principio que iría en sentido contrario al anterior; y,
- 3.- Determinar si la importancia del principio a satisfacerse es mayor o preponderante sobre aquel que va en sentido contrario.

El proceso indicado, se vincula con la denominada Fórmula del Peso, la misma que, por considerarla más bien un cálculo matemático, no estimo conveniente transcribirla; sin embargo, es importante denotar que en síntesis lo que propende es determinar la priorización de los principios en colisión, según sea el caso materia de análisis.

El tercer elemento de la ponderación que es la carga de la argumentación, incursiona en el evento de que, una vez aplicada la fórmula de peso, exista un empate en priorización de los principios en colisión.

Al respecto, el mismo Alexy propuso dos parámetros de solución para el efecto. El primero, dirimir, priorizando los derechos que tienen que ver con la libertad y la igualdad jurídica; y, el segundo, que tiene que ver con el control de la constitucionalidad de una ley o norma, es decir con la declaración y aceptación mayoritaria en el sentido de que una norma proviene de la Carta Suprema de un Estado. Respecto de este último aspecto, vale decir que la preponderancia se daría en razón de la consolidación democrática de la ley o norma constitucional.

Efectuando una crítica valorativa y a manera de conclusión, personalmente, considero que el método de ponderación judicial debe necesariamente aplicarse en materia de derechos humanos, en atención a la priorización de los principios fundamentales de orden universal, con preponderancia a cualquier regla o norma positiva que se oponga a los mismos y que forme parte constitutiva del ordenamiento jurídico interno de los estados adherentes.

### **CAPÍTULO III**

#### **3. JURISPRUDENCIA DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN” EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

##### **3.1 Desarrollo y Alcance de la Doctrina del Margen de Apreciación en Europa**

##### **3.2 Análisis del caso de Reino Unido Vs. Grecia**

##### **3.3 Caso Lawless Vs. Irlanda: posición del Estado y decisión del Tribunal Europeo en aplicación de la doctrina**

##### **3.4 Análisis de los casos Handyside y Sunday Times contra el Reino Unido**

**3.1 Desarrollo y Alcance del la Doctrina del Margen de Apreciación en Europa.-** Al respecto, debo recordar que de manera conexa a este subtema, ya me referí en el numeral 2.2 de la presente tesis, básicamente lo relativo al origen de la Doctrina del Margen de Apreciación en Europa, esto es, que, surgió en ese continente, en Francia – Estrasburgo.

Para enfocar de manera centralizada o concreta el desarrollo y el alcance de esta doctrina en el antiguo continente, es necesario tener presente que la misma surge a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, luego de la Segunda Guerra Mundial.

El antecedente principal, tiene que ver con la Convención Europea de Derechos Humanos que fue adoptada por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigencia desde 1953. La Convención adoptó el nombre de Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y, tiene como finalidad tutelar los derechos humanos y las libertades fundamentales, permitiendo un control judicial del respeto de esos derechos individuales.

El control efectivo de los derechos humanos se radicó en la Convención, que instituyó la Corte Europea de Derechos Humanos en 1954, y, el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La Convención ha experimentado cambios con el paso del tiempo, es decir, que, ha ido evolucionando paulatinamente. Hoy por hoy, ha incorporado diversos protocolos adicionales, como el Protocolo N° 1 que versa sobre el derecho a la propiedad, a la educación y a elecciones libres; y, el Protocolo N° 6, que prohíbe la pena de muerte, excepto en caso de guerra.

La doctrina en cuestión tiene lugar con la creación de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), a la cual le correspondió entender la posición de discrecionalidad de los estados parte frente al acatamiento de sus sentencias.

La Convención se fundamenta en una especie de filosofía política, a mí entender, mejor expresado sería una ideología o doctrina política, que establece que la democracia política da como resultado un sistema de gobierno positivo para garantizar el respeto a los derechos humanos.

Esto quiere decir que cualquier forma de interpretación o de revisión que efectúe la CEDH, debe ser necesariamente compatible y en lo posible consecuente con el supuesto básico de la mencionada democracia política.

Desde este punto de vista el Margen de Apreciación Nacional, si bien tiene la posibilidad de aplicarse, ha de hacerlo con sujeción a la ideología política que sustenta la democracia, es decir, dentro de un margen permisible de flexibilidad que no atente a dicha teoría política básica.

En otras palabras, la preponderancia de la doctrina político-democrática, más allá de respetar la pluralidad de pensamientos, posiciones y opiniones de los estados parte, induce a que los principios fundamentales en materia de derechos humanos se respeten, así como que, los derechos vulnerados sean reestablecidos, en lo posible, de una manera absolutamente equitativa, a modo del ejercicio de una compensación objetiva a la víctima.

Prueba de esta aseveración que acabo de efectuar, la encontramos en la disposición contenida en el artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que textualmente dice: “ **Satisfacción equitativa.-** Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de su Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.” (14)

---

14) Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre e 1950, artículo 41.

Respecto de la jurisprudencia del Margen de Apreciación en el sistema europeo, existen algunos casos, entre los cuales he de referirme a los más trascendentes, como son el relativo al Reino Unido Vs. Grecia; caso Lawless Vs. Irlanda; y, Handyside y Sunday Times Vs. Reino Unido.

Evidentemente el desarrollo de esta casuística la voy a concretar a continuación, en los siguientes subtemas: 3.2, 3.3 y 3.4 de esta investigación.

**3.2 Análisis del Caso Irlanda Vs. Reino Unido (Gran Bretaña).**- Este fue el primer procedimiento judicial de un Estado ante un tribunal internacional de derechos humanos.

El caso comienza en Irlanda del Norte (Stormont), con las denuncias de 342 miembros de la comunidad nacionalista, de carácter activista, en las cuales aducían que el gobierno de Gran Bretaña (Reino Unido), les detuvo sin orden judicial y que recibieron maltrato, dada bajo la primera operación llamada "Operación Demetrio".

Las presuntas víctimas declararon que fueron sometidos a lo que se conoce como "las cinco técnicas" que son: cubrimiento de cabeza, ponerlos de pie contra una pared, la reproducción de ruido continuo, la privación del sueño y la dieta de pan y agua.

Después de varias investigaciones encubiertas por el Departamento de Asuntos Exteriores y de un Equipo de Juristas reunidos por la Fiscalía General de Colm Condon, en diciembre de 1971 Irlanda presentó suficiente evidencia y una demanda a la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que el Gobierno del Reino Unido había incumplido sus obligaciones como resultado de una "práctica administrativa", violando los siguientes derechos humanos: Artículo 2 (derecho a la vida), el artículo 3 (derecho a la libertad de la tortura, tratos inhumanos o degradantes o castigos), el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad de la persona) y el artículo 6 (derecho a un juicio justo) en el contexto del artículo 15 (derecho de los Estados Partes a establecer excepciones en tiempos de guerra o de emergencia que amenace la vida de la nación), artículo 14 (derecho a la igualdad y no discriminación) en el contexto

del artículo 15 (facultad de establecer exenciones) y el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) en el contexto del artículo 14 (derecho a la igualdad). La solicitud también alegó violación del artículo 1 (obligación de garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención), lo cual, a su vez, constituye una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respecto de los derechos previstos en la Sección I, derivados de la existencia de disposiciones legislativas incompatibles con el deber de respetar y proteger los derechos humanos.

La Comisión, en octubre de 1976 determinó por unanimidad que, en efecto, se trata de una práctica administrativa que viola sus artículos 3 (prohibición de la tortura, los tratos inhumanos o degradantes) por la utilización combinada de las cinco técnicas anteriormente mencionadas, ya que constituían una práctica de tratos inhumanos.

Se estableció también vulneración de los derechos contemplados en el artículo 5 (derecho a la libertad) en el contexto del artículo 15 (derecho de suspensión), ya que las medidas de detención sin juicio durante cada fase legislativa no estaban en conformidad con dicho artículo. Por último, la Comisión manifestó que es responsabilidad específica de los Estados Partes de la Convención garantizar lo previsto en el artículo 1 (obligación de garantizar los derechos y libertades).

Esta determinación fue transmitida a los Estados partes, a saber, Irlanda, el Reino Unido (Gran Bretaña) y todos los demás miembros del Consejo de Europa.

Recibida la determinación precedente, el Gobierno irlandés, el 10 de marzo de 1976 decidió someter el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual después de dos audiencias, esto es, el 18 de enero de 1978, dictaminó por dieciséis votos a uno, que, en realidad la combinación de estas cinco técnicas constituían una práctica de tratos inhumanos y degradantes, y, violatorias de los artículos 3 y 5. Respecto de las demás acusaciones, estuvo de acuerdo con los resultados del informe de la Comisión Europea, es decir,

que no se contrarió lo previsto en el artículo 1 (obligación de garantizar libertad), puesto que, dadas las circunstancias de manifestación activista, el gobierno debió adoptar medidas para contrarrestar los hechos.

**Análisis Personal.-** Este caso se presenta de manera sui géneris por cuanto invita a pensar cómo es factible que dentro de un mismo Estado se generen reclamos sobre eventual violación de Derechos Humanos. Esto quiere decir que debemos distinguir con absoluta claridad la diferencia que jurídicamente y políticamente existe entre Estado y Gobierno.

En el caso que nos ocupa, debemos estar claros que, si bien Irlanda del Norte es parte constitutiva del Reino Unido (mejor expresado como Gran Bretaña), conformando un solo Estado, la demanda se la dirigió por parte de un segmento poblacional, concretamente la comunidad nacionalista en contra del gobierno de Gran Bretaña o Reino Unido.

Esto me hace pensar, analógicamente hablando a que dentro del Ecuador su gobierno fuese demandado por parte de la CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas).

En cuanto al fondo del asunto he de concluir manifestando que la esencia del problema suscitado entre la comunidad nacionalista de Irlanda del Norte y u Gobierno se debió justamente a actos o manifestaciones de protesta que, por una parte, si bien deben ser controladas, por otra, no es menos cierto que ese control por parte de las autoridades y de la fuerza pública debe ejecutarse siempre con observancia del respecto a los derechos humanos y constitucionales consagrados tanto en el ordenamiento interno de un Estado como en los respectivos Convenios Internacionales suscritos o ratificados por parte del mismo.

Lo dicho implica entonces que la doctrina del margen de apreciación de los estados ha de acoplarse necesariamente al contexto universal que garantiza el respeto irrestricto de los Derechos Humanos.

**3.3 Caso Lawless Vs. Irlanda: Posición del Estado y Decisión del Tribunal Europeo en Aplicación de la Doctrina.-** Continuando con el análisis de la jurisprudencia relativa al Margen de Apreciación en el sistema europeo de derechos humanos, me corresponde referirme a este caso, cuyos antecedentes se sintetizan de la siguiente manera: El señor G.R. Lawless, nacido en Irlanda en el año de 1936, identificado como peón de la construcción, admitió ante la Corte Europea de Derechos Humanos haberse convertido en miembro del IRA en enero de 1956. Dichas siglas significan “Ejército Republicano Irlandés” y se trata en realidad de un grupo subversivo de orden terrorista. Igualmente, declaró que abandonó el referido grupo en junio del mismo año, permaneciendo como integrante de una fracción de éste hasta diciembre de 1956.

El IRA se identificó como un grupo de violencia tendiente a erradicar la soberanía británica en Irlanda del Norte y según su punto de vista tendía a consolidar el Estado Libre de Irlanda.

Tal fue la crisis y los actos de violencia que la función legislativa de este nuevo Estado confirió poderes especiales al gobierno para afrontar la situación creada por estas actividades irregulares. Entre esas facultades estuvo la posibilidad de detener a las personas sin fórmula de juicio. La facultad de detención duró aproximadamente cinco meses, después de los cuales cual fueron puestas en libertad todas aquellas personas detenidas por delitos políticos.

Se creó una Ley modificada que confirió a los Ministros de Estado la facultad de detención sin pruebas, bajo el entendido de que estos poderes son necesarios para asegurar la preservación de la paz pública.

Con estos antecedentes el señor G.R. Lawless fue arrestado por primera vez, junto con otras tres personas, el 21 de septiembre de 1956 en una granja abandonada en Keshcarrigan condado de Leytrim. Fue sorprendido con armas en su poder y por tanto detenido por posesión ilegal de las mismas.

Fue absuelto conjuntamente con las otras personas el 23 de noviembre de 1956, pues, el juez competente consideró insuficientes las pruebas para determinar la culpabilidad de los acusados.

Lawless fue detenido nuevamente en Dublín el 14 de mayo de 1957 de acuerdo con el artículo 30 de la Ley de Delitos contra la Seguridad del Estado. En esta ocasión apareció como sospechoso de haber llevado a cabo actividades ilegales. En ese mismo día la policía registró su domicilio y encontró documentos manuscritos sobre la guerrilla, con literatura subversiva de irrefutable contenido.

