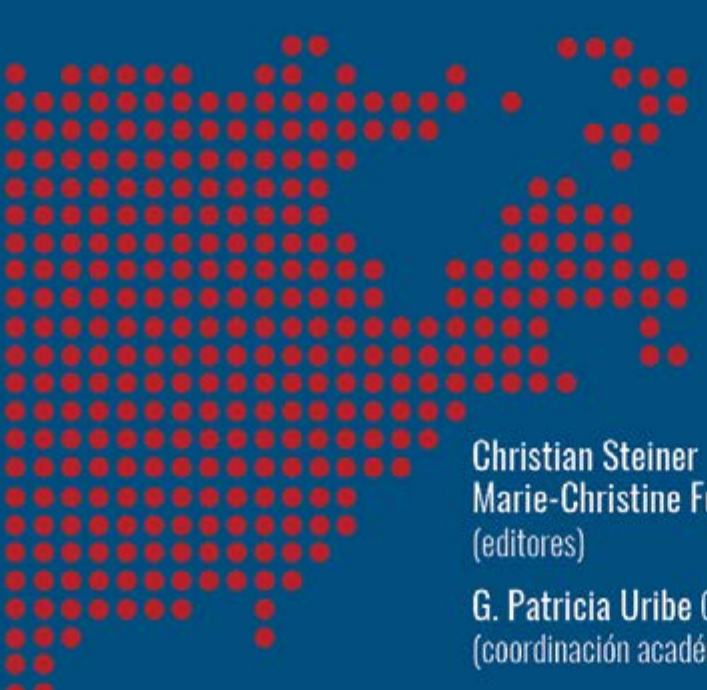




Christian Steiner
Marie-Christine Fuchs
(editores)

G. Patricia Uribe Granados
(coordinación académica)

Federico Andreu-Guzmán
Thomas Antkowiak
Guilherme Arruda Pereira Silva
Carlos M. Ayala Corao
Mary Beloff
Eduardo Bertoni
José Luis Caballero Ochoa
Jesús María Casal Hernández
Cristián Correa Montt
Christian Courtis
Gina Donoso
Ariel Dulitzky
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Marie-Christine Fuchs
Daniel Antonio García Huerta

Convención Americana sobre **Derechos Humanos**



Comentario
Segunda edición

Alejandra Gonza
Marco Huaco Palomino
Juana María Ibáñez Rivas
Leonardo Martins
Javier Mujica Petit
Claudio Nash Rojas
Alejandra Nuño
Carlos María Pelayo Möller
Miguel Rábago Dorbecker
María Daniela Rivero
Gabriela Rodríguez Huerta
Oswaldo Ruiz-Chiriboga
Néstor Pedro Sagüés
Daniela Salazar Marín
Luz María Sánchez Duque
Christian Steiner
Liliana Tojo
Rodrigo Uprimny Yepes
G. Patricia Uribe Granados
Carlos J. Zelada

 **KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



Christian Steiner
Marie-Christine Fuchs
(editores)

G. Patricia Uribe Granados
(coordinación académica)

Federico Andreu-Guzmán (Colombia)
Thomas Antkowiak (Estados Unidos de América)
Guilherme Arruda Pereira Silva (Brasil)
Carlos M. Ayala Corao (Venezuela)
Mary Beloff (Argentina)
Eduardo Bertoni (Argentina)
José Luis Caballero Ochoa (México)
Jesús María Casal Hernández (Venezuela)
Cristián Correa Montt (Chile)
Christian Courtis (Argentina)
Gina Donoso (Ecuador)
Ariel Dulitzky (Argentina)
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México)
Marie-Christine Fuchs (Alemania)
Daniel Antonio García Huerta (México)

Convención Americana sobre **Derechos Humanos**

Comentario Segunda edición

Alejandra Gonza (Argentina)
Marco Huaco Palomino (Perú)
Juana María Ibáñez Rivas (Perú)
Leonardo Martins (Brasil)
Javier Mujica Petit (Perú)
Claudio Nash Rojas (Chile)
Alejandra Nuño (México)
Carlos María Pelayo Möller (México)
Miguel Rábago Dorbecker (México)
María Daniela Rivero (Venezuela)
Gabriela Rodríguez Huerta (México)
Oswaldo Ruiz-Chiriboga (Ecuador)
Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
Daniela Salazar Marín (Ecuador)
Luz María Sánchez Duque (Colombia)
Christian Steiner (Alemania)
Liliana Tojo (Argentina)
Rodrigo Uprimny Yepes (Colombia)
G. Patricia Uribe Granados (México)
Carlos J. Zelada (Perú)



© Konrad Adenauer Stiftung, 2019

© 2019 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 No. 19C-74, piso 2

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/web/rspla

Twitter: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/iusla

Editores

Christian Steiner

Marie-Christine Fuchs

Coordinación Académica

G. Patricia Uribe Granados

Coordinación Editorial

Daniel Alejandro Pinilla Cadavid

Impreso en Bogotá por Nomos Impresores en marzo de 2019

ISBN 978-958-35-1210-0

2992 20190113810

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

La universalidad de los derechos humanos, consagrados en gran parte del mundo desde lo constitucional hasta lo multilateral, en la actualidad está nuevamente sufriendo críticas y cuestionamientos crecientes. Percibimos un escepticismo no solamente en esferas y territorios donde la idea, en verdad, nunca llegó a echar raíces. La real –o percibida– ineficacia de algunos Estados democráticos a la hora de responder a necesidades básicas como el acceso a educación, sanidad y justicia, la seguridad, el empleo y otras, ha mermado la confianza en la capacidad del sistema político para cumplir con lo prometido. Incluso en aquellas latitudes en las que la troica de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos parecía incuestionable, hay quienes han comenzado a desafiar el consenso liberal y a votar por caminos más restrictivos que, en últimas, implican un estilo político menos inclusivo, garantista y plural que, en el peor de los casos, termina por anular la democracia misma y la reemplaza por modelos autoritarios.

Semejante apuesta autoritaria despacha el diálogo constructivo y el respeto por la oposición política y las minorías como una capitulación ante lo “políticamente correcto” que, según nos quieren hacer pensar, obstruye las soluciones, sobre todo aquellas fáciles que los “auténticos defensores del pueblo” alegan tener. El objetivo es dividir a la sociedad, por la construcción de “muros mentales”. Inventa mundos opuestos para separar, polarizar y crear odio y aversión. El mundo de los blancos y el mundo de los negros. El mundo de las mujeres y el mundo de los hombres. El mundo de los ricos y el mundo de los pobres. Hasta que pasamos a hablar más de nuestras diferencias que de lo que tenemos en común. El autoritarismo trata de distraernos de lo esencial mediante la escenificación de escándalos jugosos y problemas “prioritarios y urgentes”, causas que “legitiman” suprimir la expresión de opiniones opuestas, detener, torturar, descuartizar y desaparecer a los críticos.

La apuesta liberal, en cambio, reconoce las dificultades en la construcción de sociedades abiertas y justas, y sigue apostando por la vía democrática para desarrollar soluciones satisfactorias; continúa buscando un equilibrio adecuado entre la responsabilidad del individuo y la solidaridad con el necesitado; y sigue confiando en la cooperación internacional en lo político y en lo económico. En democracia se permite y se fomenta la diversidad, la oposición, el debate y la autocrítica a pesar de así revelar las falencias en pos de facilitar soluciones. En democracia, estamos convencidos de que vivimos en un solo mundo y evitamos pensar en dos o más mundos separados. Uno en donde todos tengamos espacio. Sin importar si somos negros, blancos, mujeres, hombres, niños, indígenas, líderes sociales, LGTBI, artistas, juristas, médicos o una persona cualquiera. Un mundo en donde la bandera sea la misma a pesar de las diferencias, la de los derechos humanos y la protección de estos.

Ahora bien, si por lo menos, la propuesta “robusta” trajera más bienestar y felicidad para la gran mayoría del pueblo (de hecho, el argumento totalitario), la libertad podría verse en un jaque argumentativo. Es difícil, sin embargo, saber si un sistema autoritario logra contentar a las mayorías, porque en la mayoría de los casos reprime justamente opiniones y elecciones que permitirían medir el ánimo de la gente. De manera sistemática y concertada, se van debilitando los sistemas de pesos y contrapesos, menoscabando las libertades fundamentales y la independencia judicial, silenciando la prensa libre, deshumanizando, intimidando y persiguiendo al opositor, y todo ello por salvaguardar fines incuestionables como la “dignidad nacional” o la “única e indivisible identidad cultural, étnica o religiosa del pueblo”.

Los aún convencidos, en reacción al consiguiente viraje iliberal, en algunos casos tienden a calificar al otro como “nacionalista”, “racista”, “xenófobo”, “fascista”, “machista” u otros apodos poco halagüeños. Los así descalificados, a su vez, burlan al defensor de los derechos como “soñador de izquierdas”, si no es que lo consideran como “rebelde subversivo”, “defensor de terroristas”, “comunista” (difamación ya en vía de extinción) o, curiosamente, integrante de la “elite neoliberal”, lo cual demuestra la disolución del esquema clásico izquierda-derecha en la confrontación actual.

En definitiva, se trata de denominaciones tampoco conducentes a fomentar un diálogo constructivo entre los polos opuestos. El rechazo a la propuesta liberal une a los críticos “anti-sistema” de la

“izquierda” y de la “derecha”, como demuestran tangiblemente algunas alianzas y coaliciones forjadas recientemente en Europa y en Latinoamérica.

Sin entrar en un debate sobre las ventajas de un sistema sobre otro, lo que podría servir como indicador del atractivo respectivo, sin embargo, es el voto expresado por los pies –a falta de la posibilidad de votar efectivamente en las urnas– de aquellos que buscan su suerte en otras tierras porque en casa ya no aguantan la represión, inseguridad, las injusticias y la miseria. Los destinos de la migración suelen ser los países que combinan la democracia liberal, Estado de derechos y el respeto de los derechos humanos con un adecuado bienestar económico y también social para el mayor número de personas posible.

La soberbia liberal, simbolizada en el discurso del “fin de la historia” y que ha marcado la postguerra fría hasta la crisis financiera mundial de 2008, de hecho, es, en parte, responsable del declive de la confianza en el liberalismo. Es la incapacidad de hacer partícipe a toda la ciudadanía de las bondades de un sistema político y económico libre, entre otros, la que ha producido el actual escepticismo dentro de las sociedades mismas que han apostado por la libertad. La percepción de las deficiencias puede estar más o menos distorsionada por *fake news*, y el nivel de desigualdad varía enormemente.

Lo que es innegable es que tampoco las democracias garantizan el mundo perfecto. Graves crisis económicas, la incapacidad de controlar la violencia o el terrorismo internacional y vertiginosos escándalos de corrupción también se dan en la democracia, al igual que la falta de movilidad social, un acceso discriminatorio a prestaciones básicas, o los retos de la integración de personas de otros ámbitos culturales. En el listado de desafíos habría que añadir algunos que se plantean a la humanidad en su totalidad y que requieren de respuestas concertadas, como son, entre otros, el deterioro de los ecosistemas, el cambio climático, y los impactos sociales que vislumbran las revoluciones bio e infotecnológicas.

Que cada uno que dude sobre el valor y las capacidades del sistema democrático, se pregunte si prefiere vivir en un Estado de oligarquías, uno de autócratas nacionalistas o uno de fundamentalistas religiosos. Si, en realidad, consideramos que es preferible un orden democrático con todos sus defectos, pues entonces conviene que empecemos a defenderlo y a mejorarlo en lugar de acabar con él sin tener una alternativa mejor. Sigue válido, en este sentido, la observación de Sir Winston Churchill: “De hecho, se ha dicho que la democracia es la peor forma de gobierno, excepto por todas las otras formas que han sido probadas de vez en cuando”.

Los editores, y todo el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer –y nos atrevemos a incluir también a los autores de esta obra– apuestan por la democracia liberal y el Estado de derecho, reconociendo sus imperfecciones, pero confiando en que libres tendremos más probabilidades que sometidos, para encontrar soluciones a los desafíos de hoy y mañana. Estamos convencidos de que esta forma de gobierno es la única en la que los derechos humanos pueden prosperar en terreno fértil pues solo en democracia se acepta, o más bien se busca un pluralismo de opiniones y se respetan los derechos de las minorías de cualquier índole.

