

## Algunas ponderaciones en torno a la pena de muerte en China por tráfico de drogas: Análisis del “caso de John Smith”

### Reflections on the Death Penalty in China for Drug Trafficking: Analysis of the “John Smith Case”

Joaquín Pablo RECA\*

**RESUMEN:** En el presente estudio se examina el caso de John Smith (la plataforma fáctica expuesta, si bien conjetural, se basa en hechos reales), un ciudadano británico condenado a muerte en China el 2 de mayo de 2023 por tráfico de drogas. Smith fue detenido en agosto de 2021 en un aeropuerto, con cuatro kilos de heroína, procedente de Uzbekistán. Sus familiares aseguran que fue engañado por una banda de criminales para que transportara la droga en una maleta –cuyo contenido él declaró desconocer–, bajo la promesa de que le ayudarían a emprender una carrera en el mundo de la música. Afirman que Smith padece trastorno bipolar, y que vivía un delirio cuando creyó que iba a China a grabar un disco. Al respecto, la Corte Suprema de aquel país ha argumentado que las pruebas que se habían aportado en relación a la supuesta enfermedad del reo fueron “insuficientes” y que, además, los derechos del detenido

\* Auxiliar Letrado de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, graduado de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; candidato a Magíster en Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales Universidad Castilla de la Mancha (España). Contacto: <[joaquinreca\\_d@hotmail.es](mailto:joaquinreca_d@hotmail.es)>. Fecha de recepción: 18/09/2024. Fecha de aprobación: 24/01/2025.

fueron garantizados en todo momento. Unos tres meses antes de su detención, el Sr. Smith, que estaba en paro y residía en Londres, habría dejado de tomar la medicación que oportunamente se le recetara para controlar los efectos de la enfermedad, aparentemente porque carecía de medios económicos para adquirirla.

**PALABRAS CLAVE:** Pena de muerte; delitos comunes; el caso de China; mecanismos convencionales y extraconvencionales de Naciones Unidas; sistema europeo de derechos humanos.

**ABSTRACT:** This study examines the case of John Smith, a British citizen sentenced to death in China on May 2, 2023, for drug trafficking. Smith was arrested in August 2021 at an airport with four kilograms of heroin, originating from Uzbekistan. His family claims he was deceived by a criminal gang into transporting the drugs in a suitcase -the contents of which he claimed to be unaware of- under the promise that they would help him pursue a career in the music industry. They assert that Smith suffers from bipolar disorder and was in a delusional state when he believed he was travelling to China to record an album. Concerning this matter, the Supreme Court of that country argued that the evidence provided regarding the defendant's alleged illness was 'insufficient,' and that his rights were upheld at all times. About three months prior to his arrest, Mr. Smith, who was unemployed and living in London, would have stopped taking the medication prescribed to manage his illness, apparently due to a lack of financial resources to afford it.

**KEYWORDS:** Death Penalty; Ordinary Crimes; Chinese's Case Scenario; Conventional and Non-Conventional Mechanisms of the United Nations; European Human Rights System.

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ DERECHO(S) Y POR QUÉ RAZÓN PODRÍA(N) HABER RESULTADO VIOLADO(S) EN ESTE SUPUESTO DE HECHO?

**P**ropeúticamente, y con el fin de materializar –o al menos intentar– de la forma más ahondada posible el caso que aquí planteamos, estimamos oportuno realizar algunas someras pero necesarias consideraciones.

En tal sentido, es dable mencionar que nos abocaremos “exclusivamente”, mas no “excluyentemente”<sup>1</sup>, a aquellas previsiones normativas (léase “derechos”) a las cuales se ha comprometido –por medio de la ratificación o adhesión<sup>2</sup>– a respetar y promover la República Popular de China.

Asimismo, en lo que atañe concretamente a la pena de muerte, es pertinente aclarar que pese a la gravedad que la misma lleva insita en términos de protección de los derechos fundamentales,

<sup>1</sup> Es decir, no se desconoce derechos y garantías mínimas que se encuentran contemplados en otros instrumentos internacionales que, aunque no sean de carácter vinculante, se constituyen como hitos en la materia, tal como sucede con la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

<sup>2</sup> Cabe recordar, en línea con el artículo 2 inciso b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969) y de su par, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (21 de marzo de 1986), que la “ratificación” o “adhesión” refieren al “(...) acto internacional (...) por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”. Es decir que, a diferencia de lo que acontece con la “firma” de un instrumento -generalmente realizada por un/a representante del gobierno y no por otros poderes, como ocurre con la ratificación, que requiere de la aprobación del Congreso y un posterior acto formal por el/la jefe/a de Estado)-, la ratificación crea obligaciones vinculantes para el respectivo Estado.

lo cierto es que no se encuentra prohibida, circunstancia normativa que se infiere de la mayoría de los sistemas regionales en esta materia, como lo son, por ejemplo, el “interamericano”<sup>3</sup> y el “africano”<sup>4</sup>, no así el europeo, cuyo Protocolo Adicional (conocido

---

<sup>3</sup> Al respecto, es menester reseñar que América Latina se inclina por una tendencia abolicionista, salvo algunas excepciones como las de Guatemala (art. 131, Código Penal) o algunos países del Caribe (retencionista), en los cuales, manteniendo vigente la pena de muerte, se plasman huellas de la tradición del *common law*. En lo que respecta a los países de América del Norte, se advierten los casos de Canadá con una tradición abolicionista, no así Estados Unidos -país que, no obstante haber firmado en el año 1977 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969), posteriormente, y hasta la fecha, no la ratificó-, en vista de que, en muchos de sus Estados, la pena de muerte se encuentra vigente. Cfr. RECA, J. P., “Tensiones y debates en Argentina: La restauración de la pena de muerte como consecuencia del desolador caso del crimen Morena”, *Equipo de Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2024. Disponible en: <<https://www.dialogoshumanos.pe/2024/01/08/tensiones-y-debates-en-argentina-la-restauracion-de-la-pena-de-muerte-como-consecuencia-del-desolador-caso-del-crimen-morena/>> (4 de mayo de 2024).

<sup>4</sup> Y es que, en ese orden, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) no dispone ningún tipo de interdicción expresa referida a la pena capital. No obstante ello, y aunque en algunos países africanos siga vigente esta clase de condena (p.ej., Egipto, Somalia, Botsuana), en muchos otros -vale resaltar- se han adoptado -en sintonía con los pronunciamientos de la Comisión Africana de Derechos Humano y, primordialmente, de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos- “moratorias” o han avanzado hacia su “abolición”. De tal suerte entonces, podemos mencionar -para el primero de los casos (moratorias)- los de Mauritania, Tanzania, Zambia, Gambia, Níger, Kenia y Ghana, mientras -para el segundo de ellos (abolición)- los de Sudáfrica, Cabo Verde, Ruanda, Benín, Senegal, Costa Marfil, Togo, Burkina Faso, entre otros a enumerar. Disponible en: <<https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2016/08/afr010092009spa.pdf>> (4 de mayo de 2024).

también como Protocolo Número 13)<sup>5</sup> al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) prohíbe la pena de muerte de manera absoluta –tanto en tiempos de paz como de guerra<sup>6</sup>–, siendo que la casi totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>7</sup> –organización internacional de carácter intergubernamental<sup>8</sup> de la cual surgió el CEDH– han abolido esta práctica. Es decir, y a diferencia de lo que sucede con otros derechos –también conculcados en el caso que en esta oportunidad se trae a colación (*v.gr.*, prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos

---

<sup>5</sup> El mismo fue aprobado el 3 de mayo de 2002 y entró en vigor el 1 de julio de 2003.

<sup>6</sup> Desde luego, no obviamos lo que acontece en el sistema regional interamericano con el Protocolo Adicional a la CADH (adoptado en 1990) que, más allá de prohibir la pena capital en tiempos de paz, permite que los Estados la apliquen -con ciertas restricciones- en situaciones excepcionales (*i.e.*, crímenes más graves en tiempos de guerra). Esto contrasta con el citado Protocolo Número 13, ya que -como se dijo- suprime de plano tal pena.

<sup>7</sup> Actualmente, cuenta con 46 Estados miembros, a excepción de Bielorrusia -que no ha ratificado el protocolo- y de Rusia -suspendida en su carácter de miembro desde el año 2022 en virtud del conflicto armado que, desde el año 2014 a la fecha, sigue generando conmoción mundial-.