Lawless fue acusado por poseer documentos comprometedores que violaban el artículo 12 de la Ley de Delitos contra la Seguridad del Estado de 1939.

El 16 de mayo de 1957, fue conducido ante el tribunal del distrito de Dublín conjuntamente con otras tres personas. El tribunal lo declaró culpable de posesión de documentos comprometedores y le absolvió del segundo cargo, o sea ser miembro del IRA. Fue puesto en libertad el 16 de junio de 1957, después de haber cumplido una sentencia de un mes de prisión.

Lawless fue nuevamente arrestado el 11 de julio de 1957 en Dun Laoghaire cuando estaba por embarcarse con dirección a Inglaterra. Fue ubicado en una prisión militar del condado de Kildare, que se la conocía como "La Casa de Cristal". Esta prisión se prolongó en virtud de una orden del Ministro de Justicia, quien a su juicio declaraba que Lawless estaba involucrado en actividades contrarias a los intereses y seguridad del Estado, ordenando su arresto y detención de acuerdo con el artículo 40 de la Ley de 1940.

El 18 de septiembre de 1957 el consejero de Lawless presentó una demanda ante al alto Tribunal de Irlanda basado en el artículo 40 de la Constitución de Irlanda, solicitando una orden condicional de habeas corpus. La finalidad era la de obligar a la autoridad a exponer ante el alto Tribunal las razones por las

cuales no se ponía en libertad al detenido. Luego de deliberar, la demanda de habeas corpus fue rechazada.

El 14 de octubre de 1957 Lawless interpuso una demanda ante el Tribunal Supremo invocando no solo la Constitución y leyes de Irlanda, sino también el Convenio de Derechos Humanos. El 6 de noviembre, dicho Tribunal acogió su demanda y el 3 de diciembre de 1957 emitió su fallo razonado. Entre algunos aspectos, este fallo consideró que el Tribunal Supremo había decidido que la Ley de 1940 no era anticonstitucional; que, el Parlamento no había introducido ninguna ley para convertir al Convenio Europeo de Derechos Humanos parte de la legislación interna de Irlanda, razón por la cual el Tribunal no podía hacer ejecutar dicho Convenio; que, la detención de Lawless estaba absolutamente justificada; y que, el apelante no había aportado prueba suficiente para su alegación.

El 8 de noviembre de 1957 a los dos días del anuncio del rechazo de su acción por parte del Tribunal Supremo, Lawless planteó su demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que su arresto y detención de acuerdo con la Ley de 1940 carecía de cargo o juicio alguno y violaba el Convenio, por lo que pedía que cese inmediatamente su detención, que se le compense económicamente por los perjuicios de la misma; y, que se le pague todo tipo de gastos y costas procesales de las demandas planteadas ante al Tribunal Irlandés y ante la Comisión Europea para asegurar su libertad.

Poco después la Comisión de Detención efectuó audiencias para examinar el caso. Se obtuvo el compromiso verbal de Lawless de no comprometerse en ninguna actividad ilegal contra la seguridad del Estado. Al día siguiente el Ministro de Justicia de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de 1940 levantó la detención del demandante.

La liberación de Lawless fue comunicada a la Comisión Europea de Derechos Humanos por su abogado el 16 de diciembre de 1957. En el mismo escrito de

notificación constaba la determinación de Lawless de continuar el procedimiento ante la Comisión respecto de la reparación de daños e intereses por su detención, así como para que se le reembolsara los gastos y costas relacionados con el procedimiento para obtener su libertad.

En el desarrollo del proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el gobierno Irlandés, a manera de excepciones, solicitaron expresamente que para resolver se consideren varios aspectos puntuales, como no entrar en el fondo del asunto, en razón del artículo 17 del Convenio; decidir si la detención de Lawless sin fórmula de juicio, con aplicación de la Ley de Delitos contra la Seguridad del Estado de 1940, se hallaba o no en contradicción con las obligaciones gubernamentales frente a los artículos 5, 6 y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; si la carta del gobierno al Secretario General era o no suficiente para los efectos establecidos en el Art. 15, numeral 3 del Convenio; si el Art. 17 del Convenio prohibía o no a Lawless invocar las disposiciones de los artículos 5, 6 y 7 del mismo; si los hechos constatados revelan o no por parte del gobierno irlandés una violación de las obligaciones que le corresponden de acuerdo al Convenio; y, de ser así, si se debe o no una reparación al demandante y cuál sería su monto.

Las consideraciones, análisis jurídico y decisión respecto de todos y cada uno de los puntos precedentes se sintetizan de la siguiente manera:

Respecto del hecho de no entrar al fondo del asunto, el Tribunal destacó la disposición contenida en el Art. 17 del Convenio, denotando que su propósito es hacer imposible que un Estado, grupo de personas o individuos tomen parte en actos destinados a la destrucción o perjuicio de los derechos y libertades recogidos en el mismo, particularmente de los derechos fundamentales de carácter individual garantizados en los artículos 5 y 6, considerando que Lawless no se prevalió del Convenio para justificar o realizar actos contrarios a los derechos y libertades allí reconocidos, sino que reclamó contra la privación de libertad y de los derechos contenidos en los referidos artículos 5 y 6, razón

por la cual no aceptó las conclusiones del gobierno irlandés y *rechazó la excepción de no entrar en el fondo planteado por el gobierno irlandés de acuerdo con el Art. 17 del Convenio.*

Acerca de si la detención sin fórmula de juicio, que duró desde el 13 de julio al 11 de diciembre de 1957 y se efectuó en base del Art. 4 de la Ley de Delitos contra la Seguridad del Estado de 1940, pugna o no con las obligaciones del gobierno irlandés previstas en los artículos 5 y 6 del Convenio, el Tribunal determinó que la detención no puede ser considerada como una medida que se toma para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, puesto que dichos artículos no contemplan el arresto o la detención para la prevención de delitos contra la paz pública, el orden y la seguridad del Estado. Que, Lawless no fue llevado a comparecencia de una autoridad judicial competente durante toda su detención, que, no fue juzgado en un plazo razonable, ***todo lo cual contraviene los términos del Convenio, por lo que decidió que los artículos 5 y 6 del mismo no fundamentan jurídicamente la detención sin juicio efectuada a Lawless.***

En cuanto al hecho de saber si la detención anterior estaba o no justificada en los artículos 5 y 6 del Convenio y de manera concreta en el derecho de derogación reconocido a los estados miembros en determinadas circunstancias de excepción, el Tribunal dio preponderancia a lo prescrito por el Art. 15 del propio instrumento internacional y a la posibilidad de que así sea en las circunstancias señaladas en esa disposición, básicamente considerando la existencia de una emergencia pública, de que la medida adoptada era necesaria frente a esa situación y de que la Ley de Delitos contra la Seguridad del Estado no ha contrariado otras obligaciones del Convenio y del Derecho Internacional, *declaró que la detención de Lawless se hallaba fundamentada en el derecho de derogación debidamente ejercitado por el gobierno irlandés conforme al artículo anteriormente invocado.*

Sobre la cuestión de si la carta de 20 de julio de 1957 remitida por el gobierno irlandés al Secretario General del Consejo de Europa comprendía suficiente notificación en los términos del Art. 15 del Convenio que en síntesis dispone que el Estado parte que se ampara en el derecho de derogación debe mantener informado al referido Secretario sobre las medidas que han sido tomadas, el Tribunal luego de los análisis respectivos y en atención a que el gobierno irlandés sí había pedido que su comunicación sea considerada como tal en los términos previstos en el Convenio. *Determinó que el gobierno irlandés cumplió puntualmente sus obligaciones al tenor de lo dispuesto en el Art. 15 del Convenio y declaró que la comunicación de 20 de julio de 1957 constituye notificación suficiente acorde con la norma invocada.*

En síntesis, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de G.R. Lawless determinó dos aspectos fundamentales:

- 1.- Que, los hechos constatados no revelan una ruptura del gobierno irlandés de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; y,
- 2.- Que, no ha lugar a cuestionar el derecho de G.R. Lawless a una compensación como consecuencia de la violación consistente en haber sido detenido sin ponerlo a órdenes de un juez competente durante todo el tiempo de su detención, contrariando el espíritu de los artículos 5 y 6 de la Convención.

**Comentarios.-** Como se puede apreciar, la decisión o sentencia dejó un vacío en cuanto a determinar cual es el monto de la compensación que le correspondería recibir a Lawless, más todavía cuando este fue un aspecto que expresamente lo solicitaron sea resuelto por el Tribunal en las excepciones propuestas tanto por la Comisión Europea de Derechos Humanos como por el gobierno Irlandés.

De otra parte, considero que existe una evidente contradicción en la decisión adoptada en este caso, puesto que por una parte el Tribunal determinó que la

detención de Lawless contrarió las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que en definitiva garantizan que nadie puede ser detenido sin fórmula de juicio y sin ser puesto a órdenes de un juez competente; y, por otra declaró que el gobierno Irlandés se acogió al derecho de derogación previsto en el artículo 15 del mismo, que consiste en la posibilidad de que cualquier Estado parte pueda adoptar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el Convenio, en estados puntuales de excepción.

En todo caso, la sentencia o decisión del Tribunal evidencia en el presente caso que ha aplicado el ya referido método de ponderación judicial entre dos normas contenidas en el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, a saber entre los artículos 5 y 6 respecto del artículo 15, debiendo destacarse la prevalencia de los dos primeros artículos sobre el este último.

En este caso, el margen de apreciación por parte del Estado irlandés se limitó al cumplimiento irrestricto de la sentencia emitida por la Corte.

**3.4 Análisis de los Casos Handyside y Sunday Times Contra El Reino Unido.-** En cuanto a este último caso relativo al análisis de la jurisprudencia del Margen de Apreciación en el sistema Europeo de Derechos Humanos, lo voy a sintetizar de la siguiente manera:

El señor Richard Handyside, ciudadano Británico, en su calidad de propietario de una editorial Londinense denominada Stage. 1, fundada en 1968 publicó varios libro, entre los cuales se destaca una intitulado “El Pequeño Libro Rojo del Colegio” (schoolbook) cuya versión revisada aparecida el 16 de noviembre de 1971 constituye el objeto del presente caso.

Handyside había adquirido los derechos para comprar el libro en el Reino Unido en 1970. La versión original fue redactada por dos ciudadanos daneses, apareciendo por primera vez en Dinamarca en 1969.

Lanzó centenares de ejemplares. El Daily Mirror dio cuenta del libro el 22 de marzo de 1971 y el día 28 de los mismos mes y año lo hicieron el Sunday Times y el Sunday Telegraph.

En términos generales, la reacción de la sociedad británica fue polémica frente al libro, pues, varios diarios y en general la prensa británica vertieron comentarios tanto elogiosos como desfavorables. Se señaló que se realizarían gestiones ante el director de acusaciones públicas, con la finalidad de exigir medidas contra la publicación del libro.

El director de acusaciones públicas, el 30 de marzo de 1971 requirió a la policía de Londres realice una investigación. Al día siguiente, se dictó una orden de registro de los locales ocupados por Stage. 1 en Londres. El fundamento para el efecto fue el artículo 3 de las Leyes sobre publicaciones obscenas 1958-1964.

La orden dictada en ausencia de Handyside dio como consecuencia la aprehensión de 1.069 ejemplares del libro.

Los magistrados de la corte citaron a Handyside el 8 de abril de 1971, obligándolo a comparecer para responder por la posesión del controversial libro. A partir de esta situación Handyside cesó de distribuir el libro y dio aviso a las librerías, pero ya estaban circulando 17.000 ejemplares del mismo.

Handyside aceptó ser juzgado por los magistrados de la corte en un procedimiento simplificado, en lugar de un juez y un jurado que resultaba más extenso y complicado y a la vez más costoso.

El 1 de julio de 1971 el respectivo Tribunal le encontró culpable de las dos infracciones acusadas, esto es, de haber tenido en posesión 1.069 ejemplares del libro, más 139. Además dictó un auto de confiscación para la destrucción de los libros a cargo de la policía.

El 10 de julio de 1971 Handyside apeló los fallos anteriores, con notificación a la policía.

El tribunal de alzada examinó la apelación, pero, confirmó la sentencia de primera instancia condenando a Handyside el pago de 854 libras esterlinas suplementarias en concepto de costas y obviamente los objetos aprehendidos fueron destruidos.

Posteriormente, Handyside concretó su apelación ante el tribunal respectivo el mismo que examinó dos cuestiones fundamentales que consistieron en que el Ministerio Público había establecido más allá de toda duda razonable que el schoolbook era un artículo obsceno de conformidad con las leyes de 1959 y 1964; y, por otra parte, que, el demandante pretendía probar que el bien público posiblemente justificaba la publicación del libro, de conformidad con el artículo 4 de esas mismas leyes.