El esfuerzo en la elaboración de la obra es el producto de un arduo trabajo de actualización de la jurisprudencia interamericana en los últimos años desde la pluma de diversos autores y expertos del continente que continúan con la iniciativa adelantada desde 2011, cuando el Programa Estado de Derecho seleccionó al grupo de destacados juristas para producir este *Comentario* en español como material inédito. La obra que se presenta ofrece sobre todo un resumen de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) respecto a cada artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), pero también la jurisprudencia de otras cortes e interpretaciones detalladas, elaboradas con referencias y opiniones académicas para cada artículo de la Convención con importantes vínculos al sistema internacional de derechos humanos y adicionalmente de derecho comparado.

La publicación responde y sirve como un radar y bitácora de monitoreo para algunos fenómenos relacionados con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la situación jurídico-política de los países y las nuevas tendencias arriba mencionadas que sacuden a las democracias en la región.

Los editores y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer deben un especial agradecimiento y reconocimiento al trabajo y la dedicación voluntaria de los autores por sus valiosas contribuciones cumpliendo con excelentes estándares de calidad, a Patricia Uribe Granados por su importante labor de coordinadora académica de esta obra, a Daniel Alejandro Pinilla por su incansable apoyo en la coordinación de la misma y el proceso editorial, a Anne Ilinca y Josephine Kerkhoff por su apoyo, a Marta Rojas por su constante respaldo en la culminación de este proceso no solamente respecto a la corrección de estilo, y a todos quienes de alguna manera han contribuido con este valioso material.

El *Comentario* representa una pieza en el mosaico del Estado democrático y social de Derecho, al facilitar la aplicación efectiva de los derechos humanos consagrados en la CADH y más allá, labor que está en las manos de cada uno de nosotros, como operadores jurídicos, siendo juez, abogado, defensor o profeso. Pero también como político y empresario, como ciudadano común y los muchos otros papeles que jugamos en nuestras sociedades y nuestros Estados. Y al final del día como ser humano. La defensa de los derechos humanos significa una responsabilidad y un reto que trascienden al mundo jurídico. Se trata de tomar una actitud democrática y asumir responsabilidad. Los derechos humanos son de todos y para todos, son universales. Esperamos que este *Comentario* haga un humilde aporte a que actuemos de manera correspondiente.

CHRISTIAN STEINER
MARIE-CHRISTINE FUCHS
Editores

PRÓLOGO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Es para mí un honor y un privilegio presentar esta nueva edición del *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cuando se conmemora ya medio siglo desde su suscripción, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. A partir de su adopción, la CADH se ha convertido en un eje central para la construcción del sistema interamericano de derechos humanos, acompañado del diseño de una estructura institucional compleja: Comisión y Corte Interamericana, instituciones que han dotado de valor normativo a dicha Convención. A su vez, este instrumento de derecho internacional convencional ha sido vital para la interpretación de las constituciones de nuestros Estados, y para definir el alcance de los derechos contemplados en nuestras cartas políticas. Podría decirse, de manera simple, que la CADH constituye una obligación de los Estados signatarios de trabajar por consolidar en el continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de los seres humanos.

La CADH es la demostración de la importancia de la globalización del tema de los derechos humanos. Así, esta nueva edición comentada nos recuerda que dentro del pluralismo que caracteriza los pueblos de nuestro continente, es posible encontrar puntos mínimos de encuentro que garanticen la dignidad humana, la igualdad material, la libertad, la justicia social y el orden democrático. El multilateralismo al que nos llama la CADH no es la búsqueda de una homogenización de nuestras tradiciones, culturas y pueblos, sino un llamado a emprender un trabajo común, dentro de la diversidad, por la búsqueda de la protección mínima que todo ser humano debe tener dentro de una sociedad.

La CADH pues, nos llama a dialogar sobre su contenido, a discutir la mejor forma de materializarlo, todo ello, atendiendo a los particularismos de sus Estados partes, pero sin perder el norte de los compromisos mínimos allí establecidos. En definitiva, la CADH nos convoca a tener un pragmatismo con principios, donde sea posible hacer una interpretación desus contenidos como mandatos jurídicos, pero también dentro del margen nacional de apreciación que le asiste a cada Estado.

La CADH ha sido el punto de partida para que la Corte Interamericana, con base en el principio de complementariedad, permita que las víctimas de violaciones de derechos humanos logren hacer valer sus reclamos. En esta medida, además de resolver los casos concretos puestos a su consideración, la Corte IDH, a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias, ha ido marcando unas pautas fundamentales en la protección de los derechos humanos.

De allí, la importancia de una publicación como esta, pues es un gran instrumento de derecho internacional convencional para profundizar en el estudio de los derechos esenciales de las personas, así como una herramienta fundamental en el día a día de los abogados, estudiantes de derecho y de los ciudadanos en general, para que puedan conocer y apropiarse de sus derechos, y trabajar en pro de una cultura de promoción y protección de los derechos humanos en nuestro continente.

Quiero agradecer la invitación para presentar este *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, pues estoy seguro que servirá de guía para el estudio de los derechos y obligaciones establecidos en la CADH. Finalmente, quisiera poner de presente la excelente calidad académica del presente trabajo, que logró reunir a diversos autores con profundas trayectorias en el estudio académico de los derechos humanos en nuestro continente; sus análisis jurisprudenciales y doctrinales enriquecerán el estudio profundo de la CADH y brindarán herramientas para su cabal aplicación.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente
Corte Constitucional de Colombia

PREFACIO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La nueva edición de la presente obra aparece en un año de especial significación para los derechos humanos. Por una parte, se cumplen setenta años de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (Bogotá, 1948), que se adelantó meses a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (París, 1948). Por otra parte, en el presente año también conmemoramos los cuarenta años de vigencia de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Pacto de San José de Costa Rica (1978), la cual representa uno de los hitos más significativos en el progreso e institucionalización de la protección internacional de los derechos humanos en nuestro continente.

Desde ese momento, las americanas y los americanos contamos con un instrumento jurídico en la región que, además de consagrar de manera expresa aquellos derechos que tenemos por el solo hecho de ser personas, se ha convertido en una luz de esperanza que ha permitido ir consolidando un régimen jurídico e institucional propio y a su vez complementario de las instancias nacionales. Con la *Convención Americana* se reafirma el sistema interamericano de protección, promoción y defensa de los derechos humanos, en el que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos juegan un papel fundamental, impulsando avances jurídicos, políticos y sociales en nuestro hemisferio.

El Pacto de San José da vida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este caminar por cuatro décadas, el Tribunal de derechos humanos de nuestro continente ha ido nutriendo de contenido a las obligaciones estatales, así como a los derechos y libertades consagrados en la *Convención Americana*, a través del desarrollo de una amplísima y variada jurisprudencia desarrollada en los casos contenciosos, opiniones consultivas, medidas provisionales y en la supervisión de sus propias resoluciones. A este respecto se pueden destacar, al menos, cinco grandes líneas jurisprudenciales que han marcado los derroteros jurisprudenciales del Tribunal en sus cuatro décadas de vida.

En *primer lugar*, resulta paradigmática la jurisprudencia interamericana en casos de graves violaciones de derechos humanos, especialmente en temáticas como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, tortura, pena de muerte y leyes de amnistía. Precisamente, en el presente año se cumplen treinta años de la primera sentencia de fondo, relativa al caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (de 29 de julio de 1988), que hoy forma parte del patrimonio jurídico de nuestro continente. En esta histórica sentencia se establecieron los primeros estándares sobre desapariciones forzadas de personas, así como las obligaciones de los Estados frente a las graves violaciones de derechos humanos. El tribunal interamericano fue pionero en destacar la centralidad de las víctimas y sus derechos, así como advertir el grave daño que provoca la impunidad en la sociedad y el Estado de derecho, marcando profundamente la vocación institucional de la Corte Interamericana como tribunal de tutela de la dignidad humana.

En *segundo lugar*, resulta particularmente relevante la jurisprudencia de la Corte IDH respecto a los derechos humanos de personas y grupos en situación o condición de vulnerabilidad. El Tribunal ha sido enfático en señalar que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales, cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos estipulados en el artículo 1 de la *Convención Americana*. En este sentido, no basta con que los Estados se *abstengan* de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de *medidas positivas*, determinables en función de las necesidades particulares de protección del sujeto de derecho, sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra.

Así, la Corte Interamericana ha protegido, visibilizado y establecido estándares garantistas para niñas, niños y adolescentes, mujeres víctimas de violencia de género, personas mayores, pueblos indígenas y tribales, personas con discapacidad, personas en situación de esclavitud, afrodescendientes, personas LGTBI, migrantes, refugiadas, refugiados, solicitantes de asilo, privados de libertad, desplazados forzados, defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas y personas en situación de

pobreza. Incluso, la Corte IDH ha incorporado el análisis de la *interseccionalidad* en la discriminación cuando confluyen múltiples factores de vulnerabilidad, resultando más graves los impactos en los grupos que, de por sí, son marginados y aquellos históricamente discriminados. Recientemente, en su primer fallo sobre trata de personas y esclavitud moderna, la Corte IDH determinó la existencia de una “discriminación estructural histórica” por la posición económica en que se encontraba un sector de la población de trabajadores, que permitía reproducir su situación de marginación y exclusión social.

En *tercer lugar*, la jurisprudencia de la Corte Interamericana también se ha dirigido a temáticas consubstanciales a la democracia y al Estado de derecho, como son las relativas a la independencia judicial (en su dimensión individual e institucional), la libertad de pensamiento y expresión, los derechos políticos, la participación ciudadana en asuntos públicos, la transparencia y el acceso a la información, así como en general al debido proceso, la protección judicial, el combate a la corrupción y la erradicación de la impunidad, que conjuntamente conforman el *acceso a la justicia de las víctimas*, esencial en cualquier sistema democrático. De tal suerte que la Corte IDH ha entendido que la Carta Democrática Interamericana, es una norma de interpretación auténtica de los tratados interamericanos al recoger la interpretación que los propios Estados hacen de las normas atinentes a la democracia.

En *cuarto lugar*, destaca la línea jurisprudencial sobre el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*). La Corte Interamericana se ha caracterizado por ser un tribunal internacional pionero respecto a las medidas de reparación que ha ordenado, las cuales no se limitan a *indemnizaciones pecuniarias*. En efecto, estas medidas buscan atender de manera integral las necesidades de las víctimas mediante la *restitución del derecho*, en casos en que ello sea posible; *la rehabilitación* para resarcir daños a la integridad física o psicológica de las víctimas; *la satisfacción*, como pueden ser un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, la difusión de la sentencia, determinar el paradero de víctimas de desaparición forzada o identificar y entregar sus restos mortales; y *las garantías de no repetición*, que permiten cambiar la legislación, práctica o situación estructural que dio origen a la violación de los derechos humanos, entre las que se incluyen capacitaciones a funcionarios públicos y, más particularmente, a funcionarios judiciales o a miembros de las fuerzas armadas. Algunas medidas de reparación se disponen con “vocación transformadora” de las condiciones estructurales contrarias a la vigencia de los derechos humanos, incluso con un enfoque diferencial, por ejemplo, sensible al distinto impacto que tiene la violencia contra las mujeres.

En *quinto lugar*, de manera reciente, la Corte IDH inició una línea jurisprudencial sobre la justicia-bilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que tradicionalmente se protegían por la vía indirecta, mediante la conexidad con los derechos civiles y políticos. A través de una nueva interpretación del artículo 26 del Pacto de San José, ahora se protegen aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. La Corte IDH determinó que existen dos tipos de obligaciones para los Estados en virtud del artículo 26: aquellas de *exigibilidad inmediata* y aquellas de *carácter progresivo*. En relación con las primeras, los Estados deben adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada DESC. Respecto a las segundas, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar, lo más expedita y eficazmente posible, hacia la plena efectividad de cada derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados. Esta nueva vertiente de amplios horizontes tiene una especial relevancia en un continente marcado por preocupantes índices de pobreza, desigualdad, inequidad y exclusión social.

Por supuesto, la jurisprudencia interamericana no se agota en estas grandes líneas jurisprudenciales, que se han agrupado aquí con la finalidad de brindar una visión integral de las materias que ha tenido que enfrentar la Corte IDH, ni en su importante impacto regional en sus cuarenta años de vida. Existen otras temáticas, igualmente importantes, que en su conjunto han contribuido a la consolidación de la democracia constitucional en nuestro continente.