<sup>8</sup> No es ocioso recordar que -contrariamente a la Unión Europea- fue creada el 5 de mayo de 1949 mediante el denominado Tratado de Londres, y cuyos estructura orgánica (permanente) está compuesta por un Comité de Ministros, una Asamblea Parlamentaria, un Congreso de Autoridades Locales y Regionales, un/a Comisionado/a de Derechos Humanos, una Conferencia Internacional de Organizaciones No Gubernamentales y, finalmente, en lo que aquí interesa, un órgano jurisdiccional como lo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también conocido como Tribunal de Estrasburgo). Esta aclaración, consideramos, deviene relevante por cuanto, en un caso, el Reino Unido de la Gran Bretaña ya no es miembro (en el caso de la Unión Europea), mientras que, en el otro (Consejo de Europa), si lo es.

o degradantes)<sup>9</sup>-, el derecho a la vida no es un derecho absoluto -en otras palabras, se puede encontrar sujeto a limitaciones-. Con todo, en vista de la tendencia claramente abolicionista sobre esta cuestión, la comunidad internacional prevé criterios harto estrictos<sup>10</sup> para aquellos supuestos que la contemplen, como se advierte, por ejemplo, con tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup> del 16 de diciembre de 1966 -del que China no es parte, pese haber firmado el instrumento<sup>12</sup>-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>13</sup> del 22 de

---

<sup>9</sup> Debe destacarse que el derecho a la integridad -que es mucho más que la física, abarca también la psíquica- es el “derecho más consolidado”, pues no admite suspensión, derogación ni limitación alguna.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, lo puso de relieve el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados/as y Abogados/as, como así también, el Relator del Grupo de Trabajo de Detención Arbitraria -al cual aludiremos con mayor profundidad en el punto II- en el marco de su declaración emitida el 24 de enero de 2007 en torno a los procesos que se estaban prosiguiendo ante el Alto Tribunal Penal de Iraqí.

<sup>11</sup> Este decálogo, con el mismo horizonte (tuitivo) que el del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) al que aludiremos en el punto III, establece en el segundo incisos del artículo 6 que en los países “(...) que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los `más graves delitos`” (las comillas me pertenecen).

<sup>12</sup> Desde luego, tal circunstancia normativa no significa que China no siga estando sujeta a las normas y principios del Derecho internacional, que incluyen -entre otros aspectos medulares- las prohibiciones contra prácticas inhumanas o degradantes. Empero, no existe una norma consuetudinaria internacional que prohíba de manera absoluta la pena de muerte. En otras palabras, la prohibición de la pena de muerte, tal como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte, es vinculante solo para aquellos Estados que han ratificado esos instrumentos.

<sup>13</sup> En esa inteligencia convencional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió -entre otros- en los precedentes “Boyce y otros vs. Barbados”

noviembre de 1969 (*i.e.*, no se puede aplicar la pena, si al momento de cometer el delito se era menor de edad, en casos de mujeres embarazadas, no se puede extender la pena a delitos que no la contemplaban, tampoco se puede restablecer en aquellos Estados donde se abolió, para delitos conexos o para casos de personas que sean, al momento de la comisión del delito que la establece, mayores de 70 años).

A tenor de estas ponderaciones es que el cuestionamiento de autos se erige –esencialmente– en torno al grado de proporcionalidad entre un delito común, como lo es el del tráfico de drogas<sup>14</sup>, y la aplicación de la pena de muerte. Sumado a ello, el panorama se vería agravado en razón de la alteración mental (bipolaridad)<sup>15</sup> que aquejaría al Sr. Smith y que, por ende, lo definirían como una “persona con discapacidad”, conforme los términos del artículo

---

(2007), “Dacosta Cadogan vs. Barbados” (2009), “Jenkins vs. Estados Unidos” (2009), “Fermín Ramírez vs. Guatemala” (2011), “Méndez y otros vs. México” (2010), “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (2012) y “Niños de la Calle vs. Honduras” (2012).

<sup>14</sup> Ello, desde luego, sin soslayar las numerosas consecuencias (negativas) que tal delito comporta para la comunidad nacional e internacional (*v.gr.*, aumento de violencia y criminalidad, deterioro de la salud pública, desestabilización económica, erosión del tejido social).

<sup>15</sup> Los mismos son “...un grupo de trastornos del estado de ánimo de evolución crónica y recurrente, que están asociados a significativos detrimentos en el funcionamiento social y vocacional”, siendo sus “(...) principales dominios afectados las funciones ‘ejecutivas’, la ‘memoria verbal’, la ‘atención’ y la ‘velocidad de procesamiento’ (comillas añadidas). SAMAMÉ, C., “Teoría de la mente en las tres fases del trastorno bipolar, resultados de una revisión sistemática”, *Memorias del 4to Congreso Internacional de Investigación de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina)*, p. 16. Disponible en: <[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/45292/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/45292/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> (5 de mayo de 2024).

1 inciso 2<sup>16</sup> de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) del 13 de diciembre de 2006 –tratado que sí fue ratificado por el Estado de China–. Esta circunstancia –además de la singular atención que merece este grupo de personas<sup>17</sup>– resultaría cardinal en el *sub examine*, puesto que –como manifiesta Amnistía Internacional– “(...) las normas internacionales establecen claramente que quienes sufran discapacidad mental o intelectual no deben enfrentarse a la pena máxima”<sup>18</sup>.

Ahora bien, habida cuenta de estas referencias, advertimos que, al haber ratificado la CDPD el 1 de agosto del 2008, el gobierno chino estaría conculcando el “derecho a la vida” (art. 10) –a pesar de no haber sido ejecutada aún la pena–, el “derecho al acceso a la justicia” (art. 13), por cuanto –como claramente se desprende del *racconto* de los hechos– se habrían vulnerado distintos derechos y garantías (salvaguardias legales), en particular aquel que concierne a la “presunción de inocencia”. Igualmente, colegimos que este marco normativo debe conjugarse –en sentido de su vulneración por el Estado chino– con los derechos “a la igualdad y a la no discriminación” (art. 5) y a la “personalidad jurídica” (art. 12). Para más, este cuadro violatorio se agudizaría al no haberse

---

<sup>16</sup> Dicho precepto normativo establece que las personas con discapacidad –término que reemplaza otros con connotaciones peyorativas para este grupo de personas (v.gr., minusválidos, discapacitados, e.o.)– son “(...) aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación en plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>17</sup> No desde una óptica asistencialista, sino, por el contrario, como “sujetos” de derechos.

<sup>18</sup> Disponible en: <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2014/10/death-penalty-countries-continue-execute-people-mental-and-intellectual-disabilities/#:~:text=“Las%20normas%20internacionales%20establecen%20claramente,”%2C%20ha%20manifestado%20Audrey%20Gaughran>> (6 de mayo de 2024).



tomado en cuenta –como se dijo– la situación de vulnerabilidad “múltiple” en la cual se hallaría el Sr. Smith<sup>19</sup> (ser una persona con discapacidad, con pocos recursos económicos, e.o.)<sup>20</sup>.

Sobre esa base legal, no se puede omitir tampoco –y en línea con el “derecho a la integridad personal” (art. 17) –, los derechos a la “prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 15) dada la inconmensurable angustia que una pena de ese tenor aparece para la persona<sup>21</sup>.

De su lado, bajo el halo de tales consideraciones, es menester reseñar que China, a la vez, ha ratificado el 4 de octubre de 1988 la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (del 10 de diciembre de 1984)<sup>22</sup> y, por

---

<sup>19</sup> Es decir, no se habría dado cumplimiento con la llamada “discriminación positiva”, consistente en todas aquellas “(...) medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad” (cfr. art. 5 cit. *in fine*, CDPD).

<sup>20</sup> A ello se suma que la comisión del delito que se le imputa -y por el cual es condenado- sería producto de un obrar doloso de una banda de criminales, quienes -precisamente- se habrían aprovechado del estado que aquejaría al Sr. Smith (capacidad relativa de discernir).

<sup>21</sup> De tal manera lo tuvo dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los antecedentes “Soering c. Reino Unido” (demanda N° 14.038/88) del 7 de julio de 1989, “Bader y Kanbor c. Suecia” (demanda N° 13.284/04) del 8 de noviembre de 2005, “Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido” (demanda N° 61.498/08) del 2 de marzo de 2010, así como también en el precedente “Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido” (demanda N° 8.139/09) del 17 de enero de 2012, entre otros a evocar.

<sup>22</sup> Interesa señalar que estos dos cauces convencionales (relativos a la protección de las personas con discapacidad y a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles. Inhumanos o degradantes) en absoluto constituirían un impedimento tutelar para el Sr. Smith, quien -a la luz del principio medular en la materia, como lo es el “*pro persona*”- se encontraría habilitado para solicitar la aplicación de aquella previsión normativa que amplie el alcance tutelar.

tal virtud, también se encontraría obligada a cumplimentar con los preceptos en ella contenidas<sup>23</sup>.

A ese respecto, interesa recordar que el Comité contra la Tortura (CAT) –órgano convencional de monitoreo, encargado de asegurar la implementación efectiva de las disposiciones del pacto<sup>24</sup>–, recomendó al Estado chino, en ocasión de los exámenes

---

<sup>23</sup> En el *sub examine*, se estarían contrariando varias disposiciones del tratado, como, por ejemplo, las de los artículos 2 inciso 1 (“Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción”), 4 inciso 1 (“Todo Estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”) y, en ese entendimiento normativo, la del artículo 10 inciso 1 (“Todo Estado parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión”).