El Tribunal escuchó a expertos para determinar si había o no obscenidad, hubo criterios divididos. El Tribunal consideró que el schoolbook en su conjunto y por ir destinado a los niños era perjudicial para la relación entre profesores y alumnos.

La conclusión del Tribunal fue que el schoolbook definitivamente tendía a depravar y a corromper a un importante grupo de jóvenes menores de 16 años. Frente a estas circunstancias Handyside presentó su demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el 13 de abril de 1972, quejándose de las medidas adoptadas del Reino Unido contra el schoolbook y contra sí mismo. Agregando que se han desconocido sus derechos relativos a la libertad de pensamiento, conciencia y de convicción, previstos en los artículos 9 y 10 del Convenio, y, artículo 1 numeral 1 de su protocolo adicional, afirmó también que se había contrariado el artículo 14 del Convenio por habersele discriminado con opiniones políticas en su contra. Alegó violación de los

artículos 7, 1 y 13 del Convenio. Determinó que se la había causado una pérdida económica estimada en 14.184 libras esterlinas.

El 4 de abril de 1974 la Comisión aceptó la demanda exclusivamente en cuanto a la alegación relativa al artículo 10 del Convenio y al artículo 1 numeral 1 de su Protocolo, que se refieren al respeto de los bienes, pero, la declaró inadmisibles en relación a los otros artículos, esto es 1, 7, 9, 13 y 14 del Convenio. Decidió en la misma fecha estudiar de oficio todo el problema que las circunstancias del proceso pudiera plantear en relación con los artículos 17 y 18, informando de este particular a las partes días más tarde.

El 30 de septiembre de 1975 la Comisión emitió su dictamen de la siguiente manera:

- Desconoció que se haya violado el artículo 10 del Convenio. El fallo contó con 8 votos contra 5, con una abstención
- Determinó que ni los embargos provisionales ni la confiscación y destrucción del schoolbook habían violado el artículo 1 numeral 1 del Protocolo
- Que o era necesario proceder a un examen más profundo sobre el artículo 17 del Convenio; y, que,
- No se había producido ninguna infracción al artículo 18.

La Comisión concluyó que le corresponde al Tribunal decidir y juzgar si en el caso de Handyside se ha violado o no el Convenio en su artículo 10 y el protocolo en su artículo 1 numeral 1.

En caso afirmativo, estableció la necesidad de que el Tribunal determine si procede exigir al demandante una justa satisfacción conforme al artículo 50 del Convenio, con establecimiento de su naturaleza y alcance.

El gobierno del Reino Unido, por su parte, solicitó al Tribunal que determine que no ha habido violación alguna al Convenio en el presente caso.

Radicado el caso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 29 de abril de 1976 la sala decidió declinar su competencia a favor del Tribunal en pleno.

El procedimiento fue oral. Los debates fueron públicos. Los puntos de discusión y análisis de la demanda versaron sobre el contenido de los artículos 1, 7, 9, 13, 14, 17 y 18 del Convenio y artículo 1 numeral 1 de su Protocolo.

El análisis se concretó de la siguiente manera:

1.- Sobre la violación alegada del artículo 10 del Convenio, esto es sobre la libertad de opinión y la libertad de recibir y comunicar informaciones o ideas, en contraste con las diversas medidas objeto de la demanda, como son el secuestro, confiscación y destrucción de la matriz y de ejemplares del schoolbook, el Tribunal estimó que las medidas no han sido violatorias a tales derechos.

2.- Respecto de la violación al artículo 1 numeral 1 del Protocolo, es decir acerca de que toda persona tiene derecho al respeto de sus bienes y que nadie puede ser privado de su propiedad sino por causas de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional, el Tribunal decidió que tampoco ha existido violación a tal derecho, por cuanto las medidas aplicadas se hallan debidamente justificadas, justamente en las excepciones contenidas en el artículo 1 del numeral 1 del Protocolo.

3.- Acerca de la violación alegada del artículo 18 del Convenio, es decir que, Handyside estima haber sufrido que perseguían un fin no mencionado en el artículo 10 del Convenio ni en el artículo 1 numeral 1 del Protocolo, el Tribunal sostuvo que tampoco hubo violación a dicho artículo.

4.- Sobre la violación al artículo 14 del Convenio, o sea sobre el hecho de habersele discriminado en el goce de sus derechos y libertades reconocidos en el Convenio, el Tribunal estimó que existe falta de fundamento para imputar aquello.

5.- En cuanto a la aplicación del artículo 50 del Convenio, el Tribunal determinó que no habiéndose producido ninguna violación del Convenio ni de su Protocolo, no era aplicable la disposición del referido artículo 50, que en resumen se refiere a los gastos de funcionamiento del Tribunal, los mismos que se hallan solventados por el Consejo de Europa, razón por la cual ha de entenderse que a Richard Handyside no se le obligó a efectuar pago alguno por el proceso.

En razón de las consideraciones anteriores, el Tribunal emitió su fallo o decisión de la siguiente manera:

1.- Decidió, por 13 votos contra 1, que no se ha producido violación del artículo 10 del Convenio; y,

2.- Decidió, por unanimidad, que no se ha producido violación del artículo 1, numeral 1 del Protocolo, ni de los artículos 14 y 18 del Convenio

La decisión fue emitida en francés y en inglés, siendo fehaciente el texto francés, en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo, el 7 de diciembre de 1976.

**Comentarios.-** En cuanto al presente caso, podemos observar que el actor definitivamente perdió su demanda, pues, la misma no fue acogida conforme a derecho, con análisis y fundamentos tanto del Convenio Europeo de Derechos Humanos como de su respectivo Protocolo.

Como un aspecto preponderante, debo destacar el factor cultural británico y como consecuencia del mismo, el conjunto de valores éticos, morales y costumbristas de su pueblo. En este sentido, resulta evidente que la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se motivó en el respeto absoluto al ordenamiento jurídico interno del Estado, lógicamente en armonía con los principios y derechos humanos contenidos en los respectivos instrumentos internacionales.

Dicho de otra manera, el Tribunal observó que frente a un acto que de una u otra forma atentaba contra la moral de la juventud británica, el gobierno debía tomar medidas conducentes a frenarlo, modificarlo o de una vez erradicarlo. Las medidas adoptadas se basaron en leyes escritas y las autoridades procedieron conforme al marco constitucional interno. Todo esto no contrarió lo previsto en el Convenio y en su Protocolo, por el contrario, se sustentó en los aspectos de excepción contemplados en esos instrumentos, razón por la cual el fallo confluía en una negativa para el propósito del actor.

Personalmente considero que los valores idiosincráticos, culturales, religiosos, costumbristas y morales de un pueblo no deben ser sujeto de censura ni crítica destructiva, sino únicamente cuando éstos vayan en deterioro u ofensa de los Derechos Humanos Universales.

En esta sentencia primó el margen de apreciación del Reino Unido en armonía con su ordenamiento jurídico interno.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **4.1 Métodos de Interpretación de la Convención Americana**

#### **4.2 Escenarios Admisibles de Restricción de los Derechos**

#### **4.3 Concepto de Orden Público y los Cuestionamientos por la Indeterminación de su Concepto**

#### **4.4 Posición de los Estados en los Procesos ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos**

#### **4.5 Posición de los Órganos del Sistema Interamericano**

**4.1 Métodos de Interpretación de la Convención Americana.-** En contraste con el sistema europeo que acabamos de revisar, voy a continuación a referirme a la aplicación del margen de apreciación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En este sistema, al igual que en el europeo se aplican principios como los de la proporcionalidad, subsidiariedad y el de ponderación, debiendo destacarse que principalmente se sustenta en el primero, esto es en el de proporcionalidad, de manera predominante.

Con la finalidad de evidenciar la característica esencial del sistema interamericano de derechos humanos y su sustentación primordial en el principio de proporcionalidad, he creído conveniente tomar un caso latinoamericano concreto, a través del cual pretendo demostrar este aspecto.

El caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, que se resume de la siguiente manera:

Hubo una sentencia penal condenatoria por parte del Estado Costarricense, que se dio como consecuencia de que ciertos días del año 1995 se publicaron en el periódico "La Nación" algunos artículos del periodista Mauricio Herrera Ulloa, los cuales consistían en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski, haber cometido hechos ilícitos graves representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria.

Con fecha de 28 de enero de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Costa Rica, debido a la sentencia penal anteriormente referida.

La demanda se basó en el artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos, su objetivo era que la Corte decidiera si el Estado Costarricense violó el artículo 13 que trata sobre la libertad de pensamiento y

expresión en relación con las obligaciones de respetar los derechos y deberes de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidas en los artículos 1.1 y 2 respectivamente de dicho tratado.

La sentencia condenatoria del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, dictada el 12 de noviembre de 1999, impuso una pena consistente en una multa y además ordenó que se publicara los considerandos de la misma en el periódico “La Nación”.

En cuanto a la acción civil, se le obligó al señor Herrera a resarcir económicamente, haciéndoseles copartícipes solidarios de esta obligación al señor Fernán Vargas Rohrmoser y al periódico “La Nación”.

Los rubros versaron sobre el pago de una indemnización por daño moral debido a las publicaciones, pago de costas procesales y personales y, a que el periódico retire todo enlace por Internet entre el apellido Przedborski y los artículos referidos, además de que se publique la parte resolutive de la sentencia.

La Comisión pidió una compensación por parte del Estado costarricense para que pagara una indemnización por los perjuicios causados a las presuntas víctimas; que se dejara sin efecto y eliminara todas las consecuencias derivadas de la sentencia condenatoria.

Además la Comisión solicitó que la Corte ordenara también la modificación de la legislación penal, con el fin de adecuarla a lo establecido en la Convención Americana.

Analizado el caso, se lo aprobó el 3 de diciembre del 2001 y la Comisión por medio del artículo 48 de la Convención Americana de Derechos Humanos se puso a órdenes de las partes para tratar de remediar amistosamente el problema.

El 28 de octubre del 2002 la Comisión transmitió a Costa Rica su informe y le otorgó un plazo de dos meses para que diera cumplimiento a las recomendaciones, sin embargo ésta no las cumplió, razón por la cual el 28 de enero del 2003 sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

La Corte, por su parte, requirió a Costa Rica que adoptara sin más dilatorias todas las medidas provisionales para dejar sin efecto la inscripción de Mauricio Herrera en el registro de delincuentes hasta cuando el caso se resuelva y todas las demás resoluciones contenidas en la sentencia condenatoria.

La valoración fundamental de la prueba fue documental.

Entre las excepciones propuestas por el Estado de Costa Rica fue la falta de agotamiento de los recursos internos, la presunta extemporaneidad e incluso inexistencia material de la providencia que supuestamente le ha causado daño al señor Vargas Rohrmoser.

Las excepciones de la Comisión se sustentaron en violación al artículo 13 de la Convención Americana que consagra el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, rechazando todas las sanciones impuestas por la sentencia condenatoria.

Las consideraciones de la Corte para resolver concluyeron en que hubo violación de los artículos 13 y 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y del artículo 8.2. h. de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

En tal virtud el Tribunal basándose en su jurisprudencia estableció que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño genera una nueva obligación que consiste en reparar adecuadamente dicho daño, así

lo prevé el artículo 63.1 de la Convención Americana.

Es aquí donde empezamos a ver la aplicación lógica, en toda su magnitud, del principio de proporcionalidad por parte del sistema interamericano de derechos humanos, ya que la norma anteriormente invocada contempla como restitución, en lo posible, el reestablecimiento de la situación anterior a la de la violación.

La obligación de reparar es imperativa para el Estado parte, el mismo que no puede incumplirla invocando disposiciones de su derecho interno.

En otras palabras este sistema es tan apegado a la proporcionalidad que las medidas de reparación propenden a desaparecer los efectos de las violaciones cometidas.

La sentencia penal en contra de Mauricio Herrera, a criterio de la Corte, conllevó una violación a la libertad de pensamiento y expresión, por lo cual dictaminó que dicha sentencia debe quedar sin efecto en todos sus alcances, inclusive respecto a terceros, que el Estado debe respetar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en un plazo razonable debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención (al artículo 8.2. h), que, al existir un daño inmaterial, debe ser reparado mediante una indemnización compensatoria, con equidad. La suma por ese concepto la fijó en \$ 20.000 de los Estados Unidos o su equivalente en moneda costarricense.

En este punto es de resaltarse nuevamente la aplicación del principio de equidad o proporcionalidad anteriormente referido, más todavía porque la Corte ordenó en su fallo que el Estado Costarricense le reconozca por concepto de gastos incurridos un monto equivalente a \$10.000 dólares, exentos estos y los \$ 20.000 anteriores de impuestos o tasas. Incluso se contempló que si el Estado incurriese en mora deberá pagar un interés sobre los valores adeudados.

Le otorgó al agraviado el plazo de 10 años para cobrar la indemnización reclamada, so pena de devolverla al Estado si no lo hacía. Le conminó a Costa

Rica a informar sobre el cumplimiento de su sentencia dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha de su notificación.