Estos estándares se van consolidando a través de una interacción constante entre el derecho nacional y el derecho internacional. Para ello, el *control de convencionalidad* se ha convertido en un instrumento especialmente útil para aplicar cotidianamente la *Convención Americana* y, en general, el *corpus iuris* interamericano. De ahí que, como lo ha expresado la Corte Interamericana, se ha instaurado progresivamente un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

Lo anterior cobra especial relevancia en la actividad jurisdiccional. Hoy todos los juzgadores de los países que han suscrito el Pacto de San José se convierten en juezas y jueces interamericanos. Son quienes en primera línea están llamados a interpretar y aplicar la *Convención Americana*, logrando su efecto útil para proteger y garantizar los derechos humanos de las personas. De ellos se nutre la jurisprudencia interamericana y, a su vez, esta es el faro que los guía en la resolución de las problemáticas más sensibles y complejas, siempre a través del eje articulador del principio *pro persona* y la salvaguarda de la dignidad humana. De esta manera, se constituye un Sistema Interamericano integrado, a través de una judicatura interamericana compartida, en la que conjuntamente se está construyendo un *ius commune* en materia de derechos humanos.

A pesar de los significativos avances logrados en estos cuarenta años de camino, los desafíos que hoy enfrentamos en la región resultan inmensos, en los que persisten la pobreza, la desigualdad, la inequidad y la exclusión social, acompañados de ingredientes de corrupción, impunidad e inseguridad. Por ello, es ahora tiempo de demostrar con hechos la solidez de nuestro compromiso con los derechos humanos y la voluntad de sumar a este esfuerzo a todos los actores de nuestras sociedades. Y, para ello, el *diálogo jurisdiccional* y, en general, el diálogo con todas las autoridades, así como el diálogo, intercambio y apoyo mutuo con la sociedad civil, la academia y las víctimas resulta esencial; como también lo es el diálogo y cooperación con los otros sistemas universal y regionales de protección de derechos humanos. Solo con objetivos comunes y esfuerzos compartidos en los ámbitos nacional e internacional, podremos derribar los muros que actualmente dificultan la consecución de la plena vigencia de los derechos humanos.

Por todo ello, la publicación de la edición actualizada del *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* contribuye a esa finalidad, al convertirse en una herramienta útil de conocimiento y difusión de los estándares interamericanos en este año emblemático para los derechos humanos. Mi más sincera felicitación a las y los distinguidos autores que participan en la obra, a quienes la coordinaron, y al *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung*, por esta nueva y feliz iniciativa.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
Presidente
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica, otoño de 2018

PREFACIO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Este libro, que me satisface presentar, es una versión revisada y actualizada del primer comentario sistemático de la Convención Americana de Derechos Humanos, CADH, en lengua española, publicado en 2014 y presentado por mi predecesor Dean Spielmann.

Este año se celebra el 40 aniversario de la entrada en vigor de la CADH y del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Como tuve la ocasión de expresar personalmente en los actos de conmemoración de este aniversario en San José de Costa Rica, la historia de la Corte IDH ha sido una trayectoria de éxito de 40 años de protección de los derechos fundamentales y de consolidación de las instituciones democráticas en el continente americano, aunque no exenta de desafíos y obstáculos. Su jurisprudencia se ha convertido no solo en el marco normativo indispensable para el control de convencionalidad que los jueces y autoridades nacionales deben realizar en los Estados que son parte del sistema interamericano, sino también en una fuente de inspiración para otros mecanismos regionales de protección de los derechos humanos. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, a pesar de las diferencias que todavía nos separan en cuanto a competencias y procedimientos, la jurisprudencia interamericana contiene estándares que nos han ayudado a interpretar nuestro propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, el cual reconoce derechos muy parecidos a los de la CADH. Esto ha sucedido, por ejemplo, en temas tan dispares como las amnistías en casos de violaciones graves de derechos humanos,¹ o el derecho de acceso a la información.² Como algunos autores de esta obra han podido constatar, nuestra jurisprudencia es citada de manera sistemática en las sentencias de la Corte IDH. Esta influencia mutua o diálogo judicial es asimismo una prueba de la plena vigencia del principio de universalidad de los derechos humanos.

El diálogo judicial entre las dos jurisdicciones regionales se ha consolidado recientemente gracias a iniciativas que han permitido un mejor conocimiento mutuo de la jurisprudencia y métodos de trabajo respectivos y unas relaciones institucionales y personales más intensas. Además de las visitas oficiales de delegaciones de jueces a ambos lados del Atlántico, se ha puesto en marcha un programa de intercambio profesional entre letrados al servicio de las dos cortes. Igualmente, hemos publicado de manera conjunta por primera vez un volumen con una selección de sentencias de ambas cortes, en inglés y español. Y desde hace unos años nuestras notas mensuales de jurisprudencia (*Case-Law Information Notes*, consultables online) incorporan resúmenes en inglés de las sentencias más relevantes de la Corte IDH, lo que facilita su difusión en el continente europeo.

Estoy convencido de que la presente edición de este libro contribuirá de manera indiscutible a una mayor divulgación y conocimiento de esta trayectoria de éxito que representa la CADH y su jurisprudencia. No solo para los operadores jurídicos del continente americano, en particular los abogados y los jueces nacionales que deben aplicar directamente dicha jurisprudencia, sino también para aquellos que desde Europa trabajamos para la protección y la defensa de los derechos humanos. Aunque las realidades políticas y culturales de los dos continentes sean diferentes, nuestra labor como intérpretes, en última instancia de convenios que recogen derechos humanos de carácter universal, nos obliga a seguir y conocer mejor nuestras jurisprudencias respectivas, como condición indispensable para un diálogo fructífero, útil y permanente entre ambos sistemas regionales.

GUIDO RAIMONDI
Presidente
Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Estrasburgo, 23 de julio de 2018.

1 *Marguš c. Croacia*, sentencia de Gran Sala de 27 de mayo de 2014.

2 *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, sentencia de Gran Sala de 8 de noviembre de 2016.

Convención Americana sobre
Derechos Humanos

Comentario

Segunda edición

Federico Andreu-Guzmán (Colombia)

Asesor de la Dirección de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en razón y en el contexto del conflicto armado en Colombia. Ha sido secretario general adjunto y representante para Sudamérica de la Comisión Internacional de Juristas; subdirector de litigio de la Comisión Colombiana de Juristas; consejero jurídico para el programa de las Américas del Secretariado Internacional de Amnistía Internacional; secretario general adjunto para América Latina de la Federación Internacional de Derechos Humanos; director de la Oficina Internacional de Derechos Humanos -Acción Colombia (OIDHACO); y miembro de las misiones de derechos humanos de las Naciones Unidas en Haití y Ruanda. Es autor de diversas publicaciones sobre temas de derechos humanos, como impunidad, desaparición forzada, fuero militar, derecho a la verdad y terrorismo. Ha sido perito en casos ante la Corte IDH y tribunales nacionales en Sudamérica.

Thomas Antkowiak (Estados Unidos de América)

Abogado de la Universidad de Harvard y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, EE.UU. Actualmente es profesor asociado de derecho en la Universidad de Seattle, en donde también dirige la Clínica de Derechos Humanos. Anteriormente, fue abogado senior de la Corte IDH y ha litigado varios asuntos ante el SIDH. Es autor de diversas publicaciones sobre derechos humanos, y en 2017 publicó, en coautoría con Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights* (Oxford University Press).

Guilherme Arruda Pereira Silva (Brasil)

Licenciado en Derecho de la Universidad Federal do Rio Grande do Norte, y maestro en Derecho Constitucional (LL.M.) en Derecho Constitucional de la Humboldt Universität zu Berlin.

Carlos M. Ayala Corao (Venezuela)

Abogado especialista en Derecho Público (Constitucional y Derechos Humanos). Fue presidente de la CIDH, así como relator sobre derechos de los pueblos indígenas de las Américas, y presidente de la Comisión Andina de Juristas. Es abogado y defensor de derechos humanos ante organismos nacionales e internacionales y asesor en varios organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales. Es profesor de derecho constitucional y derechos humanos en la Universidad Católica Andrés Bello, la Universidad Central de Venezuela, la University of Oxford en Reino Unido; Georgetown University, American University Washington of College of Law en los EE.UU. y la Universidad Panamericana en México. Es autor de diversas publicaciones en derecho constitucional, derechos humanos y derecho público en general.

Mary Beloff (Argentina)

Abogada de la Universidad de Buenos Aires y maestra en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Harvard, EE.UU. Es catedrática e investigadora de derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Participó activamente en los procesos de modernización y reforma de la justicia penal y de la justicia juvenil en gran parte de los países latinoamericanos. Creó y co-dirige la publicación *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*. Desde el año 2007, es fiscal general de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios a la Comunidad de la República Argentina.

Eduardo Bertoni (Argentina)

Abogado de la Universidad de Buenos Aires, máster en Políticas y Prácticas Internacionales de la Universidad George Washington, y doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es director de la Agencia de Acceso a la Información Pública de Argentina. Anteriormente, fue titular de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales y relator para la Libertad de Expresión de la CIDH. Fundador y exdirector del Centro de Estudios en Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo, Argentina.

José Luis Caballero Ochoa (México)

Licenciado en Derecho del Tecnológico de Monterrey. Campus Chihuahua, México, maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y doctor en Derecho de la UNED en España. Es académico e investigador titular en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, en donde se desempeña como director del Departamento de Derecho. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México.

Jesús María Casal Hernández (Venezuela)

Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, es especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, con estancia de investigación postdoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Derecho Público Comparado, Alemania. Es Profesor de Derecho Constitucional y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

Cristián Correa Montt (Chile)

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Estudios Internacionales de Paz de la Universidad de Notre Dame. Es especialista en la definición e implementación de programas de reparaciones para violaciones masivas de derechos humanos y de políticas de justicia transicional. Desde 2007, ha sido asociado senior del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), prestando asesoría a organizaciones de víctimas y a entidades públicas en diferentes países de América Latina, África, Asia y Europa. Previamente, fue asesor del Gobierno de Chile y secretario de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech).

Christian Courtis (Argentina)

Funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Nueva York, donde se desempeña como especialista en temas de derechos humanos y desarrollo, y derechos económicos, sociales y culturales. Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en uso de licencia), y profesor visitante del Instituto Tecnológico Autónomo de México y de diversas universidades de América Latina, España y Estados Unidos. Ha sido consultor de la Organización Mundial/Panamericana de la Salud, de la Organización Internacional del Trabajo, de la Cepal y de la División de Desarrollo Social de la ONU. Ha dirigido el programa de derechos económicos, sociales y culturales de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra. Ha publicado libros y artículos sobre derechos humanos, teoría constitucional, teoría y sociología del derecho.

Gina Donoso (Ecuador)

Investigadora doctoral de la Universidad de Gante, Bélgica. MA de la Universidad Erasmus Rotterdam; MA de la Universidad para la Paz. Tiene especialidades de la Universidad Complutense de Madrid, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y la Universidad Andina Simón Bolívar. Consultora en temas psicosociales para la Corte Penal Internacional, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, ONU-Mujeres en programas de justicia transicional y procesos de apoyo psicosocial para víctimas y comunidades en situaciones de violencia política en países como Jordania, Congo R. D., Iraq, Colombia, Ecuador, entre otros.

Ariel Dulitzky (Argentina)

Abogado de la Universidad de Buenos Aires (graduado con honores), y maestro en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Harvard, EE.UU. Es profesor y director de la Clínica de Derechos Humanos y director de la Iniciativa para América Latina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin. De 2010 a 2017, fue uno de los cinco expertos independientes del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del que fue su presidente-relator entre 2013 y 2015. Antes de incorporarse a la Universidad de Texas, fue secretario ejecutivo adjunto de la CIDH. Es autor de diversas publicaciones sobre derechos humanos, el sistema interamericano de derechos humanos, las desapariciones forzadas, los afrodescendientes y los derechos colectivos indígenas, la discriminación racial, y el estado de derecho en América Latina.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México)

Licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, y doctor en Derecho *Cum Laude* de la Universidad de Navarra, España. Tiene una especialización en Derechos Humanos de l'Institut International des Droits de l'Homme, Estrasburgo, Francia. Actualmente es presidente de la Corte IDH, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Es presidente de los institutos Iberoamericano y Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Profesor visitante de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University Washington College of Law. Es autor de diversas publicaciones en derecho constitucional, procesal, amparo y derechos humanos.