<sup>24</sup> Las responsabilidades específicas del CAT incluyen: 1) “Revisión de Informes” (los Estados deben presentar informes periódicos sobre las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones del convenio, siendo que el CAT revisa estos informes para evaluar el grado de cumplimiento y formular recomendaciones); 2) “Examen de Denuncias” (el CAT examina las denuncias individuales presentadas por personas que alegan ser víctimas de tortura o malos tratos, esta revisión es la que -precisamente- permite al Comité determinar si las denuncias son compatibles con el tratado, emitiendo -en caso afirmativo- observaciones y recomendaciones); 3) “Observaciones Generales” (el Comité puede emitir Observaciones Generales sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones del convenio, proporcionando directrices a los Estados parte sobre cómo cumplir mejor con sus obligaciones); 4) “Procedimientos de Investigación” (en situaciones de alegaciones graves y sistemáticas de violaciones del tratado, el CAT puede realizar investigaciones y emitir informes sobre las condiciones y el cumplimiento

a los informes periódicos presentados por este último (Observaciones Finales), a “(...) modificar su legislación con miras a restringir su legislación con miras a restringir la imposición de la pena de muerte” (cfr. apdo. 34), manifestando –coetáneamente– su preocupación por la falta de cumplimiento de las “(...) salvaguardias legales” (*i.e.*, no contar con un/a abogado/a y la falta de registro sistemático al tiempo de la detención) desde el momento en que la persona se encuentra privada de la libertad, todo ello en el contexto de “actos de tortura y malos tratos” (apdo 11) (CAT/C/CHN/CO/4)<sup>25</sup>. Tal temperamento, vale decir, fue reiterado por el CAT en la revisión del quinto informe periódico presentado por China (CAT/C/CHN/CO/5)<sup>26</sup>.

Este escenario, desde ya, no eximiría la responsabilidad del Reino Unido de la Gran Bretaña en lo tocante a los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (en adelante, DESC) del Sr. Smith, quien –según el relato de los hechos– “(...) habría dejado de tomar la medicación que se le había recetado para controlar los efectos de la enfermedad, aparentemente porque carecía de medos económicos para adquirirla”. No obstante, interesa señalar que el Reino Unido –al igual que acostumbra China en materia de derechos civiles y políticos, pero no de hecho en materia de DESC<sup>27</sup>– si bien ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos

---

en los Estados parte); 5) “Asesoramiento y Recomendaciones” (basado en su revisión y evaluación, el CAT formula recomendaciones y asesora a los Estados parte sobre medidas que deben tomar para mejorar la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes).

<sup>25</sup> Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8653.pdf>> (6 de mayo de 2024).

<sup>26</sup> Disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fCHN%2fCO%2f5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fCHN%2fCO%2f5&Lang=en)> (6 de mayo de 2024).

<sup>27</sup> En efecto, entre los pocos tratados que ha ratificado China se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC) el cual ratificó el 27 de marzo de 2001.

Económicos, Sociales y Culturales<sup>28</sup> (del 10 de diciembre de 1966) en el año 1976, no hizo lo propio con su Protocolo facultativo, que atribuye competencia a su órgano supervisor (Comité DESC)<sup>29</sup> para recibir denuncias individuales –como las que, en esta oportunidad, podría articular el Sr. Smith contra el país anglosajón–.

<sup>28</sup> Razón por la cual, el país anglosajón estaría conculcando los artículos 11 inciso 1 (“Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí”) y 12 incisos 1 (“Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”) y 2 d) (“Entre las medidas que deberán adoptar los estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”). Estas disposiciones legales deben conjugarse -en lo que hace al caso bajo estudio- con aquellas provenientes de la CDPD, en lo sustancial con las de los artículos 10 (“Los Estados parte reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad”) y 25 (“Los Estados parte reconocen que las personas con discapacidad tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, para lo cual adoptarán las medidas pertinentes para asegurarlo”).

<sup>29</sup> En concordancia con ello, es dable recordar que -al tiempo de su elaboración- el PIDESyC no contempló un órgano de monitoreo, sino que, más bien, le confirió esas atribuciones a el Secretario/a General de Naciones Unidas, quien, por ende, tenía a su cargo -junto con las labores propias de la Secretaría- examinar los informes de los Estados (cfr. art. 16, PIDESyC). Esta situación condujo a una sobrecarga de labores recaídas en la Secretaría General de la organización, de modo que el Consejo Económico y Social decidió crear -mediante la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985- un Grupo de Trabajo que, para entonces (1985), adoptó la forma de un Comité al estilo del resto de los previstos en las convenciones de la ONU. Es por tal virtud que los/as integrantes de este «órgano supervisor» (Comité DESC) son elegidos/as por dicho Consejo de la organización universal.

Pese a de todo eso, y más allá de los canales administrativos y jurisdiccionales internos de los que el aquí denunciante se podría valer, también es menester recordar –tal como lo haremos en el punto III– que este último cuenta con el sistema regional europeo de derechos humanos.

## II. ¿PODRÍA EL SR. SMITH RECURRIR A ALGÚN MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA UNIVERSAL?

En lo que respecta a los cauces tuitivos del Sistema Universal de Derechos Humanos, reputamos que el Sr. Smith no tendría la posibilidad de acudir a la vía “convencional”, toda vez que –como adelantáramos– el gobierno chino no reconoce la competencia de los Comités supervisores de los tratados que ha ratificado. No obstante, sí la tendría para poner en funcionamiento el cauce “extraconvencional”, el cual adquiere una singular relevancia en supuestos como los aquí estudiados<sup>30</sup>, a pesar –vale aclarar– de algunos cuestionamientos que orbitan sobre la cuestión (p.ej., que se garanticen preceptos de una convención por un órgano ajeno a ese tratado, o que, debido a ello y ante la “falta de consentimiento” por parte del Estado –en esta ocasión, China– se esté avasallando su “soberanía estatal”<sup>31</sup>, así como también las vinculadas a los “re-

<sup>30</sup> Y es que este carril se constituye en una de las escasas opciones para tutelar los derechos fundamentales en aquellos países que -como China- contemplan la pena capital, sin aceptar ningún tipo de “supervisión” internacional. Por lo que -en suma- brinda una posibilidad de “escrutinio” internacional y, potencialmente, de “presión diplomática”.

<sup>31</sup> En su sentido “tradicional” -es decir, soberanía entendida como un “poder absoluto e indivisible que reside en el Estado, con énfasis en la no intervención y la autoridad suprema dentro de las fronteras nacionales”, tal como se infiere, por ejemplo, de la línea de pensamiento de los intelectuales Jean Bodin, Thomas Hobbes, Emer de Vattel y Carl Schmitt-. En tanto que, en su

cursos limitados”<sup>32</sup> de estos órganos o al carácter “no vinculante” de sus pronunciamientos<sup>33</sup>).

---

concepción más “moderna”, la “soberanía estatal” se encontraría “condicionada por normas internacionales y compromisos globales, especialmente en cuestiones relativas a los derechos humanos, medio ambiente y cooperación multilateral”, de modo que -en orden a los autores Hedley Bull, Stephen Krasner, David Held y Michael Hardt- los Estados -en principio- aceptarían limitaciones a su poder en beneficio de la comunidad internacional” (v.gr., así se vislumbra de la ya Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 -soberanía limitada por los “derechos de los ciudadanos” y por las “leyes internas”-, de la Carta de Naciones Unidas de 1945 -soberanía condicionada por la “paz internacional” y los “derechos humanos”-, de la Declaración Universal de Derechos Humanos -colocando los derechos fundamentales por encima de la autonomía total del Estado-, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 -soberanía ligada al cumplimiento de las obligaciones internacionales-, del Tratado de Maastricht de 1992 -representando una soberanía “compartida” y “cooperativa”-, del Protocolo de Ottawa de 1997 -ejemplificando cómo los Estados pueden ceder “voluntariamente” parte de su soberanía en interés de la comunidad internacional- y del Acuerdo de París de 2015 -subrayando cómo la soberanía se concibe de manera más fluida en el contexto actual, donde las decisiones nacionales pueden estar sujetas a la cooperación internacional en temas globales-).

<sup>32</sup> En sí, nos referimos -como no podía ser de otra manera- a los recursos “financieros” y humanos”, cuyas limitaciones afectarían la capacidad de los órganos para investigar los casos.