**Comentarios.-** Como se puede apreciar, el fallo adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el presente caso, hace en efecto notoria la marcada aplicación del principio de proporcionalidad o equidad, toda vez que, en efecto, la reparación integral de los daños generados como producto de la violación de los derechos contemplados en la Convención, propenden, en lo posible a retrotraer las circunstancias del agraviado a su estado anterior, por ello es que, dispuso dejar sin efecto la sentencia penal condenatoria con todo su contenido, esto es, eliminar del Registro Judicial de Delincuentes el nombre del ofendido, reestablecer el enlace del periódico digital con relación al nombre del diplomático Félix Przedborski; y, en cuanto a aquellos aspectos que son irreversibles, como el sufrimiento moral y los gastos incurridos en la contienda, la Corte fijó con equidad los montos compensatorios pertinentes.

En síntesis, me resta tan solo insistir una vez más en el hecho de que la doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos se halla absolutamente sustentado en los métodos de interpretación generalmente aceptados, pero, con preponderancia absoluta de aquel relativo a la equidad o proporcionalidad, característica esencial que sustenta este sistema.

**4.2 Escenarios Admisibles de Restricción de los Derechos.-** Este tema tiene por objeto evidenciar dentro de que medida podrían restringirse los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para el efecto, debemos referirnos necesariamente a las expresas disposiciones contenidas en los artículos 8, 27, 29 y 31 de dicha Convención, en concordancia con las opiniones consultivas números 8 y 9 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, luego de haber efectuado una lectura detenida de la normativa anteriormente invocada, considero que el esquema del presente asunto se lo puede sintetizar de la siguiente manera:

El artículo 8 de la Convención se refiere a las garantías judiciales, entre las cuales se encuentran el derecho de las personas a ser oídas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ellas, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Así mismo, dentro de estas garantías se halla la presunción de inocencia así como la observancia del debido proceso dentro de la inculpación de un delito, que se traduce a ser asistido en su expresión en su propio idioma, a conocer de manera concreta de que se le acusa, a contar con el tiempo y la asistencia necesaria para impulsar su defensa, a asignarle un defensor si no es suficiente que se defienda por sí mismo, derecho a solicitar que se presenten pruebas y testigos que contribuya con su defensa, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a recurrir de la sentencia ante las instancias judiciales pertinentes, derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por la misma causa, y, a que su proceso sea público y transparente, con la reserva a favor de lo estrictamente necesario para preservar la justicia.

El artículo 27, por su parte, tiene que ver con la suspensión de las garantías judiciales, es decir, que, vendría a constituir el puntal fundamental que faculta el escenario admisible de restricción de los derechos contemplados en la Convención.

En este sentido, dicho artículo, dada la trascendental importancia de los derechos humanos, introduce disposiciones absolutamente limitadas de suspensión de los referidos derechos, con marcadas limitaciones de tiempo y espacio.

Tal es así que faculta a los estados parte a ejercitar esta posibilidad únicamente en caso de guerra, de peligro público o de otra circunstancia emergente que amenace la independencia o seguridad del Estado; en cuyo caso podrá hacerlo solamente por el tiempo limitado que duren los acontecimientos y dentro de parámetros que no contraríen o resulten incompatibles con los deberes adquiridos en razón de la Convención, ni con las normas del derecho internacional. Tampoco puede utilizarse esta figura para propender a la discriminación en ningún sentido.

En términos generales, la permisividad para suspender garantías judiciales puede aplicarse dentro de una especie de “camisa de fuerza”, ya que, bajo ningún concepto, a pretexto de la suspensión, pueden vulnerarse los derechos inmanentes y consustanciales a la vida del hombre, esto es el derecho a la vida, a las libertades de pensamiento y de expresión, a la personalidad jurídica, a la integridad personal, a no ser sometido como esclavo, a que prime el principio de legalidad y retroactividad, a la protección a la familia, a ejercer los derechos políticos y, lo que resulta más importante aún, a poder ejercer las acciones judiciales indispensables para el reclamo de todos estos derechos antes mencionados.

Como se puede observar, lo expuesto confirma mi criterio anteriormente vertido, en el sentido de que por más estado de excepción que exista, nada ni nadie puede ni debe vulnerar los derechos humanos fundamentales. Esto se traduce entonces a que el mencionado estado de excepción se refiere única y exclusivamente a cualquier otro derecho previsto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos que no sean definitivamente de aquellos relativos a la primera generación o personalísimos.

Cabe señalar que la comunidad internacional se asegura acerca del ejercicio de esta posibilidad de restricción de derechos, contemplando en el propio artículo 27 al cual me estoy refiriendo que, en el evento de producirse el hecho, éste debe ser informado inmediatamente tanto al organismo supranacional

como a los demás estados parte, a través del secretario general de la Organización de Estados Americanos, OEA.

El artículo 29 refuerza de manera categórica la no posibilidad de contrariar los derechos fundamentales del ser humano contenidos en la Convención, cuando emite las normas de interpretación de los derechos generales contenidos en la misma.

De manera concreta restringe a los estados parte y a cualquier persona para que adopte medidas que afecten o peor aún supriman el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, incluso, refiriéndose al estado de excepción, prohíbe limitarlos en mayor medida de lo previsto en el propio convenio internacional.

Este artículo valora el origen de aprobación de los derechos humanos a través de un sistema democrático representativo que impera en los estados miembros.

En síntesis, lo que hace es evitar la exclusión o limitación de los derechos fundamentales anteriormente referidos.

El artículo 31, rebasa el límite de la restricción de los derechos establecidos en la Convención, agregando, por el contrario, la posibilidad de reconocimiento de otros derechos que podrán ser incluidos en la misma cuando han sido reconocidos en los términos previstos en los artículos 76 y 77 del Tratado.

En este sentido los mencionados artículos 76 y 77 prevén la posibilidad de que los estados parte propongan enmiendas a la Convención, con la única finalidad de incrementar los derechos contenidos en la misma, es decir que, el artículo 31 se presenta como fuente para agregar aspectos que eventualmente no estuvieren contemplados en la normativa internacional y que obviamente tenga que ver con el acrecentamiento de la tutela o protección del ser humano en todo su contexto y dimensión.

Finalmente, las opiniones consultivas 8 y 9 de la Corte llevan a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 de la Convención y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

Así mismo, advierten que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.

Los miembros vierten su criterio por unanimidad en el sentido de que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

Adicionalmente, concluyen que, las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, son el hábeas corpus (art.7.6), el amparo, y cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

Agregan que deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art.29.c)), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

Por último, expresan que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención.

En síntesis de las normas anteriormente expuestas, así como del análisis que acabo de efectuar a las mismas, se llega a la conclusión inequívoca de que en materia de derechos fundamentales los escenarios admisibles de restricción son absolutamente limitados, y, eso resulta lógico y pertinente en la medida en que no se puede admitir especulación y mucho peor acciones que vayan en perjuicio de los mismos sea cual fuere la circunstancia social, jurídica o de seguridad de un estado miembro.

**4.3 Concepto de Orden Público y los Cuestionamientos por la Indeterminación Conceptual.-** Este es un tema sin duda polémico y hasta controversial, en la medida en que existen distintas formas de concebir al Estado, a la política, al gobierno y a la misma sociedad, según sean las tendencias filosóficas e ideológicas tanto de orden personal como colectivo.

Para poder establecer parámetros universales que nos conlleven a la aplicación de una adecuada definición, considero que es indispensable empezar analizando el problema terminológico segmentadamente, para luego asociar las ideas y confluir en la definición integral.

Se entiende por **orden** a la colocación de las cosas en el lugar que les corresponde. Significa una buena disposición de las cosas entre sí. La regla o modo que se observa para hacer las cosas, se trata de una categoría sistemática para concretar un objetivo de manera exacta y secuencial.

El orden atañe entonces a todas las circunstancias de la vida y consecuentemente a todas las superestructuras de un Estado o sociedad organizada.

En materia política, el orden implica cada uno de los elementos que componen un Estado. Esto tiene relación con la connotación del orden en términos jurídicos, en donde ha de entenderse la jerarquía tanto de las leyes como de la potestad de las autoridades superiores.

**Público** comprende un adjetivo que denota lo manifiesto o conocido por todos. Es el antónimo de privado e implica el ejercicio de una potestad o jurisdicción por parte de una autoridad investida por la ley.

Dentro de la concepción de lo público encajan los bienes de esa naturaleza, es decir de aquellos que pertenecen a una colectividad bajo la administración y control de la autoridad pública.

Esta palabra encierra además el beneficio colectivo, el interés social, aspectos que sin duda se priorizan por encima del interés particular o personal.

Con este análisis previo podemos aceptar el criterio de que es más fácil sentir que expresar lo que implica el orden público, pues, en verdad no existe un cuerpo legal que defina de manera expresa tal situación, ni tampoco la doctrina ha llegado a generar una convención al respecto.

Para el profesor español Alfonso Posada, el orden público es “aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos”. El orden público es sinónimo de un deber, “que se supone general en los súbditos, de no perturbar el buen orden de la cosa pública”. **(15)**

En el contexto de la comunidad de los estados, la expresión de orden público

---

15) Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, pág. 275, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires 2005, edición actualizada.

internacional, según Capitant es “el conjunto de instituciones y de normas de tal manera unidas a la civilización de un país, que los jueces deben aplicarlas con preferencia a la ley extranjera, aunque éstas fueran aplicables según las reglas ordinarias para resolver los conflictos de leyes”. **(16)**

Como vemos, el asunto de definición terminológica, si bien no es ausente, pero tampoco establece los parámetros exactos o definidos dentro de los cuales debe aplicarse el orden público, por ello es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido que hacer un gran esfuerzo para delimitarlo.

Esta situación no queda como un asunto de forma, más aun si se considera que la Corte ha de administrar justicia emitiendo disposiciones tendientes a la salvaguarda y restablecimiento de derechos fundamentales, cuya responsabilidad y cumplimiento recae justamente sobre el “orden público”, por ello, la necesidad de comprender su significado.

En todo caso y como una fórmula adecuada, más que de definición, de atributo, no cabe duda de que el orden público mantiene una relación directa con el Estado y su gobierno, es decir, que se ven involucrados tanto la sociedad jurídica y políticamente organizada, como las autoridades que por mandato constitucional y vía democrática han de conducirla, para mantener el orden. Dicho de otra manera, lo importante es que la Corte en sus sentencias, al establecer su cumplimiento, atribuya al Estado y a sus respectivas autoridades la responsabilidad para el efecto.

Visto desde otro ángulo, el significado de “orden público” puede comprender la obligación de mantener en regla la aplicación del ordenamiento jurídico interno y externo del Estado. Por un lado, sería la aplicación de las normas que aseguren la paz y armonía de la sociedad dentro de sus límites territoriales; y,

---

16) Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, pág. 275, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires 2005, edición actualizada.

por otro, vendría a ser el ejercicio de las garantías para la aplicación de las normas internacionales, con la misma finalidad de mantener la paz y el respeto de los estados entre sí, a nivel de la comunidad internacional.

En materia de derechos humanos, mantener el orden público, sería justamente que todas las normas de derecho interno se acoplen a las normas del tratado internacional, así como también que, todas las autoridades de los estados parte sometan sus ejecutorias a la no vulneración de las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

**4.4 Posición de los Estados en los Procesos ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.-** Siguiendo la metodología aplicada para el desarrollo de la presente tesis, voy a continuación a referirme a este tema, tomando para el efecto casos concretos que denotan la posición tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la Corte voy a referirme al caso “Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil” y, en lo que respecta a la Comisión, al caso “Oscar Elías Biscet y otros Vs. Cuba”

El caso de la Corte y su análisis concreto se resume así: La Comisión presentó ante la Corte una demanda a efectos de determinar si el Estado Federativo de Brasil era responsable por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que se refieren a garantías judiciales y protección judicial, respectivamente, en relación con el artículo 1.1 que establece la obligación de respetar los derechos contemplados en la misma.

Las potenciales víctimas eran los padres de Gilson Nogueira de Carvalho, abogado defensor de derechos humanos, quien venía de denunciar los crímenes cometidos por un grupo denominado “muchachos de oro”, conformado por policías civiles y otros servidores públicos, quienes integraban una organización de exterminio.

El propio Nogueira, previo amenazas, fue asesinado el 20 de octubre de 1996 en la ciudad de Macaíba, al norte de Brasil. El accionar de este abogado iba orientado a cesar en el Estado de Río Grande una serie de secuestros, torturas y asesinatos de personas por parte de agentes estatales, situación que constó en la demanda.

Habían transcurrido diez años de la muerte del abogado sin que sus padres hubieran podido identificar a los asesinos y sin que se haya establecido una compensación por los daños sufridos.

La Corte era competente para conocer y tramitar el caso toda vez que Brasil es Estado parte de la Convención.