Marie-Christine Fuchs (Alemania)

Abogada alemana (Rechtsanwältin, Berlin) y Doctora en Derecho de la Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Alemania y maestra en Derecho Internacional Público, en Derecho de la Unión Europea y en Derechos Humanos del Europainstitut de la misma universidad. Cursó estudios de licenciatura tanto en derecho alemán como en derecho francés. Desde 2016, es directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad-Adenauer. De 2011 a 2015, trabajó como abogada en el despacho jurídico internacional Freshfields Bruckhaus Deringer, en Berlín, Alemania, con especialidad en derecho de la Unión Europea. Anteriormente, fue investigadora asociada al Instituto Max Planck de Derecho Privado Extranjero y Derecho Internacional Privado en Hamburgo, Alemania e investigadora y profesora asistente en la cátedra de derecho de la Unión Europea y Derecho Público Europeo del Europainstitut de la Universität des Saarlandes.

Daniel Antonio García Huerta (México)

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, maestro en Derechos Humanos y Garantías del Instituto Tecnológico Autónomo de México, maestro en Derechos Humanos por la Universidad de Edimburgo, y doctorando en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha realizado estudios de especialización en materia de derechos humanos en universidades de Estados Unidos, México, Colombia y el Reino Unido. Actualmente se desempeña como profesor y asistente de investigación en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

Alejandra Gonza (Argentina)

Abogada de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina, y máster en Derechos Humanos y Estudios Europeos de la Universidad Pontificia de Salamanca, España. Es directora de la Clínica Internacional de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Washington, EE.UU. Asimismo, litiga casos ante los sistemas interamericano y universal de derechos humanos en temas como los derechos de los migrantes, la protección a los defensores de derechos humanos, la desaparición forzada, la libertad de expresión, la condena errada, y las empresas y los derechos humanos. Anteriormente se desempeñó como abogada de la CIDH y de la Corte IDH. Es autora de diversas publicaciones sobre derechos humanos; en 2017, publicó en coautoría con Thomas Antkowiak, el libro *The American Convention on Human Rights: Essential Rights* (Oxford University Press).

Marco Huaco Palomino (Perú)

Abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Estrasburgo, Francia, máster en Gestión Pública de la EUCIM Business School de Madrid, magíster en Ciencias Sociales de la Religión de la Universidad de San Marcos. Es profesor de derechos humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad San Marcos y ha sido asesor legal de organizaciones indígenas, minorías religiosas y el principal asesor parlamentario de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos del Congreso de la República del Perú.

Juana María Ibáñez Rivas (Perú)

Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctoranda en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne. Es consultora especialista en derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, e investigadora del *Groupe d'études en droit international et latino-américain de La Sorbonne*. Anteriormente se desempeñó como abogada de la Corte IDH.

Leonardo Martins (Brasil)

Licenciado en Derecho de la Universidad de São Paulo, maestro en Jurisdicción Constitucional de la Universidad Humboldt de Berlín y doctor en Derecho Constitucional de la misma institución. Tiene post-doctorado del Instituto de Estudios de Medios Hans Bredow de la Universidad de Hamburgo, Alemania, y el Instituto Erich Pommer. Fue profesor visitante en la Universidad Humboldt de Berlín (2001-2012). Actualmente, es profesor de la Universidad Federal de Río Grande do Norte. Es autor de diversas publicaciones sobre la teoría y dogmática de los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional comparada.

Javier Mujica Petit (Perú)

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, maestro en Derechos Humanos de la Universidad de Castilla La Mancha, y presidente del Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú Equidad). Es miembro de la Federación Internacional de Derechos Humanos y hace parte del Consejo Internacional del Consorcio sobre Responsabilidades Extraterritoriales de los Estados.

Claudio Nash Rojas (Chile)

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y coordinador académico de la Cátedra de Derechos Humanos de la Vicerrectoría de Extensión y Comunicaciones de la misma casa de estudios. Actualmente, es consultor de la Corte IDH y coordinador del Grupo de Estudios Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Alejandra Nuño (México)

Licenciada en Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente y maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Essex, Reino Unido. Ha dirigido varias organizaciones de la sociedad civil, incluyendo el Programa para Centroamérica y México del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). Ha sido cuarta visitadora general de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y presidenta del Consejo Consultivo del Mecanismo de Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas en México. Actualmente, es consultora independiente en temas de derechos humanos.

Carlos María Pelayo Möller (México)

Licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa, maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (LL.M.) de la Universidad de Notre Dame, EE.UU., y doctor en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en donde actualmente se desempeña como investigador de tiempo completo en el área de derecho constitucional.

Miguel Rábago Dorbecker (México)

Licenciado en Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, maestro en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional Autónoma de México, doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca y con posdoctorado del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Actualmente, es líder del Grupo Tandem de Investigación sobre uso del discurso de derechos humanos en Colombia y México entre la Universidad de los Andes y el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg.

María Daniela Rivero (Venezuela)

Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello en Venezuela, maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (LL.M.) de la Universidad de Notre Dame, EE.UU, y en Administración de Organizaciones sin fines de lucro del Mendoza College of Business, de la misma universidad. Fue abogada de la Corte IDH, asesora legal para el Programa de América Latina y el Caribe en el Centro de Derechos Reproductivos, y abogada en Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernandez, Linares & Chavero y en el Comité de Víctimas de los Sucesos ocurridos en Febrero-Marzo de 1989 (Cofavic). Actualmente, es consultora independiente en derecho internacional de los derechos humanos.

Gabriela Rodríguez Huerta (México)

Licenciada en derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, maestra y doctora en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es profesora de tiempo completo del Departamento de Derecho del ITAM, en donde dirige la Licenciatura en Derecho y la Maestría en Derechos Humanos y Garantías. Es autora de diversas publicaciones sobre la recepción del derecho internacional en los órdenes internos, los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de los tratados.

Oswaldo Ruiz-Chiriboga (Ecuador)

Es maestro en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Utrecht, Holanda, y de la Universidad de Granada, España, y doctor en Derecho de la Universidad de Gante, Bélgica. Actualmente, es profesor asistente en la Central European University. Tiene especializaciones de la Universidad de Alicante, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, la Universidad Andina Simón Bolívar. Anteriormente, fue abogado senior de la Corte IDH y abogado senior del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). Es autor de diversas publicaciones sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y los derechos humanos.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)

Doctor en Derecho de la Universidad de Madrid y la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Es profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y catedrático de la Universidad Católica Argentina. Es profesor de posgrado en las universidades Austral, en Buenos Aires, y Panamericana, en Ciudad de México. Es presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Ha sido distinguido con doce doctorados *honoris causa* y otros tantos profesorado honorarios. Ha publicado decenas de libros sobre derecho político, constitucional y procesal constitucional. Fue condecorado con medalla de honor por el Tribunal Constitucional del Perú.

Daniela Salazar Marín (Ecuador)

Abogada de la Universidad San Francisco de Quito y maestra en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Columbia, EE.UU. Actualmente es profesora y vicedecana del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, en donde también se desempeña como codirectora de la Clínica Jurídica. Ha trabajado como especialista en derechos humanos en la CIDH y ha sido consultora para la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Unesco, la Cruz Roja Internacional, Human Rights Watch, el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, entre otros.

Luz María Sánchez Duque (Colombia)

Abogada de la Universidad de Caldas, Colombia, y maestra en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Es doctoranda en Ciencia Política de la Universidad de Massachusetts-Amherst, en donde también es asistente docente en las áreas de estudios legales y teoría política. Anteriormente, trabajó como investigadora en el Centro de Estudios Dejusticia en litigios de interés público e investigaciones sobre justicia transicional. Contribuyó con el Centro Nacional de Memoria Histórica en la elaboración de reportes sobre derecho penal y sistema judicial en el conflicto armado colombiano. Es coautora del libro *Justicia para la Paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, editado por Dejusticia.

Christian Steiner (Alemania)

Doctor en Derecho de la Universidad J. W. Goethe en Frankfurt, Alemania, Rechtsanwalt (Berlin) y Abogado (Sevilla). De 2009 a 2016, fue director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Anteriormente, fue consultor del UNODC Global Programme for Promoting a Culture of Lawfulness, asesor jurídico del Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina (BH), de la Oficina del Alto Representante de la Comunidad Internacional en BH, y consultor de la Comunidad Europea para el Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía de BH. Actualmente se desempeña, a tiempo parcial, como profesor asociado del departamento de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, y principalmente como consultor y abogado de MIDEAST | LAW, asesorando a particulares y empresas en la región de Oriente Medio y el Norte de África.

Liliana Tojo (Argentina)

Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Es directora del Programa del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ceji) responsable del proyecto SUMMA/El SIDH, litigante ante la CIDH y la Corte IDH, y profesora de la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina, y del Programa de Actualización en Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Rodrigo Uprimny Yepes (Colombia)

Abogado colombiano con doctorado en Economía. Es catedrático emérito de la Universidad Nacional de Colombia, investigador del Centro de Estudios Dejusticia y miembro del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU. Fue magistrado auxiliar y encargado de la Corte Constitucional de Colombia. Es autor de numerosos artículos y libros en derechos humanos.

G. Patricia Uribe Granados (México)

Licenciada en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, maestra en Estudios Avanzados de Derecho Internacional Público (Adv. LL.M.) de la Universidad de Leiden, Holanda, y doctoranda del Centro Grocio para Estudios Legales Internacionales de la misma universidad. Ha sido profesora asistente en estudios de licenciatura y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Anteriormente se desempeñó como asesora jurídica e investigadora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, y como asistente de investigación del Dr. Eduardo Ferrer-Mac Gregor Poisot, presidente de la Corte IDH. Es coautora de diversos artículos y libros sobre derecho internacional público y derechos humanos, asimismo es la coordinadora académica de la segunda edición del Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Carlos J. Zelada (Perú)

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y maestro en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Harvard, EE.UU. Es profesor asociado y jefe del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. Anteriormente, fue especialista de la CIDH, miembro del equipo jurídico de la Organización Panamericana de la Salud y asesor de diversas organizaciones de la sociedad civil vinculadas al trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú.

Contenido

PRESENTACIÓN <i>Comentario CADH, 2ª edición</i> (Christian Steiner, Marie-Christine Fuchs)	I
PRÓLOGO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Alejandro Linares Cantillo)	IV
PREFACIO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot)	V
PREFACIO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Guido Raimondi)	IX
Semblanza curricular de autores y editores	3
Lista de abreviaturas	13
PREÁMBULO (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	19
PARTE I	
DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS	31
CAPÍTULO I - ENUMERACIÓN DE DEBERES	31
Artículo 1. Obligación de respetar los derechos (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	31
Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	71
CAPÍTULO II - DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	106
Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Federico Andreu-Guzmán)	106
Artículo 4. Derecho a la vida (Carlos Ayala Corao, María Daniela Rivero)	122
Artículo 5. Derecho a la integridad personal (Claudio Nash Rojas)	155
Artículo 6. Prohibición de la esclavitud y servidumbre (Federico Andreu-Guzmán)	200
Artículo 7. Derecho a la libertad personal (Jesús María Casal Hernández)	222
Artículo 8. Garantías judiciales (Juana María Ibáñez Rivas)	256
Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad (Thomas Antkowiak, G. Patricia Uribe Granados)	323
Artículo 10. Derecho a indemnización (Thomas Antkowiak)	339
Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad (Carlos J. Zelada)	349
Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión (Marco Huaco Palomino)	373
Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión (Eduardo Bertoni, Daniela Salazar Marín, Carlos J. Zelada)	405
Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta (Néstor Pedro Sagüés)	431
Artículo 15. Derecho de reunión (Javier Mujica Petit)	443
Artículo 16. Libertad de asociación (Javier Mujica Petit)	443
Artículo 17. Protección a la familia (Mary Beloff)	477
Artículo 18. Derecho al nombre (Mary Beloff)	518
Artículo 19. Derechos del niño (Mary Beloff)	538
Artículo 20. Derecho a la nacionalidad (Mary Beloff)	556
Artículo 21. Derecho a la propiedad privada (Alejandra Gonza)	599
Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia (Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque)	645
Artículo 23. Derechos políticos (José Luis Caballero Ochoa, Miguel Rábago Dorbecker, Daniel García Huerta)	671
Artículo 24. Igualdad ante la ley (Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque)	705
Artículo 25. Protección judicial (Juana María Ibáñez Rivas)	736