<sup>33</sup> Justamente, una de las críticas más comunes es que las “recomendaciones” y “resoluciones” de estos órganos no ostentan carácter vinculante para los Estados, situación esta que -en definitiva- pondría en duda su “efectividad real”, en tanto, al no estar obligados a cumplirlas, los Estados podrían minimizar su importancia o, sencillamente, ignorarlas. Frente a ello, cavilamos que la importancia de tales pronunciamientos radica en: 1) la “fuerza moral y política” que comportan (los órganos extraconvencionales tienen una autoridad moral significativa, motivo por el cual sus informes y recomenda-

## A) LA PROTECCIÓN CONVENCIONAL

Del somero panorama normativo comentado se desprende, entonces, que el gobierno chino no se ha atendido a las previsiones jurídicas de múltiples decálogos de derechos humanos –esto, en razón de no haber realizado la posterior ratificación o adhesión<sup>34</sup>–

---

ciones influyen en la “reputación internacional” de los Estados, pudiendo así ejercer una “presión política” considerable para el cumplimiento de las norma de derechos humanos); 2) la “visibilización de las conculcaciones” que implican (estos mecanismos cumplen con una función crítica al evidenciar las numerosas violaciones de derechos humanos en el ámbito internacional, generando “conciencia global” y, con ello, la consecuente movilización de actores internacionales -organizaciones, sociedad civil, e.o.-, a fin de propugnar los cambios necesarios para revertir esos hechos); 3) los “estándares” que generan (a través de sus observaciones y recomendaciones, estos órganos coadyuvan al desarrollo progresivo del Derecho internacional -p.ej., generando estándares de derechos humanos, de procedimiento, de rendición de cuentas-, en cuanto sus decisiones -si bien no obligan directamente a los Estados- pueden influir en la interpretación que efectúen los tribunales nacionales e internacionales, como, a su vez, la que realicen los correspondientes actores y/o sujetos internacionales); el “acceso a la justicia simbólica” que otorgan estos procedimientos a las víctimas (los órganos extraconvencionales le brindan a estas últimas una vía para ser escuchadas y para que sus denuncias sean tomadas en cuenta por la comunidad internacional, circunstancia que -incluso- puede conducir a “reparaciones indirectas”); y, finalmente, 4) el “fomento del diálogo y la cooperación” que promueve este sendero extraconvencional (dicho de otra manera, facilita un espacio de diálogo entre los diversos sujetos y actores del Derecho internacional -este último presupuesto se daría entre los Estados y las organizaciones internacionales-).

<sup>34</sup> De ese modo acontece con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual ha sido firmado por China el 5 de octubre de 1998, sin contar con una posterior ratificación o adhesión, requisito sustancial a la hora de exigir el cumplimiento de las disposiciones normativas de un tra-

y, en caso de hacerlo, ulteriormente no reconoce la competencia del órgano de monitoreo del respectivo tratado<sup>35</sup> –aunque tal requisito no es exigido en todas las circunstancias–, como sucede con la CDPD, firmada y ratificada por la República de China, no siguiendo misma suerte su Protocolo facultativo del año 2006<sup>36</sup>, que establece la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “(...) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas” (cfr. art. 1 inc. 1 del protocolo). Para más, en su inciso 2, reza que el Comité “(...) no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la convención ‘que no sea parte en el presente Protocolo’ ” (comillas añadidas).

Este horizonte poco auspicioso, que dejaría entrever la falta de voluntad política por parte del gobierno chino<sup>37</sup>, se prorroga,

---

tado. Y es que, como ocurre en relación a China con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -o también piénsese con Rusia en lo relativo al Estatuto de Roma (más allá de la competencia que reconoce Ucrania a la Corte Penal Internacional)-, no se podría esgrimir -consideramos- la denominada teoría del “Estoppel”(de los actos propios del Estado) en lo relativo a la firma de un tratado. Esto último, desde luego, no obstante las reservas que merezca esa cuestión a la luz de uno de los principios primordiales del derecho internacional como lo es el de “*bona fides*” (buena fe).

<sup>35</sup> Tal omisión no exime -bajo el halo del principio “*Pacta Sunt Servanda*”- al Estado parte en su obligación de presentar informes periódicos ante el comité del instrumento del cual se comprometió a darle efectividad (p.ej., como se deduce del art. 35 inc. 2 de la ya referida convención atinente a los derechos de las personas con discapacidad).

<sup>36</sup> Dicho instrumento vinculante entró en vigor al mismo tiempo que la mentada convención, el día 3 de mayo de 2008.

<sup>37</sup> Esta falta de voluntad resulta casi paradójica y no precisamente por ser la República Popular China uno de los cinco miembros permanentes del Con-



también, en otros instrumentos cardinales en la materia, como se deduce de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Y es que, independientemente de que la República de China sea parte del tratado, no reconoce la competencia del CAT para entender en las comunicaciones individuales, requisito este que es exigido por el artículo 22<sup>38</sup> del aludido instrumento<sup>39</sup>. De modo que el Sr. Smith tampoco estaría habilitado para efectuar una queja ante dicha instancia convencional.

Claro está que este último podría acudir –por vía consular– a las autoridades británicas, a fin de que se ejerza presión sobre el Estado chino invocando –entre algunos de los argumentos diplomáticos– disposiciones atinentes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y a la CDPD, todos instrumentos ratificados por el Reino Unido –el primero de ellos en el año 1976, el segundo en 1988 y el tercero en el año 2009<sup>40</sup>–.

---

sejo de Seguridad de Naciones Unidas, sino por su actual carácter como miembro del Consejo de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/current-members>. Fecha de consulta 7 de mayo de 2023. A ello cabe añadir que China sigue siendo “...el mayor ejecutor mundial” en los tipos de penas como las del presente caso. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/04/death-penalty-in-2020-facts-and-figures/> (7 de mayo de 2023).

<sup>38</sup> El mismo prevé que el Estado parte debe declarar “(...) en cualquier momento (...) que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción”.

<sup>39</sup> Ello no quita -tal como referenciaríamos con la CDPD- que el Estado se encuentre obligado a presentar informes periódicos al CAT.

<sup>40</sup> De allí que, aunque la falta de ratificación de tratados claves por parte de China limita las opciones legales formales, el Reino Unido podría utilizar una combinación de diplomacia, protección consular y presión internacional basada en los convenios que ha ratificado, así como también en los

## B) LA PROTECCIÓN EXTRA CONVENCIONAL

Habida cuenta de lo mencionado, y siguiendo la óptica tutelar de Naciones Unidas (ONU), es menester reparar en la denominada “protección extraconvencional”, puesto que -más allá de erigirse como uno de los pilares dentro del sistema universal de derechos humanos- la estimamos aplicable al caso examinado.

Liminarmente, bajo esa sintonía, vale decir que los mecanismos extraconvencionales (también conocidos como “procedimientos especiales”), creados -como su nombre lo indica- externamente a los tratados internacionales, se han convertido en una herramienta de importancia capital a la hora de concebir el amparo de los derechos sustanciales de las personas -*máxime* para el caso que nos ocupa, dada la falta de ratificación o adhesión por parte de China a muchos de los decálogos en la materia-. Es por ello que -previo a comentar cuáles serían los cauces no convencionales específicos a los que podría recurrir el Sr. Smith en resguardo de su derecho a la vida- consideramos oportuno hacer una somera descripción de aquellos aspectos cardinales que giran en torno a este cauce tutelar.

Así, por un lado, es dable reseñar que el mismo se inició con la aprobación de la resolución 1235 (XLII) del 6 de junio de 1967 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) relativa a la “Violación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Incluso la Política de Discriminación Racial y de Segregación y la Política de Apartheid”, en cuya ocasión se autorizó a la antigua Comisión de Derechos Humanos (CDH) -hoy día Consejo de Derechos Humanos<sup>41</sup> (desde el 15 de marzo del año 2006)- a que analizara tales si-

---

principios generales de derechos humanos (p.ej., vinculados al derecho a la vida, a la legalidad y proporcionalidad de las penas, al juicio justo, e.o.) para intentar proteger a su ciudadano británico.

<sup>41</sup> Interesa reseñar -entre algunas de las diferencias que presenta con su antecesora- que el Consejo de Derechos Humanos realiza sus funciones dentro de la órbita de la Asamblea General de Naciones Unidas, mas no del ECO-

tuaciones conculcatorias en Sudáfrica, África Sudoccidental y Rodésia del Sur, estudiando a fondo todas aquellas que revelaren un

---

SOC, circunstancia esta (proximidad con la Asamblea General) que hace que los temas vinculados con los derechos fundamentales adquieran mayor repercusión, visibilidad y legitimidad en la organización universal, por cuanto todos los Estados miembros tienen asiento en la asamblea. Por eso, los 47 miembros del Consejo de Derechos Humanos. -la comisión tenía 53- son elegidos por la misma Asamblea General, mediante un procedimiento de elecciones “directas” y “secretas”, siendo necesaria la “mayoría absoluta” de los votos para que un Estado resulte elegido, para lo cual se ponderará la “contribución” de los Estados en la “promoción” y “protección” de los derechos humanos. En adición a ello, es de destacar que el consejo toma por base una “distribución geográfica equitativa” de los cinco bloques regionales (13 de África, 13 de Asia, 8 de América Latina y el Caribe, 6 de Europa Oriental, 7 de Europa Occidental y otros Estados).

De su lado, otras de las diferencias que exhiben estos dos órganos (consejo y comisión), es que el primero pasa a asemejarse a un “órgano permanente” de Naciones Unidas -la comisión era un órgano subsidiario del ECOSOC-, celebrando -habitualmente- tres sesiones regulares en el año. Paralelamente, no podemos dejar de mencionar que el Consejo de Derechos Humanos lleva adelante un nuevo mecanismo, como lo es el “Examen Periódico Universal”, sobre el cual ahondaremos más adelante en este estudio.