Los demandantes presentaron prueba documental, testimonial y pericial y argumentaron además violación del derecho a la vida garantizado en el artículo 4 de la Convención y la falta de investigación para identificar y sancionar a los responsables del homicidio.

El Estado brasileiro presentó excepciones, entre las cuales se pueden citar incompetencia de la Corte y no agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento interno. Los demandantes, por su parte, refutaron dichas excepciones y manifestaron que no tenían lugar.

La Corte determinó que el Estado demandado renunció tácitamente al agotamiento de los recursos internos, por no haber interpuesto esta excepción dentro de la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión (relación con los artículos 44, 45 y 46.1.a de la Convención). De modo consecuente estableció precedente su competencia para tramitar y resolver el caso.

La Corte valoró los tipos de prueba presentada. De la documental se presumió que el abogado fue perseguido por Maurílio Pinto de Medeiros quien había

ocupado continuamente cargos en la estructura de seguridad pública del Estado de Río Grande, al norte de Brasil, a quien se le habían imputados múltiples violaciones con anterioridad.

Las pruebas testimoniales iban orientadas a atribuir la muerte de Gilson Nogueira a los escuadrones policiales.

La Corte en su valoración de la prueba determinó que el abogado fue asesinado por tres sujetos, uno de los cuales le disparó con una escopeta en la cabeza, frente a su domicilio, luego de salir de una reunión social, al medio día. Hubo increpaciones como autor del homicidio al policía Ernesto Moreira conjuntamente con dos acompañantes. Otro de los presuntos responsables habría sido Jorge Abafador.

En todo caso, luego de un análisis objetivo, la Corte determinó que no ha lugar a la demanda, pues, declaró que, no obstante desestimar las dos excepciones propuestas por el Estado brasileiro, existía un limitado soporte fáctico que impedía demostrar que el Estado parte había violado las garantías y la protección judicial garantizadas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, decidió archivar el expediente.

**Análisis personal.-** En primer término, he de referirme a las excepciones propuestas por el Estado parte, esto es, la no competencia de la Corte y el no agotamiento de los recursos internos según el ordenamiento jurídico específico.

Sobre el aspecto de la competencia, la Corte consideró lo previsto en el artículo 62.1 de la Convención, que, en definitiva establece que todo Estado miembro puede en el momento de su ratificación a adhesión, o en cualquiera otro posterior reconocer la competencia de la Corte. Por tanto, no cabe duda que si Brasil es un Estado suscriptor de dicha convención, la Corte es competente para conocer y tramitar cualquier demanda por supuesta violación a los

derechos contemplados en la misma, más aún cuando no se estableció la posibilidad de limitaciones de una competencia temporal.

En lo que respecta al no agotamiento de los recursos internos previstos en el Estado parte, como requisito previo para demandar ante la Corte, ésta, se fundamentó en las disposiciones contenidas en el artículo 46.2.1 que establece que, como excepción, no se requerirá el agotamiento de las vías internas del Estado parte para demandar, cuando se evidencie que no ha existido la garantía al debido proceso o no se haya garantizado un efectivo recurso judicial. En el presente caso, se demostró que hubo exagerada dilación del proceso penal a través del cual se pretendía hacer justicia al agraviado, que, hubo demora en la investigación y ausencia de establecimiento de responsabilidades, pero, lo más trascendente, sin que aquello haya implicado denegación de una garantía judicial así como de una protección del mismo orden, lo cual es absolutamente distinto de las circunstancias señaladas.

En síntesis, la falta de pruebas contundentes fue el elemento fundamental que dio como consecuencia que la Corte se viera limitada para aceptar la demanda y disponer medidas de reparación concretas.

Esto evidencia que la complejidad de la administración de justicia es general en todos los ámbitos del derecho y, que, la materia específica de derechos humanos no es la excepción, ya que los jueces, con una venda en los ojos, por más que haya mediado la pérdida de una vida, no pueden emitir fallos de aventura o sin la certeza de quiénes son los culpables de la violación de los derechos previstos en la Convención Americana de los Derechos Humanos. Por tanto, en el presente caso, el margen de apreciación del Estado brasileiro se hizo manifiesto en base de la preponderancia de su ordenamiento jurídico interno, pues, al no haberse determinado la responsabilidad de los autores del crimen, mal podía emitirse una sentencia de reparación que recaiga sobre personas indeterminadas.

De otra parte, refiriéndome al caso de la Comisión, esto es, el cubano, voy a continuación a resumirlo y concretarlo de la siguiente manera:

Los días 22 de septiembre y 9 de octubre de 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió dos peticiones, la primera por parte de la empresa Cuban American Bar Association; y, la segunda, por parte del Directorio Democrático Cubano mediante las cuales se alegaba la responsabilidad de la República de Cuba por la violación de varios artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, perjudicando a un grupo de 79 disidentes y opositores al régimen. Dichas peticiones fueron tramitadas en un mismo expediente, lo cual estaba facultado por el reglamento interno de la Comisión.

Las presuntas víctimas alegaron que durante el mes de marzo de 2003, el Estado Cubano llevó a cabo una ola represiva en contra de una serie de activistas de derechos humanos y periodistas independientes. Como resultado, varios disidentes y opositores al gobierno de Cuba fueron detenidos y arrestados por haber desarrollado acciones “subversivas” “contrarrevolucionarias” y “en contra del Estado”. Adicionalmente, se denunció la realización de requisas en sus domicilios amedrentando a sus familiares, y la injusta imputación de “diseminación de propaganda e información ilícita”, habiendo sido objeto de procesos judiciales sin que se especifiquen los elementos constitutivos de sus presuntas infracciones, todo esto básicamente por la falta de un Poder Judicial independiente en Cuba.

Del mismo modo, los afectados declararon que contaron con escasas horas para la preparación de sus medios de defensa y que fueron asistidos no por defensores de su elección sino por abogados del Estado a quienes se les habría impedido comunicarse libre y privadamente con las víctimas. Los procesos en contra de los detenidos no duraron más de un día y se impidió la entrada a reporteros, diplomáticos y público en general, dejando únicamente asistir a los familiares más cercanos de los procesados y a los miembros del Partido Comunista de Cuba.

En los comunicados a la Comisión, se dijo también que ya dictadas sus sentencias, las víctimas fueron enviadas a cárceles lejos de sus lugares de residencia, a fin de dificultar las visitas de sus familiares. Indicaron que la mayoría de los condenados permanecieron en condiciones de aislamiento y que las autoridades penitenciarias les negaron el acceso a las visitas y al cuidado médico, lo que en algunos casos empeoró los estados de salud de aquellos que se encontraban enfermos. Se agregó que han recibido varios maltratos por parte de los penitenciaros.

Teniendo un plazo de dos meses para contestar o poner oposición a dichas acusaciones, el Estado Cubano respondió poco después del mismo a las solicitudes de información requeridas, a través de dos comunicaciones enviadas por la Sección de Intereses de Cuba en Washington, D.C., manifestando que la Comisión Interamericana no tiene competencia legal, ni la Organización de Estados Americanos autoridad moral para juzgar el disfrute de los derechos humanos en Cuba.

La Comisión, por su parte, observó que el Estado Cubano rebasó el plazo anteriormente referido, minimizando su capacidad para controvertir los hechos expuestos en la denuncia.

La óptica valorativa de la Comisión sobre este caso, se evidenció en su informe, en el cual precisó varios aspectos: Primero, ratificó su competencia para conocer este caso, al tenor de lo establecido por la Carta de la OEA así como por el artículo 20 del Estatuto y los artículos 49 y 50 del Reglamento de la Comisión que expresamente prevén que la Comisión está facultada para recibir y examinar toda petición que contenga una denuncia de presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana, en relación con los Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención Americana.

La posición de la Comisión, tomó también en cuenta normas de Derecho Internacional como la Declaración Americana, la Convención de Ginebra y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que el Estado Cubano no había proporcionado en sus respuestas observaciones, información o pruebas referidas a las alegaciones de los peticionarios, lo que claramente indica que las aseveraciones y declaraciones de las presuntas víctimas son certeras y sobre todo que existió violación de varios derechos humanos.

Luego del análisis y estudio pertinentes, la Comisión llegó a la conclusión de que el Estado Cubano fue responsable de la violación a los artículos I (Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona), II (Derecho de igualdad ante la ley), IV (Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión), V (Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar), VI (Derecho a la constitución y a la protección de la familia), IX (Derecho a la inviolabilidad de domicilio), X (Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia) XI (Derecho a la preservación de la salud y al bienestar), XVIII (Derecho de justicia), XX, (Derecho de sufragio y de participación en el Gobierno), XXI (Derecho de reunión), XXII (Derecho de asociación), XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (Derecho a proceso regular) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y, también formuló una serie de recomendaciones al Estado Cubano, aplicando el artículo 39 de su Reglamento, que expresamente establece: “Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”.

Por tal motivo, las recomendaciones (con fuerza de resolución) a las que llegó la Comisión fueron las siguientes: a) La liberación inmediata de las víctimas, declarando nulas las condenas en su contra por haberse basado en leyes que

imponen restricciones ilegítimas a sus derechos humanos; b) La adopción de las medidas necesarias para adecuar sus leyes, procedimientos y prácticas a las normas internacionales sobre derechos humanos; c) La reparación a las víctimas y a sus familiares por el daño material e inmaterial sufrido; y, d) La adopción de las medidas necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a cometerse, de conformidad con el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos.

El Estado Cubano no dio oportuno cumplimiento a las referidas recomendaciones, por tanto, la Comisión, fundamentada en lo previsto en el artículo 45 (2) y (3) de su Reglamento, dispuso la publicación del informe sin brindar posibilidad para que las partes presenten información sobre el cumplimiento de las mismas. Ordenó además transferir el Informe al Estado y a los representantes de los peticionarios y su publicación e inclusión en el Informe Anual de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

**Análisis personal.-** El presente caso es propicio para resaltar principios y derechos fundamentales en materia de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional, a nivel universal, tanto desde el punto de vista de la norma positiva como adjetiva o procesal.

Así, la Comisión adoptó sus decisiones aplicando el derecho de “reversión de la carga de la prueba”, que consiste en el hecho de que corresponde al Estado demostrar el descargo de su responsabilidad frente a las acusaciones de los ciudadanos debido a la vulneración de derechos humanos y constitucionales.

En el caso que nos ocupa, un grupo de ciudadanos cubanos alegó dichas violaciones ante la Comisión y el Estado Cubano ni siquiera dio contestación oportuna (dentro de los 2 meses) a tales imputaciones. Es decir, que, su silencio y omisión ante un organismo internacional o de cualquiera otra naturaleza, confiere claros indicios de aceptación tácita de los hechos que se le

inculpan. Además, el no dar una contestación oportuna comprende una violación al principio de preclusión (secuencia de los pasos que deben observarse y seguirse oportunamente en un proceso, dentro de los términos y plazos previstos en las leyes y reglamentos), así como también, jurídicamente hablando, da como resultado la eventual pérdida de un derecho o del ejercicio de una acción, en este caso de aquellos que le correspondían al Estado Cubano.

Al respecto, sobre la reversión de la carga de la prueba a un Estado, frente a la aseveración de sus ciudadanos sobre derechos humanos y constitucionales, cabe señalar que el Ecuador posee incluido este aspecto en su Constitución de la República, concretamente en el artículo 86 numeral tercero, en cuya parte pertinente dice: “se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.”, de tal suerte que, nada más ni nada menos, eso es lo que le pasó al Estado Cubano.

Por consiguiente, considero que la decisión de la Comisión se halla revestida tanto de legalidad como de legitimidad.

En cuanto tiene que ver a la decisión respecto del margen de apreciación de los estados que es el tema central de este estudio, no cabe duda, de que el Estado Cubano por más independiente que pretenda ser y aún no siendo miembro de la comunidad de los estados que han aceptado los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, debido a esta naturaleza y a las expresas disposiciones que competen ser acatadas aun a los estados que no son parte, debió imperativamente cumplir con las decisiones de la Comisión.

Mantener una posición contraria en pleno siglo XXI, es desconocer no solamente la universalidad de los Derechos Humanos, sino evidenciar un desenfoque y falta de armonía dentro de un planeta caracterizado hoy por hoy al fenómeno de la globalización y a la conformación de grandes bloques

jurídicamente amparados por el Derecho de Integración y las normas del Derecho Internacional Público. En suma, en el presente caso, el margen de apreciación del Estado Cubano fue el de sometimiento a las decisiones del Organismo Internacional, dada la trascendencia de obligatoriedad del respeto a los derechos humanos por parte de todos los estados del mundo.

**4.5 Posición de los Órganos del Sistema Interamericano.-** En primer término, debemos recordar que los órganos que conforman este sistema son sus sujetos o protagonistas, es decir, los estados parte y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, lógicamente contando con el representante de la presunta víctima.