CAPÍTULO III- DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	801
Artículo 26. Desarrollo progresivo (Christian Courtis)	801
CAPITULO IV- SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN	835
Artículo 27. Suspensión de garantías (Gabriela Rodríguez Huerta).....	835
Artículo 28. Cláusula federal (Ariel Dulitzky)	849
Artículo 29. Normas de interpretación (Gabriela Rodríguez Huerta)	869
Artículo 30. Alcance de las restricciones (Gabriela Rodríguez Huerta).....	878
Artículo 31. Reconocimiento de otros derechos (Gabriela Rodríguez Huerta)	882
CAPÍTULO V - DEBERES DE LAS PERSONAS	885
Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos.....	885
(Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	
PARTE II	
MEDIOS DE LA PROTECCIÓN	896
CAPÍTULO VI- DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES	896
Artículo 33 (Liliana Tojo).....	896
CAPÍTULO VII- LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	896
Sección 1. Organización (Liliana Tojo)	896
Artículo 34.....	896
Artículo 35.....	896
Artículo 36.....	896
Artículo 37.....	896
Artículo 38.....	897
Artículo 39.....	897
Artículo 40.....	897
Sección 2. Funciones (Liliana Tojo)	909
Artículo 41.....	909
Artículo 42.....	909
Artículo 43.....	909
Sección 3. Competencia (Liliana Tojo).....	922
Artículo 44.....	922
Artículo 45.....	922
Artículo 46.....	922
Artículo 47.....	922
Sección 4. Procedimiento (Liliana Tojo)	951
Artículo 48.....	951
Artículo 49.....	951
Artículo 50.....	951
Artículo 51.....	952
CAPÍTULO VIII- LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Alejandra Nuño).....	961
Sección 1. Organización (Alejandra Nuño)	965
Artículo 52.....	965
Artículo 53.....	965
Artículo 54.....	965
Artículo 55.....	976
Artículo 56.....	978
Artículo 57.....	978

Artículo 58.....	980
Artículo 59.....	982
Artículo 60.....	983
Sección 2. Competencia y funciones (Alejandra Nuño).....	985
Artículo 61.....	990
Artículo 62.....	993
Sección 3. Procedimiento (Alejandra Nuño)	993
Artículo 66.....	993
Artículo 67.....	993
Artículo 64.....	1008
Artículo 65.....	1013
Artículo 68.....	1015
Artículo 69.....	1015
Artículo 63 (Cristián Correa Montt).....	1019
CAPÍTULO IX- DISPOSICIONES COMUNES (Leonardo Martins, Guilherme Arruda Pereira Silva).....	1100
Artículo 70.....	1100
Artículo 71.....	1100
Artículo 72.....	1100
Artículo 73.....	1100
PARTE III	
DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS	1113
CAPÍTULO X- FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA (Gabriela Rodríguez Huerta)	1113
Artículo 74.....	1113
Artículo 75.....	1113
Artículo 76.....	1113
Artículo 77.....	1113
Artículo 78.....	1113
CAPÍTULO XI- DISPOSICIONES TRANSITORIAS (Gabriela Rodríguez Huerta).....	1114
Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	1114
Artículo 79.....	1114
Artículo 80.....	1114
Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos	1114
Artículo 81.....	1114
Artículo 82.....	1114
Sección Especial	
Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. Fondo y Reparaciones (Oswaldo Ruiz Chiriboga, Gina Donoso)	1131
Índice temático	1203

Lista de abreviaturas

C

CADH / Pacto de San José - Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica en la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978. 1144 UNTS 123.

CADHP / Carta de Banjul - Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Adoptada el 28 de junio de 1981, entrada en vigor el 21 de octubre de 1986.

Carta OEA - Carta de la Organización de los Estados Americanos. Adoptada el 30 de marzo de 1948; entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951.

CCT - Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada por Resolución n.º 39/46 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984; entrada en vigor el 26 de junio de 1987. 1465 UNTS 85.

CDN - Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por Resolución n.º 44/25 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. 1577 UNTS 3.

CEDH - Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950; entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953. ETS n.º 5. Modificado por los Protocolos 11 y 14, completado por el Protocolo Adicional y los Protocolos 4, 6, 7, 12 y 13. 213 UNTS 222.

CEDAW (por sus siglas en inglés) - Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada por la Resolución n.º 34/180 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979; entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. 1249 UNTS 13.

CER - Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951; entrada en vigor el 22 de abril de 1954. 189 UNTS 137.

CIDFP - Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994; entrada en vigor el 28 de marzo de 1996.

CIEFPD - Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999; entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001.

CIEFDR - Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada por Resolución n.º 2106 A (XX) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965; entrada en vigor el 4 de enero de 1969. 660 UNTS 195.

CIJ - Corte Internacional de Justicia. Es una corte permanente internacional y el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas. Fue establecida en junio de 1945 por la Carta de las Naciones Unidas. La labor de la Corte Internacional de Justicia es determinar, de conformidad con el derecho internacional, disputas legales sometidas a ella por los Estados, y emitir opiniones consultivas sobre cuestiones legales que le son referidas por los órganos autorizados de las Naciones Unidas y las agencias especializadas. Está integrada por quince jueces que se desempeñan de forma personal. Tiene su sede en La Haya, Países Bajos.

CIPDTMF - Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Aprobada por Resolución n.º 45/158 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990; entrada en vigor el 1 de julio de 2003. 2220 UNTS 3.

CIPPDF - Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Adoptada por Resolución n.º 61/177 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006; entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010. Registro de Naciones Unidas 48088.

CIPST - Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985; entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

Comisión DHONU - Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Órgano basado en la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión DHONU fue establecida en 1946 para determinar la estructura jurídica e internacional para la protección de los derechos y libertades fundamentales. Estuvo compuesta por 53 Estados miembros elegidos por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. El 27 de marzo de 2006 celebró su última sesión, y fue reemplazada por el Consejo DHONU.

Comisión IDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C., Estados Unidos. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una institución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Comité DESCONU - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Órgano de tratado establecido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas mediante Resolución n.º 1985/17 el 28 de mayo de 1985. Está compuesto por 18 expertos independientes para monitorear la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Comité DHONU - Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Órgano de tratado establecido conforme al artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está compuesto por 18 expertos independientes quienes supervisan la aplicación del Pacto por sus Estados Partes.

Consejo DHONU - Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Órgano basado en la Carta de las Naciones Unidas. Fue creado por Resolución n.º 60/251 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006 para reemplazar a la Comisión DHONU. Es un organismo intergubernamental compuesto por 47 Estados miembros elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Está a cargo de la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo, y para cumplir con su labor cuenta con órganos subsidiarios, mecanismos subsidiarios de expertos, foros, grupos de trabajo intergubernamentales de composición abierta y procedimientos especiales.

Convención de Belém do Pará - Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Adoptada el 9 de junio de 1994; entrada en vigor el 5 de marzo de 1995.

Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es una corte permanente regional y un órgano judicial autónomo de la Organización de los Estados Americanos. Fue establecida en 1979 para interpretar y determinar violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual es su instrumento constitutivo. Está integrada por siete jueces que se desempeñan en forma personal. Tiene dos funciones: contenciosa y consultiva; en forma conjunta con la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es una institución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Su sede es en San José, Costa Rica.

CPI - Corte Penal Internacional. Es una Corte internacional permanente con jurisdicción sobre cuatro crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Su instrumento constitutivo es el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 en Roma, Italia, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Inició sus funciones en 2002, y está compuesta por cuatro órganos: la Presidencia; una sección de cuestiones preliminares, una sección de primera instancia y una sección de apelaciones; la Fiscalía y la Secretaría. Tiene su sede en La Haya, Países Bajos.

CVDT - Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados el 22 de mayo de 1969; entrada en vigor el 27 de enero de 1980. 1155 UNTS 331.

CVRC - Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares el 22 de abril de 1963; entrada en vigor el 19 de marzo de 1967. 596 UNTS 261.

D

DADDH - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada por la Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948. Reimpresa en Documentos Básicos Pertenecientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano OEA/Ser L V/II.82 Doc 6 Rev, 1992.

DIDH - Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Instrumentos e instituciones establecidos en el marco de los sistemas regionales de derechos humanos y el sistema universal para la promoción, protección y defensa de los derechos humanos en el mundo.

DIH - Derecho Internacional Humanitario. Conjunto de reglas que buscan, por razones humanitarias, limitar los efectos de los conflictos armados. La mayor parte del derecho internacional humanitario se encuentra en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los cuales se han desarrollado posteriormente por dos protocolos adicionales de 1977, relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados. Asimismo, existen otros acuerdos que prohíben el uso de ciertas armas y técnicas militares, y protegen ciertas categorías de individuos y bienes.

DUDH - Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada mediante Resolución n.º 217A (III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

E

Estatuto de la Comisión IDH - Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante Resolución n.º 447 adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su noveno periodo ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

O

OEA - Organización de los Estados Americanos. Organismo regional creado en 1948 con el objetivo de lograr en sus Estados miembros “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”, esto de conformidad con el artículo 1 de la Carta de la OEA. Sus principales pilares son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo. La OEA reúne a 35 Estados de las Américas, y constituye el principal foro gubernamental, político, jurídico y social del Hemisferio.

OIT - Organización Internacional del Trabajo. Fue fundada en 1919, y en 1946 se convirtió en la primera agencia de la Organización de las Naciones Unidas. Tiene un carácter tripartita, reúne a

gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer normas de trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de mujeres y hombres.

ONU - Organización de las Naciones Unidas. Es una organización global establecida en 1945, cuyos objetivos son el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y ser un foro global para la consecución de dichos fines. Tiene seis órganos principales (la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo de Administración Fiduciaria, el Consejo Económico y Social, la Corte Internacional de Justicia y el Secretariado), así como diversas agencias especializadas. Hoy en día cuenta con 193 Estados miembros.

P

PIDCP - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por Resolución n.º 2200A (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. 999 UNTS 171.

PIDESC - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por Resolución n.º 2200A (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 3 de enero de 1976. 993 UNTS 3.

Protocolo de San Salvador - Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988; entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.

R

Reglamento de la Comisión IDH - Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la CIDH en su 137 periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, y modificado el 2 de septiembre de 2011, y en su 147 periodo ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013; entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

Reglamento de la Corte IDH - Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte IDH en su LXXXV periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

S

SEDH - Sistema Europeo de Derechos Humanos. Conjunto de instrumentos e instituciones establecidos en el marco de la Unión Europea para la promoción, protección y defensa de los derechos humanos en el continente europeo.

SIDH - Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Conjunto de instrumentos e instituciones establecidos en el marco de la Organización de los Estados Americanos para la promoción, protección y defensa de los derechos humanos en el continente americano.

T

TEDH - Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Corte internacional permanente establecida en 1959. Su función es interpretar y determinar las violaciones a los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tiene dos funciones: contenciosa y consultiva. Está integrada por 47 jueces que se desempeñan de forma personal. Su sede es en Estrasburgo, Francia.

TPIEY - Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. Tribunal internacional establecido por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas para determinar crímenes de guerra que ocurrieron durante el conflicto en los Balcanes en la década de los 90. Su mandato

inició en 1993 y concluyó en 2017. Hoy en día, algunas funciones del Tribunal son asumidas por el Mecanismo Residual para los Tribunales Internacionales, entre ellas, el rastreo y persecución de fugitivos, procedimientos de apelación pendientes, procedimientos de revisión, juicios relacionados con los delitos contra la administración de la justicia, casos referidos a las jurisdicciones nacionales.

TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Tribunal internacional establecido por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, para perseguir y sancionar a las personas responsables de genocidio y otras serias violaciones de derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de Ruanda y otros Estados vecinos del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1994. Su mandato finalizó en 2015. Hoy en día, algunas funciones del Tribunal son asumidas por el Mecanismo Residual para los Tribunales Internacionales, entre ellas, el rastreo y persecución de fugitivos, procedimientos de apelación pendientes, procedimientos de revisión, juicios relacionados con los delitos contra la administración de la justicia, casos referidos a las jurisdicciones nacionales.

PREÁMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

[...]

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C n.º 169. En adelante: Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186. En adelante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Preámbulo

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C n.º 217. En adelante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. En adelante: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referencias académicas

CIANCIARDO, J. (coord.) *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos*. Natura, ius, ratio. Universidad de Piura, Perú, 2005.

GARCÍA ROCA, J. "El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional de orden público europeo", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

GARDINER, R. *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, Nueva York, 2008.

MASSINI, C. I. *Filosofía del derecho. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

REY ANAYA, Á. M., y REY CANTOR, E. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Temis, Bogotá, 2008.