De ahí que el nuevo órgano (Consejo de Derechos Humanos) haya sido pensado para significar un avance respecto a su antecesora en varios sentidos (mayor visibilidad política, mayor frecuencia con que se reúne, existencia de procedimientos para la elección y manutención de sus miembros, introducción de nuevos mecanismos, e.o.) en vista de los incontables cambios que por aquel entonces estaban teniendo lugar en el medio internacional (*v.gr.*, aumento del número de Estados independientes que componen las Naciones Unidas, el fin de la Guerra Fría, la polarización del planeta en norte y sur, la globalización, el surgimiento de nuevos actores en el plano internacional, avances científicos y técnicos).

“(…) cuadro persistente de violaciones de derechos humanos”<sup>42</sup> (cfr. apdo. III de la resolución).

Por el otro, cabe señalar que estos procedimientos son llevados a cabo por órganos subsidiarios de la ONU, tal como es de advertirse con la puesta en marcha de las “relatorías” o “grupos de trabajos”, cuyos mandatos –establecidos por la antigua Comisión de Derechos Humanos con base en la aludida resolución 1235 (XLII)– dan cuenta de la especificidad de sus tareas. En sí, su “materialización” se evidencia con los denominados “mandatos geográficos”, a través de los cuales –como se dijo– el/la relator/a o grupo de trabajo se abocará a investigar la situación de todos los derechos fundamentales en un país o área concreta (*i.e.*, en Bielorrusia, Rusia, Corea del Norte, Burundi, Siria)<sup>43</sup>, o bien, con los llamados “mandatos temáticos”, por medio de los que se analizará –primariamente– un tema específico (*v.gr.*, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, detención) en todos los Estados miembros de Naciones Unidas en los que esa cuestión tenga una “gravedad consistente”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Disponible en: <<https://www.idhc.org/es/especiales/sistema-universal-de-proteccion-de-derechos-humanos#:~:text=Son%20tres%20los%20mecanismos%20extraconvencionales,la%20vigilancia%20de%20estos%20mecanismos>> (7 de mayo de 2024).

<sup>43</sup> Hoy día son más de 13 los mandatos de país. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures-human-rights-council>> (7 de mayo de 2024).

<sup>44</sup> En ese aspecto, el internacionalista español, Carlos Villán Durán, advierte que “(…) más allá de que tal noción no se encuentra formalmente definido en un documento específico de Naciones Unidas, se la suele utilizar para referirse a situaciones donde la violación de derechos humanos es ‘recurrente’, ‘sistemática’ o ‘sostenida en el tiempo’”. DURÁN VILLÁN, C., *Manual sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos*, Costa Rica, Universidad para la Paz, 2016, p. 103. Disponible en: <<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/32090.pdf>> (7 de mayo de 2024).

Asimismo, y en lo que aquí interesa, cabe resaltar que este tipo de mecanismos –de naturaleza “pública”<sup>45</sup>– cuentan con la particularidad de que las comunicaciones individuales se reciben sin reparar en los “clásicos” criterios de admisibilidad del sistema convencional (*i.e.*, agotamiento de los recursos internos). De ahí entonces, que el Consejo de Derechos Humanos (o UNHRC)<sup>46</sup> pueda decidir el establecimiento de un órgano especial de investigación para la presunta situación sin necesidad de contar con el “consentimiento” del Estado interesado<sup>47</sup>.

En ese sendero extraconvencional, interesa reseñar –a los meros efectos cronológicos– que, a nivel de relatorías o grupos de trabajos temáticos, el primero que tuvo lugar fue el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, mediante la resolución de la CDH 20 (XXXVI)<sup>48</sup> del 29 de febrero de 1980,

---

<sup>45</sup> Justamente, este carácter permite a los/as expertos/as hacer declaraciones, comunicados de prensa –lo cual, estimamos, coadyuva a la efectividad del trabajo–, así como también acceder a fuentes de información más amplia. De allí que los informes que realicen serán debatidos en público –con la presencia de los Estados y las ONG, entre otros– en el Consejo de Derechos Humanos.

<sup>46</sup> Por sus siglas en inglés (*United Nations Human Rights Council*).

<sup>47</sup> No obstante, si el/la respectivo/a relator/a especial decide realizar visitas para llevar a cabo sus labores –supongamos para recabar información–, deberá obtener el consentimiento del Estado correspondiente, junto con las garantías necesarias para su estancia, asegurando así su seguridad e independencia.

<sup>48</sup> La misma disponía “(...) el establecimiento, por un período de un año, de un grupo de trabajo compuesto por cinco miembros, que actuarán como expertos a título individual, para examinar las cuestiones pertinentes a las desapariciones forzadas o involuntarias de personas”. Vale comentar que, desde entonces, el mandato se ha renovado y ampliado para cubrir una amplia gama de actividades, tal como lo plasma la última resolución (A/HRC/RES/45/3) de renovación del mandato del Grupo de Trabajo, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos en octubre de 2020. A ello, cabe subrayar

siguiéndolo la Relatoría contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, a través de la resolución de la CDH 1985/33<sup>49</sup> de aquel mismo año y, más tarde, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, por medio de la resolución de la CDH 1991/42 –también de ese mismo año (1985) –, entre otros a destacar<sup>50</sup>.

De lo expuesto, y retomando el caso que nos convoca, colegimos que, dada su situación, el Sr. Smith se encontraría habilitado

---

que, además de su mandato original, se le encomendó el seguimiento de los progresos de los Estados en la aplicación de la Declaración de 1992 sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, razón esta por la cual el grupo -en orden a su función preventiva- suele llamar la atención de los gobiernos y de las ONG sobre los diferentes aspectos de la declaración, recomendando formas de superar los obstáculos para la realización de sus disposiciones. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/wg-disappearances/mandate-working-group-enforced-or-involuntary-disappearances>> (8 de mayo de 2024).

<sup>49</sup> Con ella, se decidió nombrar a un relator especial para que examinara las cuestiones vinculadas a la tortura, y cuyo mandato -no es ocioso mencionarse ha ido renovando periódicamente, al punto de ampliarse a 3 años, como se infiere de la resolución del Consejo de Derechos Humanos 52/7 del 2023. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-torture>> (8 de mayo de 2024).

<sup>50</sup> Hasta noviembre de 2023, existían 46 mandatos temáticos, los cuales -en su mayoría- atañen a la esfera de los derechos civiles y políticos (*v.gr.*, Relatoría Especial sobre Libertad de Religión o de Creencias, Relatoría Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Relatoría Especial sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, Relatoría Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Relatoría Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados -léase también Magistradas y Abogadas- y Relatoría Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, e.o.). Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures-human-rights-council>> (8 de mayo de 2024).

para invocar la tutela de sus derechos en las siguientes instancias extraconvencionales: 1) en la Relatoría Especial sobre la Cuestión de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 2) en la Relatoría Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como, a la vez, 3) en el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria.

En lo que atañe al primero de ellos (Relatoría sobre la Tortura), cabe decir que dos de sus tres funciones primordiales son “(...) transmitir llamamientos urgentes a los Estados con respecto a las personas que al parecer corren el riesgo de ser sometidas a tortura, así como enviar comunicaciones relativas a supuestos casos de tortura `ya cometidos`”<sup>51</sup> (comillas añadidas), realizando, en ese orden, “(...) misiones de investigación (visitas) a los países”<sup>52</sup>. Por lo demás, interesa señalar que el/la titular (relator/a) a cargo de la referida dependencia internacional puede actuar de manera conjunta con otros mecanismos temáticos y/o relatores/as de países, con miras a “...enviar comunicaciones o realizar misiones conjuntas”<sup>53</sup>, aspecto este que cavilamos relevante, en vista de la situación “pluriofensiva”<sup>54</sup> que estaría atravesando el Sr. Smith. De modo que el/la denunciante –en este caso, la familia

---

<sup>51</sup> Tal sería el caso que aquí nos convoca.

<sup>52</sup> Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-torture>> (9 de mayo de 2024).

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> En otros términos, de “múltiples” violaciones a los derechos humanos, tal como acaece con la desaparición forzada de personas -que también ha sido caracterizado por la jurisprudencia internacional como un delito “continuo” y “permanente”-, en cuanto -en la mayoría de los casos- vulnera los derechos a “la vida”, a la “libertad y seguridad personal”, a “no ser sometido/a a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”, a “un juicio justo”, a la “protección judicial y a “un recurso efectivo”, a “conocer la verdad”, a la “igualdad” y a la “no discriminación”, entre otros a resaltar. Disponible en: <[https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2022/09/Informe\\_Aspectos-complejos-desaparicion-de-personas\\_v1.pdf](https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2022/09/Informe_Aspectos-complejos-desaparicion-de-personas_v1.pdf)> (9 de mayo de 2024).

del Sr. Smith– podría apelar a esta vía extraconvencional, siendo el único requisito –para que su denuncia sea considerada– que esta sea “creíble” y “fidedigna” *prima facie* (3/EICN.4/ 1999/61)<sup>55</sup>, circunstancia que –de acuerdo al *racconto* de los hechos– acontecería palmariamente en el supuesto de autos.