Para explicar la aludida posición voy a referirme al caso “Lori Berenson Mejía Vs. Perú” que se resume de la siguiente manera: La Comisión, al amparo del artículo 61 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, presentó ante la Corte una demanda con la finalidad de que establezca si el Estado peruano violó los artículos 5, 8 y 9 de la misma, en concordancia con la obligación prescrita por el artículo 1.1, esto es, que, si se vulneró los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y al principio de legalidad y de retroactividad.

La presunta víctima fue Loren Helene Berenson Mejía, quien fue juzgada en fuero militar y ordinario en condiciones inhumanas de detención en el penal de máxima seguridad de Yanamayo, mediante la emisión de decretos leyes.

La acusación estableció que fue juzgada por un tribunal militar sin rostro el 30 de noviembre de 1995, meréndole su derecho a la defensa, El 12 de marzo de 1996 fue condenada a cadena perpetua, acusada de traición a la Patria.

En virtud de un recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada, el tribunal militar anuló su sentencia y declinó la competencia a la justicia penal

ordinaria. La presunta víctima estuvo detenida en condiciones inhumanas dos años, ocho meses y veinte días.

En el año 2001 la justicia ordinaria condenó a la señora Lori a 20 años de privación de la libertad, hallándola culpable del delito de colaboración con el terrorismo, previsto en la legislación interna. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema en el 2002.

La demanda ante la Corte pedía, al tenor del artículo 63.1 de la Convención, que dictara medidas reparatorias y el reconocimiento de las costas o gastos incurridos en el ejercicio de la acción.

Las partes presentaron prueba documental, y, en el caso de la demandante, se incorporó su testimonio. Dicho testimonio decía que el 30 de noviembre de 1995, después de estar en una sesión plenaria del Congreso de la República, al salir fue interceptada por un sujeto vestido de civil y conducida hacia un automóvil. Que, fue transportada hasta un edificio frente a la Policía Nacional donde se le indicó que sus captores eran miembros de la División Nacional Contra el Terrorismo, de la Policía Nacional, cuyas siglas son DINCOTE.

Fue conducida a su lugar de habitación y allí los policías aseveraron que había gente congregada y armamento, es decir, pruebas de que perteneces a un grupo terrorista. Incluso la gente del inmueble respondió con tiroteos y hubo enfrentamientos con la policía, no obstante, la señora Lori Berenson negó su relación con los ocupantes del inmueble.

El día del operativo de detención de Lori Berenson estaba declarado estado de emergencia.

Fue conducida a los calabozos de la DINCOTE y allí no fue tratada debidamente, por el contrario, compartió celda con gente herida y sin recibir atención.

Luego fue conducida al penal de Yanamayo y procesada sin asistencia de abogado, es decir, sin defensa.

Luego de ser sentenciada fue enviada a un centro penitenciario para mujeres llamado Chorrillos. Allí fue sometida a reclusión celular, sin recibir visitas durante más de un año. 23 horas y media reclusa en una celda y media hora de patio, eso era todo. No comunicación ni material de trabajo, nada en absoluto.

Debido a las condiciones inhumanas de su detención se enfermó de varias cosas. Infecciones frecuentes, gripes, garganta y circulación sanguínea.

Gracias a declaraciones imparciales se logró determinar que no era miembro del grupo terrorista peruano Túpac Amaru, lo cual se le había imputado inicialmente.

Se evidenció que Lori Berenson había arrendado el inmueble al grupo terrorista y que había participado en adoctrinamiento. Que ese sitio se constituyó en base o centro de operaciones de la organización subversiva. Que, se halló allí uniformes militares y armamento.

Entre las consideraciones fundamentales que efectuó la Corte para resolver este caso, fue el hecho de que la misma no está facultada para pronunciarse sobre la gravedad de los hechos. Tampoco es competente para juzgar la comisión de delitos ni para actuar como juzgador en materia penal.

Que, su misión es establecer la responsabilidad de los estados parte en la vulneración de los derechos humanos, mas no investigar ni castigar la actitud de los agentes públicos u otras personas que hubieren participado en tales vulneraciones.

La Corte encontró defectos o imprecisiones en las normas internas relativas al delito de terrorismo y en las disposiciones sobre competencias, puesto que las mismas no eran precisamente compatibles para juzgar el delito de “colaboración con terrorismo”.

Hay que recordar que el propio Estado, al dejar sin efecto la sentencia de la corte militar, reconoció implícitamente que no cabía juzgar a Lori Berenson por el delito de “traición a la patria”, prevaleciendo como efecto jurídico procesal el juzgamiento ordinario por “colaboración con el terrorismo”, sin perjuicio de la determinación de violaciones a los derechos humanos o no dentro del mismo.

La Corte consideró que el Estado del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al juzgar a la presunta víctima en el fuero militar por delitos de traición a la patria.

Esto se traduce al hecho de que la víctima no gozó de sus derechos a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de su acusación penal.

Por el contrario, la Corte estimó que en el proceso ordinario no se produjo violación al antedicho artículo.

En idéntico sentido sucedió respecto del artículo 8.2, b, c y d, en lo que respecta al fuero militar y al ordinario, debiendo recordarse que las garantías en él establecidas se refieren a la comunicación previa sobre el hecho imputado, a la concesión del tiempo y medios adecuados para la defensa y a defenderse personalmente.

Sobre el derecho a interrogar testigos y contar con peritos durante el proceso (artículo 8.2, f de la Convención), la Corte estableció que sí hubo violación de ese artículo en el fuero militar, mas no en el ordinario.

Sobre el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, previsto en el artículo 8.2, h de la Convención, la Corte determinó exactamente en idéntico sentido a lo anterior, esto es, admitió la violación del Estado en el fuero militar y no en el ordinario.

Así mismo la Corte estimó que el Estado violó la garantía prevista en el artículo 8.5 en el fuero militar, esto es, que no respetó la naturaleza pública de un juicio penal. No así en cuanto a la disposición contenida en el artículo 8.4 que tiene que ver con el hecho de que un inculcado absuelto por sentencia ejecutoriada no puede ser sometido a un nuevo juicio por la misma causa.

Adicionalmente, la Corte estimó que el Estado incumplió, al momento en que se llevó a cabo el juicio militar contra la señora Lori Berenson, la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, esto es, el acoplamiento y aplicación de la legislación interna para hacer efectivas las medidas tendientes a salvaguardar los derechos humanos y las garantías previstas en la Convención.

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 63.1 de la Convención, que tiene que ver con la aplicación de medidas de reparación y establecimiento de una justa indemnización, el Estado consideró que la señora Lori Berenson tenía abierta la vía interna para establecer cualquier pretensión relativa a su reclusión o respecto de la forma cómo se desarrollaron los procedimientos policial y militar en su contra. Igualmente, que, no demandó indemnización ni reparación económica ante la justicia peruana.

La Corte, por el contrario, estimó que sí hay lugar a la aplicación de medidas reparatorias, pues, se probó que la señora Lori Berenson fue recluida en el penal de Yanamayo, a casi 3800 metros de altura, durante dos años y ocho meses, y mantenida durante un año y medio bajo régimen de aislamiento celular continuo, en una celda pequeña, sin ventilación, sin luz natural, sin

calefacción, con mala alimentación, deficientes medidas sanitarias e inadecuada atención médica, lo cual le produjo problemas de salud.

En síntesis consideró procedente compensarla por sus problemas de salud y además fijó a favor de sus padres Mark y Rhoda Berenson un reconocimiento de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América por concepto de costas y gastos en el proceso ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

La Corte estableció que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Lori Berenson, por las condiciones de detención a las que fue sometida en el establecimiento penal de Yanamayo.

Encontró también violación al artículo 9 de la Convención que establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable.

En razón de todas las consideraciones expuestas la Corte emitió su fallo y dispuso en términos generales que el Estado debe adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana; que su sentencia constituye por sí misma una forma de reparación; que el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional tanto la sección denominada "Hechos Probados", así como la parte resolutive de la sentencia; que e Estado debe brindar a la señora Lori Berenson atención médica adecuada y especializada; que, el Estado debe condonar a la señora Lori Berenson la deuda establecida como reparación civil a favor del Estado; que el Estado debe tomar de inmediato las medidas necesarias para adecuar las condiciones de detención en el penal de Yanamayo a los estándares internacionales, trasladar a otras prisiones a quienes por sus condiciones personales no puedan estar reclusos a la altura de dicho establecimiento

penal, e informar cada seis meses a esta Corte sobre esta adecuación; que el Estado debe pagar la cantidad de U.S. \$ 30.000,00 a los señores Rhoda y Mark Berenson por concepto de costas y gastos; que el Estado debe efectuar el reintegro de las costas y gastos en la forma y plazos establecidos en la sentencia, que el Estado puede cumplir sus obligaciones de carácter pecuniario mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda nacional del Estado, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago; que, el pago por concepto de costas y gastos establecido en la sentencia no podrá ser afectado, reducido o condicionado por motivos fiscales actuales o futuros; que en caso de que el Estado incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en el Perú; que si por causas atribuibles a los beneficiarios del pago de costas y gastos no fuese posible que éstos las reciban dentro del indicado plazo de un año, el Estado consignará dichos montos a favor de los beneficiarios en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria peruana solvente; y, que supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Dispuso finalmente que dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un primer informe sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento.

**Comentario personal.-** Independientemente de la capacidad de síntesis que he tenido que aplicar en el presente caso, cuya literatura se halla contenido en 124 páginas. De mi análisis concluyo que el fallo emitido por la Corte hace notoria la esencia de su función, es decir, el cumplimiento de su papel primordial cual es el determinar en cada caso si ha existido o no vulneración a los derechos humanos. En el presente caso, es evidente que tal vulneración se produjo, pues, resulta inadmisibles privar a una persona de su libertad en

condiciones inhumanas que afecten su salud física, psíquica y moral. Por más delito cometido, nada justifica un trato degradante que ponga en peligro la vida y el bienestar del ser humano.

No cabe duda de que el Estado Peruano lesionó todos y cada uno de los derechos referidos y analizados anteriormente. En razón de ello, la sentencia de la Corte se halla revestida de acierto, equilibrio y justicia y el margen de apreciación se aplicó en el presente caso dando preponderancia a los derechos humanos previstos en los Convenios Internacionales.

## **CAPITULO V**

### **5. CASUÍSTICA ECUATORIANA SOBRE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN**

#### **5.1 Caso Consuelo Benavides: La Prescripción de una Acción Penal como Obstáculo del Estado para Cumplir con el Deber de Justicia Penal**

#### **5.2 Caso Chaparro-Lapo: La Imposibilidad de constituir un Tribunal Arbitral a partir de una Medida de Reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

**5.1 Caso Consuelo Benavides: La Prescripción de una Acción Penal como Obstáculo del Estado para Cumplir con el Deber de Justicia Penal.-** Este caso se resume en los siguientes términos: El 21 de marzo de 1996 la Comisión Interamericana presentó ante la Corte una demanda invocando los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 26 y siguientes del Reglamento vigente a esa época, en razón de que la señorita Consuelo Benavides Cevallos, miembro del magisterio nacional, fue arrestada y detenida ilegal y arbitrariamente sin una orden judicial, torturada y asesinada por agentes del Estado, de manera concreta se le imputó de su muerte al miembro de la Armada Nacional Fausto Morales Villota. La versión

de los agentes estatales aseveraba que Benavides era integrante del grupo subversivo "Alfaro Vive Carajo".

Los ilegales y atentatorios procedimientos utilizados por los agentes del orden, salieron a la luz pública después de tres años de su cometimiento gracias a los esfuerzos de la familia de Consuelo y de una Comisión de Investigación Multipartidista designada por el Congreso Nacional Ecuatoriano, pero que, lamentablemente, no alcanzó a determinar la totalidad de los autores intelectuales y materiales responsables (salvo el referido Morales). De todos modos, ninguno de los agentes fue llevado ante la justicia y muchos detalles acerca de la muerte de Benavides permanecen hasta hoy sin esclarecerse.

El objetivo de la Comisión con su demanda era que la Corte decidiera si hubo violación por parte del Ecuador de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), todos ellos en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención.

El caso inicia como consecuencia de una denuncia presentada el 22 de agosto de 1988, razón por la que la Comisión lo apertura el 24 de octubre del siguiente año, remitiendo información al Ecuador.

El Ecuador responde el 21 de febrero de 1990 diciendo que ya existe un proceso judicial militar presentado ante el Tribunal Penal Militar de la Tercera Zona Naval, con el propósito de esclarecer los hechos denunciados anteriormente y que su decisión se la informará oportunamente.

Después de realizarse una audiencia en la que participaron los peticionarios y un representante del Estado, la Comisión realizó una visita al Ecuador solicitando información al mismo sobre varios asuntos. Después de la visita la

Comisión decidió y realizó un informe que fue transmitido al Ecuador, dándole el plazo de 60 días para que responda a las recomendaciones formuladas.