Contenido

1. Introducción	21
2. La formación del SIDH	21
2.1. La OEA	21
2.2. La Carta de la OEA (1948)	22
2.3. Reformas a la Carta de la OEA	23
3. La función de los preámbulos en los tratados internacionales	24
4. Los elementos del Preámbulo del Pacto de San José	25
5. Reflexiones finales	30

1. Introducción

En este comentario se ofrecerá un panorama general de las ideas y conceptos más relevantes contenidos en el Preámbulo de la CADH. Para ello, en primer lugar, se hará una reseña del itinerario histórico que inició con la formación de la OEA y concluyó con la firma del Pacto de San José en 1969 y el inicio de las funciones de la CIDH y la Corte IDH. Posteriormente, se hará mención de cada uno de los conceptos integrados en el Preámbulo objeto de nuestro análisis, como son el de instituciones democráticas, los atributos de la persona humana, la protección internacional, entre otros. Finalmente, se afirmará el rol y fines del Preámbulo del Pacto de San José, de acuerdo con los comentarios, citas jurisprudenciales y doctrinales que ofreceremos en los apartados siguientes.

2. La formación del SIDH

La CADH es el resultado de un camino largo y accidentado, pero muy fructífero, en el cual, una aspiración común por parte de la mayoría de las naciones integrantes del Continente permitió paulatinamente la consumación de un objetivo noble y esperanzador: el fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos en el territorio americano.

En el muy interesante itinerario histórico de la formación del SIDH destacan, particularmente, la aparición de la OEA, así como su Carta, la cual ha sido reformada en cuatro ocasiones por el Protocolo de Buenos Aires (1967), el Protocolo de Cartagena de Indias (1985), el Protocolo de Washington (1992) y el Protocolo de Managua (1993). Más importante aún para el tema que nos ocupa es hacer mención a la concepción y nacimiento de la CADH (1969) para lo cual es particularmente importante recurrir a los documentos que hacen referencia a los trabajos preparatorios de su formación. Sobre todos estos antecedentes, sin afán de exhaustividad, nos ocuparemos a continuación.

2.1. La OEA

La OEA es un organismo regional con sede en la ciudad de Washington, DC. Su origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana llevada a cabo entre 1889 y 1890 en la capital estadounidense, en la cual se acordó formar la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y la Agencia Comercial de las Repúblicas Americanas. Después, la Agencia Comercial de las Repúblicas Americanas se transformó en la Unión Panamericana por resolución de la IV Conferencia Interamericana celebrada en 1910 en Buenos Aires, Argentina, y esta, a su vez, en la OEA, la cual quedó constituida en la IX Conferencia Internacional celebrada el 30 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia. En esta

conferencia, se suscribieron, además de la Carta a la que nos referiremos a continuación, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹

2.2. La Carta de la OEA (1948)

En dicha IX Conferencia Internacional Americana se suscribió la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la cual entró en vigor en 1951. Los países firmantes fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. El ordenamiento de veintidós capítulos también está integrado por un preámbulo en el que destaca un elemento que permanece en la CADH vigente en nuestros días, concretamente, el propósito de consolidar, “dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Los propósitos de los Estados firmantes de esta Carta fueron “lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”. Asimismo, en el artículo tercero, se reafirma el principio de proclamación de “los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

Resulta particularmente interesante el artículo 34, aunque no se le califica explícitamente como un itinerario para permitir “a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (tal como aparece en la CADH vigente), sí se establecen metas para alcanzar “los objetivos básicos del desarrollo integral”, como son la distribución equitativa del ingreso nacional; la modernización de la vida rural; la materialización de salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; la erradicación rápida del analfabetismo; la posibilidad de acceder, por todos los sectores de la población, a una vivienda adecuada, etcétera.²

Es importante mencionar, a propósito de este ordenamiento internacional, que en su artículo 53 se introduce como órgano de la OEA a la CIDH, la cual, de acuerdo con el artículo 106, “tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. Además, se integra un segundo párrafo en el mismo artículo que establece que “una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”, lo cual debe considerarse como un punto de inflexión clave para la formación del SIDH. Finalmente se establece en el artículo 150, que “mientras no entre en vigor la

- 1 Esta Declaración ofrece un preámbulo que hace un énfasis muy especial en el carácter innato de la dignidad humana: “[t]odos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.
- 2 Carta de la Organización de los Estados Americanos. Capítulo VII. Artículo 34. “[l]os Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] b) [d]istribución equitativa del ingreso nacional; [...] d) [m]odernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; [...] g) [s]alarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; h) [e]rradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; [...] k) [v]ivienda adecuada para todos los sectores de la población”.

Convención Interamericana [...] a que se refiere el capítulo XVIII, la [...] Comisión Interamericana [...] [debía] velar[-] por la observancia de tales derechos”.

2.3. Reformas a la Carta de la OEA

2.3.1. El Protocolo de Buenos Aires (1967)

La Carta de la OEA, que entró en vigencia en 1951, fue enmendada en 1967 en Argentina, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA o “Pacto de Buenos Aires”, en el marco de la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, el cual entró en vigor en 1970. En este documento, la entonces breve regulación de la CIDH pasó del capítulo XV del ordenamiento de 1948 al capítulo XVIII. Asimismo, se le concedió al Consejo Permanente la facultad de presentar observaciones a la Asamblea General sobre los informes de la CIDH.³

Los Estados miembros de la OEA se reunieron nuevamente en 1985, en el marco del XIV Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, llevado a cabo en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, para reformar la Carta Americana. Cabe destacar que el grupo de reformas que se comentan se llevaron a cabo dieciséis años después de la firma del Pacto de San José, el cual comentaremos en el siguiente apartado.

La Carta fue reformada sustancialmente en el apartado correspondiente al Preámbulo, haciendo referencias explícitas a la necesidad de “ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones”, la aspiración de robustecer las democracias representativas pues son una “condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región” y de consolidar en este continente “un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.⁴

2.3.2. El Protocolo de Washington (1992)

El 14 de diciembre de 1992, en el marco del XVI Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General se reformó nuevamente la Carta de la OEA en la ciudad de Washington, D.C. En síntesis, las reformas se refieren principalmente a los miembros de la Organización “cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza [por lo que] podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General”, entre otros artículos, ninguno de los cuales hace referencia explícita al SIDH.

3 Carta de la Organización de los Estados Americanos. Capítulo XII. Artículo 91. “[c]orresponde también al Consejo Permanente: [...] f) [p]resentar, cuando lo estimare conveniente, observaciones a la Asamblea General sobre los informes del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

4 El Preámbulo quedó redactado de la siguiente manera: “[e]n nombre de sus pueblos, los Estados representados en la IX Conferencia Internacional Americana: convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones; conscientes de que esa misión ha inspirado ya numerosos convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz y de propiciar, mediante su mutua comprensión y su respeto por la soberanía de cada uno, el mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho; ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región; seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; persuadidos de que el bienestar de todos ellos, así como su contribución al progreso y la civilización del mundo, habrá de requerir, cada día más, una intensa cooperación continental; determinados a perseverar en la noble empresa que la humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos reafirman solemnemente; convencidos de que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz, fundadas en el orden moral y en la justicia; y de acuerdo con la Resolución IX de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en la Ciudad de México”.

2.3.3. El Protocolo de Managua (1993)

El 10 de junio de 1993, la Asamblea General de la OEA celebró el XIX Periodo Extraordinario de Sesiones en la ciudad de Managua, Nicaragua, para reformar diversas disposiciones de la Carta Interamericana, de las cuales ninguna corresponde a la CIDH o al sistema de defensa de los derechos establecido, ya entonces, desde hacía diecisiete años.

2.3.4. La CADH (1969)

En la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en noviembre de 1965, se dispuso encomendar al Consejo de la OEA que actualizara y completara el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959 para que una vez revisado, previo dictamen de la CIDH, el proyecto fuera sometido a los gobiernos para que formularan las observaciones y enmiendas que consideraran pertinentes y posteriormente convocar a una conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. La actualización y complementación del proyecto se presentó, la primera parte, el 4 de noviembre de 1966, y la segunda, el 10 de abril de 1967. Asimismo, los gobiernos de Uruguay, Chile, Argentina, República Dominicana, Estados Unidos, México, Ecuador, Guatemala y Brasil formularon observaciones a partir del 7 de junio de 1967 y durante tres meses.⁵

Así, el 12 de febrero de 1969, el Consejo de la OEA decidió convocar a la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos “para que consider[ara] el proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que ha[bía] sido elaborado de acuerdo con la resolución XXIV de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, así como las observaciones y enmiendas que formul[aron] los gobiernos y [se] decid[iera] sobre la aprobación y firma de la aludida Convención”. Finalmente, el 21 de agosto de 1969, dicho Consejo aprobó “señalar para la celebración de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos la ciudad de San José, Costa Rica, [durante] el periodo del 7 al 22 de noviembre de 1969”.⁶

Según se advierte en las actas de dicha Conferencia se vertieron agudas y prudentes opiniones por parte de los representantes de las veintiséis naciones que asistieron a este trascendente foro, con especial énfasis en las referentes a la formación del Preámbulo de la Convención Americana. Concretamente, los especialistas que participaron en la citada Conferencia fueron: Gonzalo García Bustillos (Venezuela), Antonio Martínez Báez (México) y Juan Isaac Lovato (Ecuador) –respectivamente, presidente, vicepresidente y relator de la Conferencia–, así como los señores Manuel Castro R. (El Salvador), Pedro Pablo Camargo (Colombia), George Collymore (Trinidad y Tobago), Richard D. Kearney (Estados Unidos), Eliseo Pérez Caldaso (Honduras), Juan Alberto Llanes (Paraguay), Narciso E. Garay (Panamá), Raúl A. Quijano (Argentina), Carlos A. Dunshee de Abranches (Brasil), Mario Artaza (Chile), Julio César Lupinacci (Uruguay), Luis Aycinena S. (Guatemala), Santos Vanegas Gutiérrez (Nicaragua), Víctor Fernández Dávila (Perú), Ignacio Arcaya (Venezuela), Alfonsina de Chavarría (Costa Rica), Rafael Urquía (Secretario General Adjunto de la OEA), Guillermo Cabrera (Asesor Técnico de la Conferencia) y Alfredo Pérez Zaldívar (Secretario de Actas).⁷

3. La función de los preámbulos en los tratados internacionales

La CVDT de 1969 dedica sus artículos 31, 32 y 33 a explicar cómo se debe realizar la interpretación de dichos instrumentos internacionales. Al respecto, en su artículo 31, apartado 2º, la Convención de Viena señala que el contexto de un tratado comprenderá, además del texto, su preámbulo y, en su

5 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 1.

6 *Ibidem*, pp. 2-3.

7 OEA. *Conferencia Especializada en Derechos Humanos*, op. cit., p. 141.

caso, los anexos incluyendo otros elementos.⁸ Esta norma complementa la que se enuncia en el apartado 1º del mismo artículo que dispone que los tratados deben interpretarse de buena fe “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.⁹ La relevancia del Preámbulo de los tratados internacionales de derechos humanos es indiscutible, toda vez que aluden, por lo regular, a un contexto hermenéutico desde el cual debe comprenderse el tratado antes de interpretar sus normas.¹⁰

En los tratados internacionales, el Preámbulo usualmente consiste en una enumeración detallada de motivaciones, ánimos y consideraciones que son establecidas como ideas que fueron consideradas en su proceso de conformación.¹¹ Igualmente, se ha aceptado que los preámbulos tienen un significado textual y teleológico. Su significado textual es parte del aparato para seleccionar y modificar el significado de los términos ordinarios utilizados. Por otra parte, cuando se establecen las intenciones y objetivos de un tratado, los preámbulos por lo regular, ayudan a identificar el objeto y el propósito del tratado. Sin embargo, no debe ser asumido que todos los preámbulos poseen el mismo valor. Algunos son negociados muy cuidadosamente; otros, por el contrario, son puestos sin tantas previsiones.¹² En el caso de los tratados multilaterales modernos más importantes, donde hay buenos registros de la historia de la negociación, los *travaux préparatoires* pueden revelar el cuidado que se ha puesto en la elaboración de los preámbulos.¹³

En la doctrina más aceptada en el ámbito del derecho internacional público, la enumeración que se realiza en los preámbulos no es un lugar adecuado para describir obligaciones, las cuales se encuentran usualmente en la parte operativa de los artículos del tratado o incluso en sus anexos. Sin embargo, ha sido consistentemente aceptado que los preámbulos pueden imponer compromisos interpretativos.¹⁴

Así las disposiciones sustantivas tendrán usualmente una mayor claridad y precisión que lo establecido en el Preámbulo. No obstante, si surgiese una duda sobre el significado de una provisión sustantiva, el Preámbulo podría justificar una interpretación más amplia de dicho precepto, o al menos podría servir como fundamento para rechazar una más restrictiva.¹⁵

4. Los elementos del Preámbulo del Pacto de San José

El Preámbulo de la CADH:

contiene los principios y valores (desde el punto de vista filosófico) que iluminan el texto de la Convención. En su segundo considerando, se afirma que el reconocimiento de los derechos esenciales del hombre tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Es claro que la protección se logra con órganos internacionales competentes (complementarios a los tribunales y jueces internos de los Estados), lo que permite inferir que la parte procesal de la Convención se ilumina con esos principios y valores que nutren la actividad de los órganos internacionales

8 García Roca, J. “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional de orden público europeo”, en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, pp. 27-28.