A propósito de ello, no es ocioso recordar que, ya para el año 1997, el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, el senegalés Waly Ndiaye, se había manifestado respecto a la pena capital en China, aseverando que aquella “... no era un instrumento adecuado para luchar contra el creciente índice de delincuencia” y que –esencialmente– “(...) la pena de muerte se debería suprimir en el caso de los delitos económicos y `los relacionados a las drogas`”<sup>56</sup> (las comillas añadidas). De tal suerte, es de destacar que, el 24 de diciembre del año 2009, el por entonces relator del organismo, el australiano Philip Alston, exhortó -sobre la base de una análoga plataforma fáctica a la aquí comentada- al Estado chino a que exceptuara a Kamal Shaikh de la pena de muerte, debido a que los órganos judiciales del país no habían tomado en cuenta que el Sr. Shaikh era una persona con discapacidad y que “(...) tanto el derecho internacional como el chino exceptúan la aplicación de la pena capital para las personas que presentan una enfermedad mental”<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-torture>> (9 de mayo de 2024).

<sup>56</sup> Disponible en: <<https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/asa170281998es.pdf>> (7 de mayo de 2024).

<sup>57</sup> Disponible en: <<https://news.un.org/es/story/2009/12/1181931>> (10 de mayo de 2024).

En idéntico sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos se pronunció en el precedente “Atkins vs. Virginia” del año 2002, en cuya ocasión estableció que “(...) ejecutar a personas con discapacidades intelectuales violaba la octava enmienda de la Constitución, que prohíbe los castigos crueles e inusuales”. Disponible en: <<https://www.eldiario.es/internacional/ejecucion->



Pues bien, en lo que concierne a la segunda vías internacionales aludidas (Relatoría Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), consideramos que dicha instancia podría ser promovida por ser el aquí imputado –y condenado– una persona con discapacidad, situación que no habría sido tomada en cuenta –con el singular reparo que merece– por las autoridades judiciales chinas, siendo que –de acuerdo a los lineamientos internacionales mencionados– ello lo exceptuaría de la aplicación de la pena de muerte a la que se encuentra sujeto.

Finalmente, y en paralelo, estimamos que el Sr. Smith podría encontrar amparo –siempre presumiendo que no se han respetado sus “garantías procesales”<sup>58</sup>– en el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria<sup>59</sup>, cuyo mandato se direcciona –como no podía ser de otra manera– a investigar casos de detención arbitraria “(...) o que, por alguna otra circunstancia, sea incompatible con las normas internacionales pertinentes en la Declaración

---

hombre-discapacidad-intelectual-vuelve-evidenciar-sesgo-pena-muerte-  
eeuu\_1\_11229356.html> (10 de mayo de 2024).

<sup>58</sup> De hecho, este escenario se presenta con bastante frecuencia en el Estado asiático, siendo que -como nos recuerda Amnistía Internacional- “(...) en la República Popular de China se siguen llevando a cabo más ejecuciones que en el total del resto del mundo y en donde subyace un sistema de justicia penal que, a menudo, a los encausados se les niega el derecho a disponer de asistencia letrada hasta después de haber sido interrogados e incluso entonces, el acceso a los profesionales del derecho está severamente restringido”. En ese contexto, donde tampoco existe la “presunción de inocencia”, “(...) la tortura se convierte en una práctica muy extendida, puesto que no existe ningún tipo de disposición en la legislación de aquel país que impida que en los juicios se admitan las ‘confesiones’ u otras ‘pruebas’ conseguidas mediante esa práctica”, según subraya la organización internacional. Disponible en: <<https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/09/asa170072004es.pdf>> (11 de mayo de 2024).

<sup>59</sup> Vale recordar que el mismo ya ha realizado, junto a otros países (v.gr., Vietnam en 1994, Bhután en 1996), visitas a China en el año 1997.

Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos internacionales aceptados por los Estados interesados” (“Categoría III”)<sup>60</sup>. En efecto, esta exigencia –vislumbramos– se plasmaría en el *sub examine*, ya que el Estado chino no habría otorgado las plenas garantías para que se lleve a cabo un juicio justo (debido proceso judicial). Así entonces, siendo que una situación como la expuesta podría ser calificada de “arbitraria” (cfr. la cit. Categoría III), entendemos plausible que el Sr. Smith pueda requerir protección a través de este carril internacional.

### C) LAS ACCIONES URGENTES

Con ese panorama, y en vista de la orientación planteada (extraconvencional), es dable atender en las acciones urgentes, las cuales –vale recordar– surgieron primigeniamente ante la necesidad de responder a casos individuales de violaciones de derechos fundamentales (fines humanitarios)<sup>61</sup>.

Este cauce fue pensado esencialmente para aquellos supuestos de “detenciones arbitrarias”, “ejecuciones extrajudiciales”, “torturas” y “desapariciones forzadas de personas”, primando originariamente en él un “objetivo cautelar”, como lo era el “impedir una lesión irreparable a los derechos cardinales de la/s víctima/s” (derecho a la vida y a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>62</sup>, e.o.). Es por tal razón que –para ser promovidas– no

---

<sup>60</sup> Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/about-arbitrary-detention>> (10 de mayo de 2024).

<sup>61</sup> Precisamente, el enfoque “humanitario” implica actuar de manera inmediata para salvaguardar la “vida”, la “seguridad” y el “bienestar” de las personas, sin importar consideraciones políticas o de otro tipo. Dicho con otras palabras, las acciones urgentes tienen un carácter humanitario, debido a que están diseñadas para proteger a individuos en situaciones de riesgo, priorizando así la tutela de los derechos fundamentales en contextos de emergencia.

<sup>62</sup> Tal como daría cuenta la situación del Sr. Smith.

requieren del agotamiento de los recursos internos<sup>63</sup>, ya que se tratan de procesos en los que –al igual que los mencionados en párrafos precedentes– la celeridad deviene protagonista.

En cuanto a su trámite, es dable señalar que el asunto se presenta en la oficina del/a Alto/a Comisionado/a de Naciones Unidas y, con posterioridad a ello, es enviado a la Secretaría del grupo o relatoría de trabajo correspondiente para ponerse en contacto –con la inmediatez que exige un proceso de tales características– con el respectivo Estado, comunicando la situación ocurrida.

Sin embargo, con el correr del tiempo, la finalidad de este instituto mutó, pasando de tener el fin humanitario de sus etapas iniciales a ser adoptado como un “procedimiento de peticiones individuales” prácticamente del mismo tenor que los convencionales<sup>64</sup>, por medio del cual se le endilga, o no, responsabilidad a los Estados involucrados en el cumplimiento de sus obligaciones

<sup>63</sup> Por ejemplo, en la práctica, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias buscaba, en sus comienzos, aclarar el paradero de las personas desaparecidas, a pesar de que la denuncia fuera presentada sin haber agotado los recursos interno, dando cuenta de ello los casos de la “dictadura militar en Argentina” (1976-1983) o de la “guerra civil en Sri Lanka” (1983-2009).

<sup>64</sup> De allí que se hallan erigido cuestionamientos del tipo jurídico referentes a la “duplicidad” de la instancia internacional, tal como se desprende del caso “Peraldi c/ Francia” del 7 de abril de 2009 relativo a la “detención arbitraria”. Y es que, en esa ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puso de relieve que un grupo de trabajo –en el caso, de detención arbitraria– constituye una instancia internacional de solución de controversias internacionales, similar al Comité de Derechos Humanos. Por eso, los/as integrantes del órgano jurisdiccional europeo decidieron hacer lugar a la excepción de inadmisibilidad articulada por el Estado de Francia. Disponible en: <[Con todo, tal debate no encuadraría en el caso del Sr. Smith, en virtud de la no sujeción de China a muchos de los tratados/protocolos de derechos huma-](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}}> (12 de mayo de 2024).</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

internacionales –lo que aquí le cabría a la República Popular de China–.

No empece a lo anterior desconocer otros procedimientos – también extraconvencionales– que, si bien no resultarían estrictamente aplicables al *sub examine* –pues no están pensados para casos de protección individual–, podrían llegar a tener un grado de repercusión, dada la forma en la que abordan las violaciones de derechos humanos. En sí, estamos hablando, por un lado, del “Examen Periódico Universal” (EPU) y, por el otro, del “Procedimiento de Denuncia” (PD), ambos pertenecientes –como los citados anteriormente– a la órbita del Consejo de Derechos Humanos.