La Comisión dictaminó que el Estado ecuatoriano violó los artículos antes mencionados, esto es, 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana y que incurrió en inobservancia de sus obligaciones previstas en el artículo 1 de la misma.

Las recomendaciones fueron que: a) Se inicie una investigación de los hechos denunciados para que puedan detallarse las circunstancias de las violaciones; b) Se adopte medidas necesarias para someter a los responsables de las violaciones; c) Se enmiende las consecuencias de la violación de los derechos vulnerados, incluyendo el pago de una compensación a quienes han sufrido como resultado de las violaciones aducidas; y, d) Se someta este caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo al Artículo 51 de la Convención Americana, si antes de los sesenta días de transmitido el informe el Gobierno no ha llevado a cabo las recomendaciones anteriores.

El Ecuador luego del plazo establecido para pronunciarse sobre las recomendaciones presentó información sobre el caso adjuntando dos sentencias en las cuales se condenaba a los responsables por la detención ilegal y arbitraria de la señorita Consuelo Benavides Cevallos, por lo que la Comisión respondió a la misma que si el Ecuador pretendía con esa información se reconsiderara el caso, este debía hacerlo por escrito. Así el Ecuador presentó la solicitud por escrito y la Comisión aceptó la misma concluyendo que el Estado Ecuatoriano no había cumplido las recomendaciones anteriores, razón por la cual trasladó la presentación de la demanda ante la Corte.

La Corte tuvo conocimiento del caso el 21 de marzo de 1996 y la demanda fue notificada al Ecuador por su secretaría el 12 de abril del mismo año. El 7 de mayo le fue concedido al Ecuador una prórroga de dos meses para que

interponga excepciones preliminares y de contestación a la demanda, no obstante, el Estado dejó que se venciera el plazo, solicitando una nueva prórroga para que pudiera interponer excepciones la cual le fue negada y únicamente se le dio un mes más para que contestara la demanda.

El 1 de octubre de 1996 el Ecuador dio contestación a la demanda y adujo que la misma debe ser rechazada por improcedente, ordenándose su archivo.

Después de varios análisis más, de replicas por parte del Estado ecuatoriano y de algunas audiencias realizadas, la Comisión Interamericana notificó a la Corte que durante su 98<sup>o</sup> período ordinario de sesiones se había reunido con representantes del Estado, quienes le habían presentado una propuesta de solución amistosa. Con este antecedente, la Corte señaló día y hora para una audiencia en la cual analizaría el contenido de dicha solución, la cual había sido incluso ya conocida por los señores Luis Benavides Enríquez y Rosa María Cevallos, padres de la señorita Benavides Cevallos.

Luego se señalaron dos audiencias más, en la primera, el Presidente de la Corte informó al Estado y a la Comisión que ya tenía conocimiento del acuerdo amistoso, mediante el cual el Estado reconoció su responsabilidad internacional y que, se procedería a tratar los siguientes puntos: Primero, las observaciones del Estado sobre su reconocimiento de responsabilidad; segundo, el parecer de la Comisión sobre la materia; tercero, el parecer de los familiares de la víctima o su representante; y, cuarto, la propuesta de solución amistosa presentada. Los dos primeros puntos serían tratados en la primera audiencia y los dos últimos en la subsiguiente.

Después del desarrollo de las audiencias y de escuchar a las partes, habiendo asumido el Estado su responsabilidad, la Corte resolvió sobre el allanamiento y sus efectos jurídicos fijando las reparaciones e indemnizaciones correspondientes.

En efecto, concluyó que el Estado incurrió, en responsabilidad internacional por violaciones de los derechos protegidos por los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), todos ellos en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), de la Convención Americana, en perjuicio de la señorita Benavides Cevallos.

Según el artículo 63.1 de la Convención Americana, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad, habrá de disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y, si es posible, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, así como el pago de una justa indemnización, que es lo que correspondería a este caso, ya que lo primero no se puede dar en razón del fallecimiento de la víctima.

Para la determinación de las reparaciones, la Corte tomó en consideración los aspectos pertinentes del acuerdo entre las partes que resumidamente son: a) La entrega a los padres de Consuelo Benavides Cevallos, y únicos llamados a sucederle en ausencia de cónyuge e hijos la indemnización única de U.S. \$ 1.000.000, oo de dólares, que incluye el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral irrogados. Se estableció que esta indemnización era independiente de la concedida por el Congreso Nacional, la cual que fue rechazada. Se aclaró que tampoco incluye la indemnización que tienen derecho a reclamar los padres de Consuelo Benavides a los culpables de su detención ilegal, arbitraria, y de la tortura y asesinato, debiendo aclararse que respecto de aquellos que si fueron identificados como tales, se los procesó y recibieron sentencia condenatoria; b) Que el Estado ecuatoriano impulse y concluya los procesos judiciales suspendidos a causa de la fuga de los sindicados en el crimen de la profesora Benavides, y, patrocine conforme a la ley las acciones judiciales contra las personas responsables de delitos conexos que no hubieran sido sancionadas; c) Que el Estado ecuatoriano, a través de la Procuraduría

General del Estado, oficie al Ministerio de Educación y Cultura y a los Municipios del país para que, en ejercicio de sus atribuciones legales, perennicen el nombre de la señorita Consuelo Benavides Cevallos en calles, plazas o escuelas, acogiendo el pedido de sus padres.

Por unanimidad, la Corte resolvió que: a) Es procedente el allanamiento del Estado ecuatoriano a las pretensiones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en consecuencia, que ha cesado la controversia respecto de los hechos que dieron origen a este caso; b) Por reconocimiento de su responsabilidad internacional, el Ecuador violó los derechos protegidos por los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señorita Consuelo Benavides Cevallos; c) La aprobación del acuerdo entre el Estado del Ecuador y los familiares de la víctima respecto de la naturaleza y monto de las reparaciones; d) El Estado ecuatoriano continúe las investigaciones para sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos referidos en la sentencia; y, e) La Corte se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el fallo pertinente.

Cabe mencionar que, lamentablemente, la sentencia de la Corte no pudo ser cumplida por el Estado ecuatoriano en su totalidad, concretamente en la parte relativa a sancionar o condenar a los culpables del asesinato, puesto que éstos ya fueron procesados, juzgados y sancionados internamente, deviniendo en improcedente una sanción condenatoria adicional, toda vez que aquello contrariaría expresas disposiciones del ordenamiento jurídico y constitucional del Estado ecuatoriano. Incluso, a la época de la sentencia de la Corte las acciones para un juzgamiento y eventual sanción a los autores, cómplices y encubridores de la muerte de Consuelo Benavides habrían prescrito.

**Análisis personal.-** Considero adecuado resaltar algunos aspectos principales en el presente caso. En primer lugar hay que mencionar que quedó en entre

dicho la actitud de los agentes del orden, no solo por haber procedido con violación a los derechos humanos, sino por cuanto no pudieron demostrar de manera fehaciente la pertinencia de Consuelo Benavides al grupo subversivo “Alfaro Vive Carajo”. Esto hizo que se configurara de manera más clara la calidad de víctima de la agraviada.

De otra parte, es importante resaltar que, en este caso, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación por parte del Estado ecuatoriano se hizo manifiesta de manera contundente cuando se dio cumplimiento únicamente a las reparaciones económicas e indemnizatorias y, que, definitivamente, desde el punto de vista jurídico y constitucional no era factible acatar la orden de sancionar a los culpables, no sólo porque respecto de aquellos que se conoció ya fueron procesados, sino porque en efecto, a la época del pronunciamiento de la Corte, las acciones se hallaban prescritas.

En otras palabras, el Estado ecuatoriano se vio impedido de acatar el ejercicio de una nueva sanción por hallar impedimento para el efecto a nivel de su ordenamiento jurídico y constitucional interno. Al respecto, existen varios principios y derechos también de orden humano y constitucional que prohíben que una persona sea enjuiciada dos veces por una misma causa (artículo 76, numeral 7, letra i) de la Constitución de la República); también se estaría violando el derecho al debido proceso previsto en el propio artículo, más aún si se considera que es deber de toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Finalmente, cabe recordar que la prescripción es una institución jurídica que tiene incidencia directa con el derecho procesal y con el ordenamiento jurídico interno, por lo cual no cabe el juzgamiento de delitos prescritos.

## **5.2 Caso Chaparro-Lapo: La Imposibilidad de constituir un Tribunal Arbitral a partir de una Medida de Reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-**

El segundo caso puede sintetizarse de la siguiente manera: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió acumular las denuncias de los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Iñiguez en un solo caso, las mismas que fueron presentadas el 8 de septiembre de 1998 y el 14 de abril de 1999, respectivamente.

El 23 de junio de 2006 dicha Comisión sometió a la Corte Interamericana una demanda fundamentada en las dos denuncias, en contra de la República del Ecuador.

Los hechos comienzan cuando el chileno Juan Carlos Chaparro, dueño de la fábrica "Aislantes Plumavit Compañía Limitada" que se dedicaba a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos, mientras que el ecuatoriano Freddy Lapo gerente de la misma, denuncian que con motivo de la "Operación Antinarcótica Rivera", oficiales de policía antinarcóticos incautaron el 14 de noviembre de 1997, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, un cargamento de pescado de la compañía "Mariscos Oreana Maror" que iba a ser embarcado con destino a la ciudad de Miami.

Según la Comisión se encontraron unas cajas térmicas o hieleras en las que se detectaron la presencia de clorhidrato de cocaína y de heroína. Por este motivo el señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una "organización internacional delincriminal dedicada al tráfico internacional de narcóticos".

Chaparro fue detenido por el dictamen de la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas, con fines investigativos, habiéndose además allanado su fábrica. En su detención no se le informó los motivos por los cuales había sido

detenido y tampoco su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad.

Lapo fue también detenido conjuntamente con otros empleados de la fábrica durante el allanamiento a la misma. Su detención no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez.

Según la Comisión, las víctimas después de sus detenciones fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas por cinco días, Chaparro no contó con una defensa y la de Lapo no fue adecuada. Sus detenciones duraron un año, sobrepasando el tiempo máximo legal permitido, a pesar de que se realizaron varios peritajes que concluyeron que no incriminaban a los referidos en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Dentro del año las víctimas interpusieron todos los recursos pertinentes para que les devuelvan su libertad sin lograr su objetivo. La fábrica también fue aprehendida tras su allanamiento aunque no se encontró droga, fue restituida a su dueño casi 5 años después de haber sido incautada y las víctimas continuaron con registro de antecedentes penales en relación con los hechos del presente caso.

La Comisión solicitó a la Corte que estableciera la responsabilidad internacional del Estado por la violación en perjuicio de las dos presuntas víctimas de los derechos consagrados en los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) del mismo tratado. Finalmente, la Comisión solicitó que se declare que el Estado incumplió el deber contenido en el artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención, en perjuicio del señor Lapo.

Notificada al Estado la demanda de la Comisión y a los representantes de las víctimas, la Corte recibió los escritos principales remitidos por las partes, los peritajes ordenados con antelación. El Presidente de la Corte solicitó al Estado la remisión de una prueba documental, testimonial y de peritos y convocó a una audiencia para escuchar las declaraciones de las dos presuntas víctimas.

El Estado Ecuatoriano atendió a las peticiones de la Corte entregando sus alegatos finales y parte de la prueba. En las audiencias el Ecuador efectuó un allanamiento parcial de su responsabilidad aduciendo que lamenta los excesos cometidos por funcionarios públicos y que reconoce las violaciones a los derechos protegidos por los artículos 2, 5, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ecuador al dar contestación a la demanda opuso dos excepciones: a) incumplimiento de la regla del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, ya que las presuntas víctimas no apelaron ante el Tribunal Constitucional las resoluciones de hábeas corpus que les fueron adversas, ni tampoco apelaron, de acuerdo al Código de Procedimiento Penal, los autos de prisión preventiva en su contra. Así mismo, que la vía adecuada disponible para remediar eventuales ilegalidades o arbitrariedades cometidas por la Jueza era iniciar una acción civil de daños y perjuicios para reclamar una indemnización compensatoria por error judicial; y, b) falta de competencia de la Corte en virtud de la fórmula de la cuarta instancia, lo que significa que dicha competencia para el efecto se encuentra reservada exclusivamente para la justicia interna.