9 *Idem*.

10 García Roca, J. “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional de orden público europeo”. *Op. cit.*, p. 52.

11 Gardiner, R. *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 186.

12 *Idem*.

13 *Idem*.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*, p. 187.

encargados de verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados, en relación con los derechos humanos enumerados en la parte sustantiva.¹⁶

En la primera sesión de la Comisión encargada de la revisión del proyecto de Convención Americana, llevada a cabo el 10 de noviembre de 1969 se sometió a la consideración de las delegaciones comenzar por el estudio del articulado del proyecto de Convención y dejar la discusión del Preámbulo para el final pues, de esta forma, una vez acordados los elementos de cada uno de los artículos de la naciente Convención, la discusión a propósito del Preámbulo se llevaría a cabo *bajo la intención de dar un sentido general, a través de principios y valores, a los derechos garantizados en el ordenamiento interamericano*. Esta propuesta, después de ser discutida ampliamente, fue aprobada.¹⁷

Posteriormente, en la sesión del mismo día, el profesor René Cassín, premio Nobel de la Paz y reconocido como uno de los principales redactores del Preámbulo del proyecto de Convención, defendió “la conveniencia de mencionar, en el Preámbulo de la futura convención, la Declaración Universal adoptada en 1948 por las Naciones Unidas”, concretamente en el párrafo 3:

en el cual figuran como título la Organización Americana y la Declaración Americana. Esa referencia al instrumento que primero consagró la universalidad de los esfuerzos de la humanidad debería justificadamente intercalarse entre la referencia a los instrumentos americanos y a la de los demás instrumentos, universales o regionales, que no se mencionan específicamente.¹⁸

El 18 de noviembre de 1969 concluyó el estudio y aprobación del articulado encomendado a la primera Comisión y, a continuación, ese mismo día, se pasó al estudio y discusión del Preámbulo. Asimismo, con este proyecto, se presentó otro proyecto de Preámbulo presentado por la delegación de Colombia. Este último, a pesar de sufrir varios cambios propuestos por algunos delegados, fue rechazado. Después, el señor Mario Artaza, Delegado de Chile, propuso que se incorporara, antes del último párrafo del proyecto original, el siguiente texto: “[r]eiterando que, con arreglo a la D[UDH], solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Asimismo, el señor Dunshee de Abranches, Delegado de Brasil, reiteró –haciendo referencia al citado discurso del profesor Cassín– la conveniencia de mencionar explícitamente la DUDH. Después de concluido el debate, el Presidente sometió a votación ambas propuestas, la cuales fueron aprobados por unanimidad.¹⁹

El Preámbulo aprobado comienza afirmando que los Estados signatarios de la CADH reafirman su propósito de consolidar en el continente *un régimen de libertad personal y justicia social*, lo cual debe entenderse en el cuadro de las *instituciones democráticas*. Las referencias a la idea de sociedad democrática aparecen varias veces en el articulado de la Convención. Así, en el artículo 15 se establece que el ejercicio del derecho de reunión solo puede restringirse en los casos previstos en la ley que son necesarios “en una sociedad democrática”. La misma condición se establece en el artículo 16.2. para la restricción del derecho a asociarse libremente y en el artículo 22.3. con respecto al derecho de circulación y residencia. En el artículo 29, el cual se refiere a las normas de interpretación de la Convención, se establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Finalmente, en el artículo 32, que se refiere a la correlación entre deberes y derechos, se establece que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”.

A propósito de la noción de *instituciones democráticas* a la que se hace referencia en el Preámbulo de la Convención, también debe citarse el artículo 23 de la misma, el cual se refiere a los derechos

16 Rey Anaya, Á. M., y Rey Cantor, E. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Temis, Bogotá, 2008, p. 29.

17 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 142.

18 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 153.

19 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 284-285.

políticos, concretamente, a los de “participar en la dirección de los asuntos públicos”, “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas” y “tener acceso [...] a las funciones públicas del país”. Sin embargo, la idea de instituciones democráticas no se restringe a los derechos establecidos en este artículo. Así lo ha entendido, por ejemplo, el juez de Roux Rengifo: “[e]l preámbulo de la Convención Americana comienza haciendo referencia a las *instituciones democráticas*, como marco general del régimen de libertades y derechos que busca consolidar la propia Convención. [...] Estas previsiones [...] expresan un compromiso de la Convención con la democracia política representativa que va más allá de lo que podría colegirse del mero artículo 23, referente a los derechos políticos del individuo (votar y ser elegido, etc.)”.²⁰

A continuación, en el Preámbulo de la Convención, se establece que ese régimen de libertad personal y justicia social que se propone consolidar en el continente dentro del cuadro de las instituciones democráticas se funda en el respeto a los derechos esenciales del hombre. Asimismo, se afirma, que esos derechos “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, *sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”. Esta parte del Preámbulo se encuentra en íntima relación al artículo 1 de la CADH, en el cual los Estados se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” y, además, se reafirma con la disposición que establece que, para los efectos de esta Convención, “persona es todo ser humano”.

El tema del fundamento de los derechos humanos es típico del debate jurídico-filosófico de los siglos XX y XXI. En este contexto, podemos encontrar posturas *iuspositivistas* que sostienen que el problema de la fundamentación de los derechos se encuentra resuelto desde el momento en que estos encontraron el consenso político que les dio validez, esto es, desde que son derecho positivo, y *iusnaturalistas* las cuales, bajo el argumento de que la positivación de los derechos no ha bastado para detener sus constantes atropellos, afirman que estos necesitan ser explicados racionalmente.²¹ En el discurso de esta última postura, es constante y común encontrar referencias a la idea de que el fundamento de los derechos radica en la *dignidad de la persona humana*, es decir, que la base de su reconocimiento nace de identificar la noción de persona con su dignidad.²² El predominio de posturas que justifican los derechos en la dignidad del ser humano tiene su origen, principalmente, en los lamentables eventos his-

20 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999. Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo. (énfasis agregado). En este voto, el Juez señala que a propósito de “la atribución a los tribunales militares de la facultad de juzgar civiles [esto implica por sí mismo] una ruptura con el principio democrático de la división de poderes, porque trae a la órbita gubernamental una función propia de otra rama del poder público, la judicial [e] implica ya de suyo colocar un segmento de la actividad estatal por fuera de los cánones de la moderna democracia política pero comporta, además, el riesgo de afectar nocivamente la estructura y el funcionamiento de porciones más amplias de la institucionalidad democrática”. Sin embargo, en el mismo voto el Juez afirma que “el tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría, sin embargo, que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana por motivos relacionados con dicha vinculación”.

21 Es importante precisar que, dentro del marco de propuestas teóricas que ofrece el *iusnaturalismo*, no sólo hay posturas que defienden el discurso de los derechos humanos, sino también aquellas que lo niegan: “[d]e un lado, resulta indiscutible la filiación moderna de los derechos; es decir, su dependencia como concepto histórico de una Modernidad que se consideraba en crisis y que se prefería olvidar. De otro, un discurso consistente acerca de los derechos parece requerir la aceptación de determinados bienes o valores básicos que actúan como límite –al menos– del derecho positivo, en sintonía con la propuesta *iusnaturalista*. Según se pusiera el acento en la primera característica o que se rescatase la segunda, surgieron autores *iusnaturalistas* que negaron la utilidad y conveniencia del discurso de los derechos, y otros que lo aceptaron, proponiendo, eso sí, su replanteamiento”. Ver Cianciardo, J. (coord.) *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos*. Natura, ius, ratio. Universidad de Piura, Perú, 2005, p. 120.

22 Así, por ejemplo, Carlos I. Massini afirma que la fundamentación de los derechos humanos “aparece revestida de dos caracteres principales: se trata de una fundamentación (i) absoluta, en el sentido de que los principios sobre los que se fundan los derechos son absolutos, es decir, inexcusables o inexcusables, y (ii) trascendente, en el sentido de que la dignidad que corresponde a la persona humana se vincula con su grado de participación en el ser, es decir, en una realidad trascendente a la conciencia humana”. Massini, C. I. *Filosofía del derecho. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 148.

tóricos de la primera mitad del siglo XX que destacaron por su documentada vulneración a los derechos más elementales, entre otras razones, porque los regímenes jurídico-políticos vigentes en estos periodos condicionaron el respeto a la dignidad humana a presupuestos de color, raza, condición económica, cultura, etc., establecidas en la legislación y no en la idea de que el ser humano es algo valioso y digno de respeto por el solo hecho de serlo.²³

En este contexto, en el Preámbulo de la DUDH de 1948 se declara que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y el artículo 1 del mismo ordenamiento establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos”.²⁴

Si bien en el Preámbulo de la CADH no hay una referencia explícita a la dignidad de la persona humana, fácilmente puede advertirse que este es el *sentido de la justificación de los derechos de la Convención* a la que se hace referencia en las expresiones “fundado en el respeto a los derechos esenciales del hombre”, “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado” y “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Además, más adelante en el mismo Preámbulo, se cita la consideración a los principios de la DUDH, lo cual, como citamos anteriormente, fue gracias a la intervención del profesor Cassin en la Conferencia de 1969, misma que, de acuerdo con el párrafo anterior, se pronuncia a favor de una fundamentación de los derechos más allá de su concretización en el derecho positivo. Por si fuera poco, en el articulado de la propia Convención se hace referencia, al menos en tres ocasiones, a la noción de dignidad de la persona humana: en el artículo 5 se establece que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; el artículo 6, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre, establece que “el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”; y el artículo 11, que explícitamente se refiere a que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Con respecto a la expresión del Preámbulo que hace referencia a los derechos esenciales del hombre y su fundamentación, vale la pena citar la opinión consultiva sobre la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la CADH, en la cual consideramos que la Corte IDH reafirma lo establecido:

En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal

23 Cianciardo, J. (coord.) *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos*, op. cit., p. 119. “Los juristas alemanes, formados en el positivismo, se habían visto privados de herramientas conceptuales con las que enfrentar la legislación en muchos puntos aberrante. La consecuencia de esta crisis no supuso, no obstante, en la mayoría de los casos, un abandono total del positivismo, sino su replanteamiento. En concreto, un conjunto más o menos homogéneo de autores positivistas coincidió en dejar de lado la llamada ‘tesis ideológica’ o ‘tesis de la obediencia’ y algunas de las tesis más criticadas de la teoría jurídica positivista, como la de la aplicación mecánica, la de la coherencia y la de la plenitud. Estos autores mantuvieron, no obstante, la tesis epistemológica, es decir, la que propone la separación conceptual entre derecho y moral, la tesis coactiva o de las fuentes sociales y, en menor medida, las tesis imperativa y legalista [... Así, la] vía generalmente utilizada para superar la tesis de la obediencia consistió en la asunción de la teoría de los derechos humanos. A partir de 1945, se propuso, la ley no puede tener cualquier contenido, sino que cuenta con un límite negativo, con un conjunto de valores o bienes que no puede violentar, constituido por los derechos humanos”.