De tal suerte entonces, en lo tocante al EPU, cabe puntualizar en el hecho de que el mismo fue la “principal innovación del Consejo de Derechos Humanos”; constituyéndose –conforme a la resolución 5/1 del UNHRC<sup>65</sup> (2007)– en un “mecanismo ‘intergubernamental’, ‘cooperativo’ y de naturaleza ‘complementaria’<sup>66</sup>, cuyo objeto principal consiste en evaluar, de manera ‘transparente-

---

nos y/o del no reconocimiento competencial a sus órganos supervisores para entender en el ámbito de las comunicaciones individuales.

<sup>65</sup> La misma se concibe como un documento clave del órgano, en cuanto establece los “procedimientos” y mecanismos” a través de los cuales este último llevará a cabo sus cometidos. Así, por ejemplo, estipula la “creación del EPU”, la “revisión y mejora del PD”, los “procedimientos especiales”, los “criterios de membresía del UNHRC”, la “agenda y calendario” para las reuniones del órgano, el “mecanismo de seguimiento” de las recomendaciones y decisiones tomadas en sus correspondientes sesiones, la “participación de la sociedad civil” –mayoritariamente son ONG– y su “mandato”. Se sigue de ello, pues, que la resolución mencionada estructura el “funcionamiento” del UNHRC y, a su vez, establece los “mecanismos claves” para la promoción y protección de los derechos humanos a nivel universal. Disponible en: <<https://research.un.org/es/docs/humanrights/charter>> (12 de mayo de 2024).

<sup>66</sup> Y es que, con su puesta en marcha, no se busca sustituir a otro mecanismo de derechos humanos ya existente ni, tampoco, pretende duplicar el traba-

te', `igualitaria'<sup>67</sup> y `universal'<sup>68</sup>, la situación de los derechos humanos en cada Estado, identificando `avances' y `desafíos'<sup>69</sup>. A

---

jo que actualmente realiza otro órgano, sino que, por el contrario, aspira a aportar a los mecanismos en funcionamiento.

<sup>67</sup> Dado que la evaluación de los diferentes Estados tiene por base los mismos criterios (principio de igualdad de trato), independientemente de su tamaño, poder económico o influencia política.

<sup>68</sup> Esto es, que “todos los Estados miembros de la ONU serán evaluados” -China lo es desde la fundación de la organización, en el año 1945-.

<sup>69</sup> Reemplazando de esa manera al anterior procedimiento 1503, aprobado en 1970 por el ECOSOC, que disponía -por primera vez- un mecanismo “altamente confidencial” y “permanente” para tramitar -por cauce extraconvencional- quejas individuales relacionadas con violaciones de derechos humanos. Esencialmente, el cuestionamiento que giraba en torno a este procedimiento era aquel atinente a su falta de “visibilización pública”, siendo esta -como expone la mayoría doctrinal- el rasgo más importante que tiene un sistema internacional de derechos humanos, sea este regional o universal. En paralelo, no deben omitirse otras marcadas diferencias entre ambos mecanismos concerniente a: 1) la “confidencialidad – transparencia” (el procedimiento 1503 era un mecanismo -como adelantáramos- “altamente confidencial”, mientras que el actual, si bien ostenta un componente de confidencialidad, permite un nivel mayor de “transparencia” y “participación pública”, especialmente a través de las ONG y de los actores de la sociedad civil); 2) los “criterios de admisibilidad” (el procedimiento anterior solo abordaba “violaciones graves y sistemáticas” de los derechos humanos que afectaban a grandes sectores de la población, siendo, por su lado, el enfoque del actual más amplio, ya que -más allá de centrarse también en ese esquema estructural lesivo a los derechos fundamentales, como lo hacía el anterior- incluye las violaciones individuales que puedan acaecer en dicho marco -p.ej., en el supuesto del Sr. Smith-); y, se infiere de todo ello, 3) la “flexibilidad y responsabilidad internacional” (el sistema antiguo que se establecía con la resolución 1503 era “limitado” y dependía -en gran medida- de la discreción del Subcomité de Derechos Humanos -por entonces órgano subsidiario del UNHRC-, a diferencia de lo que acaece en nuestros

la par, es dable resaltar que dicho proceso se edifica con el ánimo de “fortalecer la cooperación entre los Estados”<sup>70</sup> y ofrecer asistencia técnica para mejorar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos fundamentales”<sup>71</sup>. En suma, a raíz de lo comentado, podemos arribar a la conclusión de que, si bien el EPU no ofrece mecanismos directos de protección individual, el caso del Sr. Smith podría verse afectado por las recomendaciones formuladas en este marco (EPU) –generando incluso una suerte de presión internacional para China–. Es más, en sustento de esa afirmación, interesa tener en cuenta que, en ciclos anteriores del EPU (años 2013 y 2018), el Estado chino ha sido instado a garantizar juicios justos y a limitar el uso de la pena de muerte, especialmente en casos de extranjeros/as acusados/as de delitos de droga<sup>72</sup>.

---

días con la resolución 5/1, cuyos procedimientos especiales y mecanismos de investigación que contempla son desplegados con más “flexibilidad” y en situaciones concretas, añadiéndose a ello la participación de los Estados, como, también, de diversos actores del Derecho internacional -v.gr., ONG, sociedad civil-, circunstancias estas que -en definitiva- “aumentan” la responsabilidad internacional). Disponible en: <<https://co-guide.org/es/mechanism/procedimiento-de-denuncia-del-consejo-de-derechos-humanos>> (13 de mayo de 2024).

<sup>70</sup> Al respecto, vale aclarar que el EPU se desarrolla con la “plena” participación del Estado examinado, siendo -precisamente- esta una de las razones por las que se suele calificar al procedimiento de “transparente”.

<sup>71</sup> No es ocioso recordar que en el EPU se utilizan, como parámetros de cumplimiento, la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales de derechos fundamentales respecto de los cuales el Estado examinado sea parte. Igualmente, se tendrán en consideración las promesas y los compromisos asumidos voluntariamente por el Estado que se trate y, si se aplica, las normas del Derecho Internacional Humanitario.

<sup>72</sup> Disponible en: <<https://hri.global/publications/harm-reduction-international-human-rights-submission-to-universal-period-review-china-and-malaysia/>> (13 de mayo de 2024).

Sentado lo anterior, y ya adentrándonos al PD, es menester comprender que esta vía tutelar –también cimentada normativamente sobre la base de la aludida resolución 5/1 del UNHRC– se erige como aquel “procedimiento confidencial”<sup>73</sup> para abordar violaciones ‘masivas’ de derechos humanos, que se den de modo ‘flagrantes’ y que se encuentren ‘fehacientemente probadas’<sup>74</sup>. Así ponderado, este mecanismo –cavilamos– tendría implicancia en el caso que nos compete, siempre y cuando la situación del Sr. Smith esté relacionada con conculcaciones “sistemáticas” de derechos humanos dentro del contexto de la pena de muerte y las garantías de un juicio justo –tal como efectivamente entendemos que ocurre–. En vista de ello, y aunque este procedimiento sea vislumbrado –en principio– solo para aquellos supuestos de violaciones graves y masivas, reputamos que hay motivos que lo tornarían aplicable al presente, a saber: 1) la existencia de un “patrón de violaciones de derechos humanos”, debiéndose probar –consiguientemente– que el Sr. Smith fue condenado dentro de una estructura transgresora a los derechos sustanciales (p.ej., falta de acceso a un juicio justo, inobservancia al debido proceso, empleo de la pena máxima de forma arbitraria o desproporcionada<sup>75</sup>); y,

---

<sup>73</sup> Ello, por cuanto las denuncias que se formulen al respecto y que se presenten ante el Grupo de Trabajo de Comunicaciones de la UNHRC -narrando los hechos relevantes, aportando nombres de las supuestas víctimas, fechas, lugares, motivo de la denuncia y derechos supuestamente conculcados- no se hacen públicas. Disponible en: <<https://co-guide.org/es/mechanism/procedimiento-de-denuncia-del-consejo-de-derechos-humanos>> (13 de mayo de 2024).

<sup>74</sup> Disponible en: <<https://co-guide.org/es/mechanism/procedimiento-de-denuncia-del-consejo-de-derechos-humanos>> (13 de mayo de 2024).

<sup>75</sup> Efectivamente, así sería en el *sub examine*, pues el Estado chino aplica -al igual que lo hace Egipto, país que aludiéramos al inicio de este trabajo- la pena de muerte a delitos que, bajo los estándares internacionales (tratados de derechos humanos y pronunciamientos de sus órganos supervisores), no justificarían tal castigo, siendo que -además- dicha pena debería reservarse

seguidamente, 2) que las situaciones individuales –como la aquí traída a colación– sean parte de un “contexto más amplio violaciones a los derechos humanos”, lo cual implicaría, por ejemplo, la “falta de transparencia”, así como también los “problemas con el acceso a la defensa legal” –ya denunciados, por cierto, durante las revisiones del EPU en los años 2013 y 2018–. En definitiva, si el caso del Sr. Smith se encuadrara como parte de una práctica sistemática de violaciones graves de derechos humanos en China –como reputamos que lo es–, el PD podría tener relevancia e implicancia, en tanto este carril extraconvencional –en lo medular– se cimenta sobre la idea de tratar violaciones graves y crónicas que afectan a múltiples personas.