Examinados estos aspectos, la Corte resolvió que sí era competente para conocer el caso, en base de los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana, y, de que el Ecuador es Estado Parte en la Convención. Luego del análisis decidió dictar sentencia constituyendo *per se* una forma de reparación, disponiendo lo siguiente:

a) El Estado debe eliminar inmediatamente el nombre de los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Iñiguez de los registros públicos en los que todavía aparecen con antecedentes penales y comunicar a las instituciones privadas pertinentes que deben suprimir de sus registros toda referencia a las víctimas como autores o sospechosos del ilícito que se les imputó indebidamente, b) El Estado debe publicar la presente sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma, c) El Estado ecuatoriano debe adecuar su legislación, dentro de un plazo razonable, a los parámetros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, d) Ecuador debe adoptar inmediatamente las medidas necesarias para eliminar de oficio los antecedentes penales de las personas absueltas o sobreseídas definitivamente, e) El Estado y el señor Juan Carlos Chaparro Álvarez deberán someterse a un proceso arbitral para fijar las cantidades correspondientes a daño material, f) El Gobierno ecuatoriano debe pagar la cantidad de U.S. \$ 50.000.00 dólares a cada una de las víctimas, determinada por la Corte por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia; y, g) La Corte se reserva la facultad de supervisar la ejecución íntegra de la presente sentencia y que el caso se dará por concluido una vez que el Estado Ecuatoriano haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo.

En la práctica, el cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte tenía serios inconvenientes, debido a que el señor Chaparro no tuvo al día los registros contables y más información legal de la fábrica, lo cual dificultó determinar el monto de los daños y perjuicios causados y consecuentemente de las pérdidas materiales.

**Análisis personal.-** Lo que expresé anteriormente, en el último párrafo, constituye la razón esencial por la cual el Estado ecuatoriano no pudo dar cumplimiento a lo dispuesto en la letra e) de la sentencia de la Corte respecto

de la evacuación de un proceso arbitral para fijar las cantidades o valores correspondientes a cierto rubro del daño material correspondientes por el cierre de la fábrica, es decir, que, en un sentido de lógica pura, si el señor Chaparro no estuvo en condiciones de demostrar con respaldos documentales la contabilidad y la magnitud de los valores relativos a su compañía, mal podía el Estado ecuatoriano aceptar la realización de un proceso tendiente para el efecto.

De otra parte, hay que considerar que de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, concretamente con la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 4, para que las entidades del sector público puedan someterse a arbitraje, deben cumplir imperativamente con determinados requisitos previos, entre los cuales se halla justamente la concreción de un convenio arbitral celebrado con anterioridad al surgimiento de la controversia, o en su defecto, surgida ya la misma podría celebrarse dicho convenio previo dictamen obligatorio del Procurador General del Estado.

En el presente caso, insisto, sino existían los respaldos documentales y legales suficientes para evidenciar la magnitud de los daños materiales mal podían las autoridades públicas concertar su voluntad para someterse a un proceso arbitral, ni tampoco hubiese cabido que el Procurador General del Estado lo apruebe bajo las circunstancias señaladas.

Considero entonces que la imposibilidad de cumplir la sentencia de la Corte en este aspecto, llega incluso a sustentarse dentro del marco constitucional ecuatoriano, en acatamiento a lo dispuesto en los artículos 226 y 232 de la Constitución de la República que en síntesis determinan, por una parte, que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidores y personas que actúen en virtud e la potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la Ley; y, por otra, que, ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y

serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes y recursos públicos.

De tal suerte que, a mi criterio, en esta parte, el Estado ecuatoriano ha aplicado con acierto la doctrina del margen de apreciación en materia de derechos humanos.

## CAPITULO VI

**6. PROPUESTA OBJETIVA PARA LA APLICACIÓN DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN” EN EL ECUADOR.-** Frente a la ausencia de disposiciones constitucionales y de leyes que regulen el proceso de implementación interna de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, he considerado que es necesario y oportuno retomar la iniciativa del ex Procurador General del Estado Dr. José Xavier Garaicoa Ortiz, quien presentó un anteproyecto de ley sobre la materia, la cual será la base para el desarrollo de mi propuesta.

Reconociendo el aporte de los Organismos Internacionales para la efectiva vigencia de los Derechos Humanos, la importancia e incidencia que ha tenido su jurisprudencia y la voluntaria cesión de soberanía de nuestro Estado a dichos Organismos, es importante que exista una armonía entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno con responsabilidades compartidas.

Esto Implica que, por una parte, el Estado asuma su deber de adecuación normativa a partir de la ratificación del instrumento internacional y, que, por otra, el organismo internacional expida sentencias bajo un análisis referencial del derecho interno, sin interpretarlo.

Para alcanzar este objetivo, es necesario efectuar una delimitación de competencias, aunque aquello resulte complejo.

Las competencias deben ser asumidas estableciendo al menos parámetros más claros para determinar los casos en los que el Estado puede negarse a cumplir con una medida de reparación dispuesta por el organismo internacional en una sentencia, más aún cuando se trata de una medida de reparación o de remisión al derecho interno, que resulte irracional o incompatible.

Las medidas a adoptarse deben ser equilibradas, no han de otorgar demasiada libertad al Estado (caso Baena Ricardo vs. Panamá) en el modo de ejecución de la sentencia, ni tampoco pueden imponer procedimientos de ejecución contrarios a figuras del derecho interno (caso Chaparro- Lapo vs. Ecuador).

Sin incurrir en un cumplimiento de sentencias por parte del Estado que sea selectivo y por conveniencia, el Estado no puede ser compelido a acatar una medida que contravenga elementos esenciales del derecho o normas sustanciales que lo rijan, pues aquello puede derivar en la inaplicabilidad de la medida en perjuicio de la víctima de violación de derechos humanos.

El Estado en casos muy excepcionales podría optar por negarse a cumplir una medida sin llegar a evadir su responsabilidad (no olvidemos que la Corte Interamericana dictamina que el Estado que no cumple una sentencia, incurre en responsabilidad agravada) y uno de esos casos podría ser cuando una medida de reparación de derecho interno tenga como consecuencia una indemnización que lejos de compensar daños enriquezca a las víctimas.

Por los argumentos expuestos mi propuesta es la siguiente:

**Comité:** Creación de un Comité con la potestad de resolver los conflictos que se generen entre las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que se reunirá previa solicitud de los miembros permanentes que se detallarán más adelante, principalmente del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien es el responsable de la implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano

de Protección de los Derechos Humanos, cuando se advierta alguna posible incompatibilidad entre las medidas de reparación o recomendaciones formuladas y el derecho interno.

Este Comité estaría integrado por miembros permanentes y miembros ocasionales.

Los miembros permanentes serían los siguientes:

- El Ministro de Justicia y Derechos Humanos o su delegado (quien lo presidirá)
- El Procurador General del Estado o su delegado (responsable del patrocinio del Estado en el litigio interamericano)
- El Ministro de Relaciones Exteriores o su delegado (representante diplomático del Estado frente a los Organismos Internacionales)
- El Fiscal General de la Nación o su delegado (responsable de la apertura de la fase pre procesal de indagación previa para iniciar investigaciones de presuntos responsables de violaciones de derechos)
- El Presidente de la Corte Nacional de Justicia o su delegado
- El Presidente de la Asamblea Nacional o su delegado
- El Ministro de Economía o su delegado (responsable de la acreditación o pago de indemnizaciones)
- El Representante de la víctima y su abogado

Los miembros ocasionales participarían en el Comité según la naturaleza del caso y podrían ser entre otros:

- El Presidente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social o su delegado
- El Comandante General de la Policía Nacional o su delegado
- El Ministro de Defensa Nacional o su delegado
- El Presidente del Consejo de la Judicatura o su delegado
- El Alcalde del cantón correspondiente o su delegado

En cuanto tiene que ver a los fallos de compleja ejecución o de imposibilidad para la misma, estimo que también es pertinente proponer un procedimiento para el efecto, así:

**Procedimiento y Causales de Ejecución Incontrastable e Inejecución:** El Comité sesionaría previa solicitud de cualquier miembro permanente en los siguientes casos:

Casos en los que procedería negativa de ejecución:

**a)** Cuando exista la imposibilidad de investigar y sancionar a responsables de violación de derechos humanos que fueron previamente enjuiciados por la justicia ordinaria, siempre y cuando no se trate de graves violaciones de derechos humanos que tengan el carácter de imprescriptibles (así catalogados al momento del procesamiento) **b)** Cuando se verifique el no agotamiento de recursos internos para procurar la reparación de los daños causados a la víctima de violación de derechos y se encuentre todavía disponible una vía interna de reclamación. **c)** Cuando la naturaleza de la medida de reparación se desvíe del ámbito de los derechos humanos **d)** Cuando los Órganos Interamericanos impongan la realización de procesos a los que las partes deban concurrir voluntariamente

Casos en los que no procedería negativa de ejecución:

**a)** Cuando la medida de reparación de hacer o no hacer sea clara, expresa y exigible (para evitar la intervención de la Corte Constitucional vía acción por incumplimiento); **b)** Cuando los beneficiarios de las medidas de reparación sean grupos de atención prioritaria

Para motivar la causal de imposibilidad de inejecución se escucharía a la parte proponente en una reunión especial que sería convocada por el presidente del Comité, a la cual asistirían los miembros permanentes, ocasionales y la víctima y/o su representante y abogado, los cuales podrían realizar observaciones a la

presentación del proponente o podrían celebrar un acuerdo directo de cumplimiento de la sentencia, levantando en ese mismo momento el acta pertinente para el efecto.

Dilucidado de esta manera el caso procedería indiscutiblemente una resolución, así:

**Resolución:** En el plazo de 30 días el Comité resolvería la pertinencia de ejecución o inejecución de la decisión del Organismo Interamericano notificando a los miembros del Comité, a la víctima y/o su representante y su abogado y al Ministerio de Relaciones Exteriores, el mismo que se encargaría de notificarla al Organismo Internacional.

De esta manera estimo haber concretado mi propuesta para la aplicación de la Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados, resaltando que, sin duda la misma aparece como uno de los puntos más importantes de mi tesis, de aporte personal y como resultado de mi investigación global.

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:**

En razón del trabajo efectuado, es evidente que he llegado a obtener determinadas conclusiones, así como ciertas conclusiones que me permito plasmarlas a continuación, a manera de extracto de la investigación:

#### **Conclusiones.-**

- 1.- El aspecto político y gubernamental se halla inevitablemente ligado con el ámbito de los derechos humanos.
- 2.- La Doctrina del Margen de Apreciación de los Estados implica una armonización entre las normas internacionales y aquellas provenientes del ordenamiento jurídico interno de los estados partes.

**3.-** La casuística a nivel mundial tiene un denominador común, que consiste en determinar, reparar, compensar y sancionar la vulneración de los derechos humanos.

**Recomendaciones.-**

**1.-** Incluir en la preparación de los políticos y gobernantes estudios profundos y especializados en materia de derechos humanos.

**2.-** Fortalecer el estudio mutuo de la normativa internacional de derechos humanos entre todos y cada uno de los gobernantes de los estados partes, así como del estudio del ordenamiento jurídico interno de los mismo por parte de los miembros de los organismos internacionales que administran justicia en este campo.

**3.-** Generar a través de todos los medios posibles una cultura de respeto a los derechos humanos, que forme parte constitutiva de los procesos formativos de las futuras generaciones, desde su niñez, para así alcanzar un mundo más justo y equitativo, con una misma conciencia universal.

De esta manera estimo haber cumplido con la elaboración propuesta, aspirando que la misma constituya un aporte efectivo para los estudiosos de esta materia y para todos los seres humanos en general, considerando la naturaleza universal de su esencia y el profundo respeto que la misma merece.

**MARÍA CARVAJAL**

## BIBLIOGRAFÍA:

- Alvares Londoño, Luis Fernando, “Historia del Derecho Internacional Público”, estudios de derechos internacional de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2000
- Ávila, Ramiro, “*Neconstitucionalismo y Sociedad*”, Ministerio de Justicia, Quito, 2008.
- Ávila, Ramiro, “*Desafíos Constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*”, Ministerio de Justicia, Quito, 2008.
- Código Civil
- Código Penal
- Código de Procedimiento Penal
- Constitución Política de la Republica del Ecuador de 1978
- Constitución Política de la Republica del Ecuador de 1998
- Constitución Política de la República del Ecuador de 2008
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969
- Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Corte IDH, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”, San José, 2003.
- Endara, Jorge, “Derecho Internacional Público”, tomo I, editorial Universitaria, Quito – Ecuador 2002.
- García Roca, Francisco Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”.Página web: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2520040>.
- Ley de Mediación y Arbitraje
- Sagüés P. Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”. Revista Ius et Praxis. Año 9. N° 1. Pagina web: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122003000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122003000100011&script=sci_arttext).
- Brokmann Haro, Carlos, comentario hemerográfica, Yuval Shany, “Toward a general margin of appreciation doctrine in international law? en The Journal of International Law, vol. 16, num. 5, Londres 2006, pgs. 907- 940. Página web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/6/ch/ch12.pdf>.
- Página web: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr) (Corte Interamericana de Derechos Humanos)
- Página web: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Corte Europea de Derechos Humanos)

**ANEXO**

1) CD