### III. ¿SE CUMPLEN EN ESTE CASO LOS REQUISITOS DE “ADMISIBILIDAD” Y “COMPETENCIA” EXIGIBLES PARA PRESENTAR UNA DEMANDA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

En efecto, atendiendo a la órbita competencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también Tribunal de Estrasburgo o sencillamente TEDH), cuyas funciones despliega como uno de los

---

para los “crímenes más graves”. Empero, no soslayamos que esta aseveración (crímenes más graves) “(...) presenta sus inconvenientes interpretativos (vaguedad), ya que dependerá de qué entiende cada Estado por delitos más graves”. RECA, J. P., “Un sendero siempre necesario en la tutela de los derechos humanos: Los pronunciamientos de la Corte Interamericana en los casos de pena de muerte y desaparición forzada de personas”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, vol. 34, núm 2, 2023, p. 12. Disponible en: <<https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39960>> (14 de mayo de 2024).

Sumado a ello, cabe decir que se ha registrado, a su vez, un trato “discriminatorio” y “selectivo” en la materialización de esta clase de pena en el país asiático. Disponible en: <<https://thediplomat.com/countries/china/>> (14 de mayo de 2024).



órganos primordiales del referido Consejo de Europa, colegimos que la situación del Sr. Smith daría cuenta del cumplimiento de todos aquellos requisitos de “admisibilidad” que prevé el CEDH en su artículo 35. A ese respecto, pues, cabe sopesar: 1) el agotamiento de las “vías de recursos internas”<sup>76</sup> (inc. 1, art. 35 cit.); 2) que la demanda individual no sea “anónima” (inc. 2 apdo. “a”, art. 35 cit.); 3) que no se haya presentado “a otra instancia internacional” (inc. 2 apdo. “b”, art. 35 cit.) –este requisito se tendría por satisfecho, bajo la condición de que no se haya recurrido a las instancias convencionales<sup>77</sup>–; 4) que haya una transgresión a las disposiciones del tratado o de su Protocolo Adicional –lo que acontecería en el contexto hasta aquí descrito (p.ej., con la prohibición de la tortura contemplado en el art. 3 del CEDH)–; y, finalmente, 5) que el demandante haya sufrido un “perjuicio importante” –situación que, en virtud de todo lo comentado, sería más que patente en el supuesto del Sr. Smith–.

Pese a ello, entendemos que no correrían la misma suerte –es decir, verse satisfechas– aquellas condiciones referidas a la “competencia” –más allá de las consideraciones que quepan en razón de la materia<sup>78</sup>, de la persona y del tiempo–, fundamentalmente por no ser China un Estado perteneciente a la comunidad europea (Estado parte del convenio)<sup>79</sup>, lo que sí acaecería –una vez cumplimentados los citados requisitos de admisibilidad, en lo medular

<sup>76</sup> Salvo que no sean accesibles o efectivos -tal el supuesto aquí expuesto, en razón de la situación en la que se halla el condenado-.

<sup>77</sup> Presupuesto más que factible en el *sub examine*, más aún si tomamos en cuenta el escenario esbozado en este trabajo (véase punto II.1.).

<sup>78</sup> Por ejemplo, por encontrarse prevista la “interdicción de la tortura” (art. 3 cit. del convenio), no así la “pena de muerte”, la cual -como ya se dijera en referencia a los sistemas regionales y universal de derechos humanos- no se encuentra prohibida, siempre que se cumplan determinados requisitos (cfr. art. 2 inc. 1 del convenio).

<sup>79</sup> Empero, cabe aclarar que el factor geográfico (no ser un Estado europeo), no constituye en sí un impedimento para participar en el Consejo de Euro-

aquel atinente al agotamiento de los recursos internos– de endilgársele responsabilidad al Reino Unido a la luz de los DESC de los que –como anticipáramos en el punto I– resultaría ser titular el Sr. Smith.

En lo que atañe a este último punto, es dable señalar que si bien esta clase de derechos (DESC) no se encuentra contemplados en el tratado europeo de derechos humanos, dicha omisión (jurídica) no deviene un óbice para su aplicación, por cuanto, y como advierte el doctor español, Omar Bouazza Ariño<sup>80</sup>, haciendo especial hincapié en la jurisprudencial “evolutiva”<sup>81</sup> del Tribunal

---

pa en calidad de miembro observador, tal como ocurre con Canadá, Japón, México y Estados Unidos, entre otros.

<sup>80</sup> Igualmente, lo hacen el jurista inglés, George Letsas, en su obra *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (2007), como, a su vez, su par británica, Virginia Mantouvalou, en su trabajo *Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation* (2013).

<sup>81</sup> Esta concepción es de vital importancia a los efectos de darle operatividad a los DESC, *máxime* si se repara en el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo –contrariamente a lo que sucede en el ámbito regional de derechos humanos con la Corte Interamericana de Derechos Humanos– solo juzga en función de los derechos del CEDH y sus respectivos protocolos, mas no sobre la base de otros decálogos de derechos humanos.

Ciertamente, en esa tesitura “progresiva” se expresó el Tribunal de Estrasburgo –entre otros– en los precedentes “Airey v. Irlanda” (1979) –en esta ocasión, y si bien el caso no versaba estrictamente sobre los DESC, el órgano amplió el concepto de acceso a la justicia, reconociendo que “barreras económicas” para acudir a tribunales pueden constituir una violación de derechos humanos–, “López Ostra v. España” (1994) –aquí, el tribunal regional interpretó el artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) de manera amplia para proteger derechos vinculados con el medio ambiente–, “Kurt v. Turquía” (1998) –en este antecedente, cuya plataforma fáctica versaba sobre la desaparición forzada de personas y la prohibición de la tortura, se determinó la interrelación que guardan el derecho a la vida (art. 2) y la

Europeo de Derechos Humanos, “(...) el Convenio es un instrumento vivo, que se ajusta a las nuevas necesidades, se adapta a los cambios sociales, e incorpora las nuevas exigencias en un amplio espectro de ámbitos”<sup>82</sup>.

---

prohibición de la tortura (art. 3) con respecto a los DESC-, “Mazurek v. Francia” (2000) -aquí, abordando la cuestión ligada a la “discriminación en la herencia” de hijos nacidos fuera del matrimonio, el TEDH conjugó las disposiciones de los artículos 14 del CEDH y 1 de su Protocolo Adicional con los DESC-, “Hatton v. Reino Unido” (2003) -en dicha oportunidad, que involucraba la interferencia en la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH) de residentes cerca del aeropuerto de Heathrow debido al ruido nocturno, el Tribunal de Estrasburgo, si bien falló en contra de los demandantes, reconoció que los impactos ambientales pueden afectar la calidad de vida de las personas (derechos civiles y políticos), “M. S. S. v. Bélgica y Grecia” (2011) -del racconto de los hechos se desprende que el actor había acudido a la instancia jurisdiccional europea, en vista de las condiciones degradantes que afirmaba padecer en su carácter de solicitante de asilo, siendo, ante ese panorama, que el TEDH extendió el análisis del ya citado artículo 3 del CEDH a los “derechos sociales básicos” (*v.gr.*, alimentación, alojamiento, acceso a cuidados médicos, e.o.)- y, finalmente, la sentencia “Yordanova v. Bulgaria” (2012) -allí, con motivo de analizar el caso de una comunidad gitana que había sido expulsada de un asentamiento informal sin que se le haya ofrecido una alternativa adecuada de vivienda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó la estrecha relación que media entre el referido artículo 8 del convenio y el derecho a la vivienda, pese a que este último no está expresamente reconocido en dicho tratado regional-. Disponible en: <[<sup>82</sup> BOUAZZA ARIÑO, O., “La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, \*Revista Derecho y Salud\*, vol. 25, núm. 2, julio-diciembre, 2015, p. 138. Disponible en: <\[http://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol25n2\\\_06\\\_Estudio.pdf\]\(http://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol25n2\_06\_Estudio.pdf\)> \(15 de mayo de 2024\).](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}>” (14 de mayo de 2024).</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

#### IV. PALABRAS FINALES

Resulta singularmente interesante el caso trabajado en esta oportunidad. Indudablemente, en el mismo se pone en juego la complejidad jurídica y operativa del tema frente a una situación dada, aspecto que nos ha llevado a indagar –con el estilo sinóptico que caracteriza este tipo de labor– sobre las circunstancias que enmarcan el efectivo derecho aplicable y –naturalmente– la complejidad que da razón y tipifica el alcance de los derechos humanos.

En este sentido, no es posible soslayar el universo del ordenamiento jurídico, sus tribunales (resoluciones) y, por ende, los contenidos punitivos de cada país, enlace necesario con lo previsto en el terreno internacional. Todo lo cual, contribuye y enriquece la búsqueda de la imperiosa certeza que debe guiar los propósitos de toda investigación de violación de derechos fundamentales.