24 Además, también en el Preámbulo de esta Declaración, se considera “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”; en el artículo 22 se establece que toda persona tiene derecho “a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; y en el artículo 23 que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.²⁵

Estos derechos esenciales del hombre que “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana” precisan –tal y como lo señala el Preámbulo de la CADH– de “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Este control complementario a los controles de derecho interno, además, es *convencional*. Como se ha advertido,²⁶ la doctrina del control de convencionalidad surge en el año 2006 en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,²⁷ en cuya resolución explícitamente se señaló que:

el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo hace la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana.²⁸

Después, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, se estable que este control: (i) procede de oficio sin necesidad de que las partes los soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.²⁹

Desde entonces, esta doctrina ha encontrado aplicación en los casos *La Cantuta vs. Perú*,³⁰ *Boyce y otros vs. Barbados*,³¹ *Heliodoro Portugal vs. Panamá*,³² *Radilla Pacheco vs. México*,³³ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*,³⁴ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*,³⁵ *Fernández Ortega y otros vs. México*,³⁶ *Rosendo Cantú y otros vs. México*,³⁷ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*,³⁸ *Vélez Loor*

25 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 26. Además, en el párrafo 27 la Corte IDH, al delimitar muy bien la esfera de restricción de estos derechos y libertades, presupone la importancia de la dignidad humana sobre las determinaciones y necesidades del poder público: “[l]a expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982, párr. 3. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 61.

26 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Ver también el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. párrs. 17 a 24.

27 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006. pp. 123-125.

28 *Ibidem*, párr. 124.

29 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 128.

30 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 173.

31 Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, párr. 79.

32 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 180.

33 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 339.

34 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 208. nota 307.

35 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 311.

36 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 234.

37 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 219.

38 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 202.

vs. Panamá,³⁹ *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*,⁴⁰ y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.⁴¹

Particularmente, en este último caso, la Corte IDH fortalece la doctrina del control de convencionalidad al sustituir la referencia al “Poder Judicial”, que aparecía desde 2006, por la de “todos sus jueces”, con lo cual se confirma que este control debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, las cortes, salas o tribunales constitucionales, así como a las cortes supremas de justicia y demás altas jurisdicciones de los veintitrés países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la CADH.⁴²

5. Reflexiones finales

Como se advirtió en el apartado anterior, de acuerdo con los documentos que dejaron constancia de las discusiones de los integrantes de la CADH de 1969, la aprobación del Preámbulo de la Convención tuvo un contexto particularmente especial. El hecho de dejar hacia el final la discusión de este dispositivo fundamental del ordenamiento interamericano, esto es, de decidir concluir primero la formación del articulado de la Convención, para posteriormente iniciar con el proyecto de Preámbulo, refleja el entendimiento de los miembros de aquella Comisión de redactar este apartado con el objetivo de orientar los preceptos del instrumento internacional. El Preámbulo es pues un elemento integrante de la misma Convención y no solamente una parte decorativa.

Esto es particularmente importante en un ordenamiento que no está sometido a jerarquía superior, como es el caso de la CADH. Más allá del principio de jerarquía normativa que, como sabemos, es discutible en nuestros días,⁴³ la idea es que, mientras una ley o un reglamento puede ser interpretado a la luz de su respectiva constitución o un tratado internacional, el Pacto de San José está condicionado solo por los desarrollos jurisprudenciales que la Corte IDH paulatinamente va desarrollando. Así, un marco interpretativo que otorgue cohesión y sentido a los principios contenidos en los artículos de la CADH, como es el Preámbulo, se vuelve muy importante, sobre todo al tratar de entender, por ejemplo, las nociones de instituciones democráticas, derechos esenciales del hombre, control de convencionalidad, entre otros.

Es así que con el devenir de los años, la labor de la Corte IDH la ha ido convirtiendo poco a poco en un tribunal encargado de crear las bases jurídicas de convivencia mínima en el continente, el llamado *ius constitutionale commune*, basado en el respeto y garantía irrestrictas de los derechos humanos consagrados en la Convención y los otros tratados que complementan el SIDH.

El Preámbulo puede tener eventualmente un rol importante en la interpretación y aplicación de la Convención, toda vez que se erige como la base a partir de la cual fueron enmarcados los derechos establecidos en la Convención. Así entendido, el Preámbulo de la CADH está dotado de sentido jurídico pues orienta, realiza y se interrelaciona con los derechos, y es el hilo conductor que armoniza, integra y dota de plena razonabilidad al ordenamiento interamericano.

39 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 218.

40 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 106.

41 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 225.

42 *Idem*. Ver también el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. párrs. 17-24.

43 Como es bien sabido, la Corte IDH ha acogido invariablemente el principio *pro homine* o principio *pro persona*, el cual está previsto en el artículo 29 del Pacto de San José e implica efectuar la interpretación de las disposiciones jurídicas más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Al respecto, la Corte Interamericana se ha pronunciado, por ejemplo, en la opinión consultiva sobre *la colegiación obligatoria de periodistas*: “[e]n consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985, párr. 52.

PARTE I

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I - ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

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

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C n.º 11. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. F. 1991.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C n.º 20. En adelante: Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 37. En adelante: Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C n.º 56. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C n.º 58. 1999. En adelante: Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C n.º 71. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C n.º 77. En adelante: Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C n.º 105. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C n.º 115. En adelante: Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C n.º 139. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. EP. 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147. En adelante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas]. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155. En adelante: Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas]. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 165. En adelante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 191. En adelante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. En adelante: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C n.º 237. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 267. En adelante: Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C n.º 269. En adelante: Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuena del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 271. En adelante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277. En adelante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C n.º 281. En adelante: Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 285. En adelante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. En adelante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. En adelante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C n.º 297. En adelante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C n.º 300. En adelante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C n.º 306. En adelante: Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C n.º 307. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C n.º 308. En adelante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310. En adelante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM vs. Brasil*. Resolución de 30 de noviembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, 22 de febrero de 1991.

CIDH. Informe n.º 51/96, *Caso Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de marzo de 1997.

CIDH. Informe n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón, S.A. vs. Paraguay*, 18 de octubre de 1997.

CIDH. Informe n.º 49/97, *Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondin “Aguas Blancas” vs. México*, 18 de febrero de 1998.

CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal S.A. vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999.

CIDH. Informe n.º 106/99, *Caso Bendeck-Cohdinsa vs. Honduras*, 27 de septiembre de 1999.

CIDH. Informe n.º 1031/99, *Caso Bemard Merens y familia vs. Argentina*, 27 de septiembre de 1999.

CIDH. Informe n.º 86/99, *Caso Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales vs. Cuba*, Caso 11.589, 29 de septiembre de 1999.

CIDH. Informe de Fondo n.º 59/09, *Caso Remigio Domingo Morales y Rafael Sánchez vs. Guatemala*, Caso 10.626; *Caso Pedro Tau Cac vs. Guatemala*, Caso 10.627; *Caso José María Ixcaya Pixtay y otros vs. Guatemala*, Caso 11.198 (A); *Caso Catalino Chochoy y otros vs. Guatemala*, Caso 10.799; *Caso Juan Galicia Hernández y otros vs. Guatemala*, Caso 10.751; *Caso Antulio Delgado vs. Guatemala*, Caso 10.901, 7 de abril de 2001.

CIDH. Informe n.º 54/01, *Caso Maria da Penha vs. Brasil*, Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

CIDH. Informe de Fondo n.º 85/09, *Caso Víctor Hugo Maciel vs. Paraguay*, Caso 11.607, 6 de agosto de 2009.

CIDH. Informe de Fondo n.º 79/11, *Caso James Zapata Valencia y José Heriberto Ramírez Llanos vs. Colombia*, Caso 10.916, 21 de julio de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Case Wenhoff vs. Germany*, Application n.º 2122/64, Judgment Merits, Court (Chamber), 27 June 1968.

TEDH. *Case Marckx vs. Belgium*, Application n.º 6833/74, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court Plenary, 13 June 1979.

TEDH. *Case Airey vs. Ireland*, Application n.º 6289/73, Judgment (Merits), Court (Chamber), 9 October 1979.

TEDH. *Case Ártico vs. Italy*, Application n.º 6694/74, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 13 May 1980.

TEDH. *Case Feldbrugge vs. The Netherlands*, Application No. 8562/79, Judgment (Merits), Court (Plenary), 29 May 1986.

TEDH. *Case Deumeland vs. Germany*, Application n.º 9384/81, Judgment and Just Satisfaction, Court Plenary, 29 May 1986.

TEDH. *Case Salesi vs. Italy*, Application n.º 13023/87, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 26 February 1993.

TEDH. *Case Schuler-Zraggen vs. Switzerland*, Application n.º 14518/89, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 24 June 1993.

TEDH. *Case Delgado vs. France*, Application n.º 38437/97, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 14 November 2000.

TEDH. *Case Cyprus vs. Turkey*, Application n.º 25781/94, Judgment of 10 May 2001, 35 EHRR 731, 2001.

TEDH. *Case Ilascu and Others vs. Moldova and Russia* Application n.º 48787/99, Judgment of 8 July 2004; 40 EHRR 1030, 2005,

TEDH. *Case of Andrejeva vs. Latvia*, Application n.º 55707/00, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 18 February 2009.

TEDH. *Case Muñoz Díaz vs. Spain*, Application n.º 49151/07, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 8 November 2011.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

CADHP. Comunicaciones números 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96. Decisión de 31 de octubre de 1998; communication 101/93 [*Civil Liberties Organisation (in respect of Bar Association) vs. Nigeria*].

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Corte Internacional de Justicia

ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

Laudos arbitrales

Tinoco Arbitration. *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator*, Washington, D.C., Oct 18, 1923, 18 AJIL 147 (1924), 1 U.N.R.I.A.A. 369 (1923).

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por cortes y tribunales nacionales

Colombia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-066/13.

México

SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10ª época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15, febrero de 2015, tomo III; p. 2257. XXVII.3º J/23 (10ª).

SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de garantizarlos en términos del artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10ª época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15, febrero de 2015, tomo III; p. 2254. XXVII.3º J/24 (10ª).

SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de protegerlos en términos del artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10ª época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15, febrero de 2015, tomo III; p. 2256. XXVII.3º J/25 (10ª).

Perú

Tribunal Constitucional del Perú, *Genaro Villegas Manuche*, EXP. n.º 24882002-HC/TC, 8 de marzo de 2004.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

Comité DHONU. Observación General n.º 3, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional*, 13º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 140, 1981.

Comité DHONU. Observación General n.º 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *No discriminación*, 37º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1989.

Comité DHONU. Observación General n.º 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referencias académicas

BOGDANDY, A. von y SERNA DE LA GARZA, J. M. (coords.) *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*. IIJ- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, L. “La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

BUSTOS GISBERT, R. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. n.º 52, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de DPC, México, 2012.

CANÇADO TRINDADE, A. A. “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en BOGDANDY, A. von *et al.* (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. UNAM, IIJ, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010. [disponible en la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM].

CASSEL, D. “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en BOGDANDY, A. von *et al.* (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. UNAM, IIJ, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010 [disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM].

CASSESE, A. *International Law*. 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2005.

CASTRILLÓN ORREGO, J. D. *Globalización y derecho indígenas: el caso de Colombia*. IIJ-UNAM, México, 2006.

DULITZKY, A. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*. n.º 3, 2007.

DULITZKY, A. “El alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, en MARTÍN, C. *et al.* *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, E. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. UNAM-IIJ, México, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, E. y SILVA GARCÍA, F. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

FISCHEL DE ANDRADE, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Serie Estudios de Derechos Humanos, t. VI, San José, 1996.

FIX-ZAMUDIO, H. *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*. 2ª ed., CNDH, México, 1999.

FIX-ZAMUDIO, H. *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*. Grijley-UNAM-IMDPC, Lima, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, E. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH, San José, 2005.

GARCÍA ROCA, J. *et al.* *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Civitas- Thompson Reuters, Pamplona, 2012.

GOMES, L. F., MAZZUOLI, V. de O. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª ed., Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2010.

GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

HITTERS, J. C. y FAPPIANO, Ó. L. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2ª ed., t. 1, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2007.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “La Convención Americana como derecho interno” en *Revista del IIDH*, San José, enero-junio de 1988.

LANDA, C. y FERRER MAC-GREGOR, E. “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en SEPÚLVEDA, R. y GARCÍA RICCI, D. *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (en prensa)

LEACH, P. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 2ª ed. Oxford University Press, New York, 2005.

MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005.

MEDINA QUIROGA, C. “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005.

MORALES ANTONIAZZI, M. “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en BOGDANDY, A. von, et al. (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. IIJ-UNAM, México, 2014.

NASH ROJAS, C. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México, Porrúa, 2009.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Ed. Librotecnia, Santiago, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano por los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

PARRA VERA, Ó. y GONZÁLEZ LE SAUX, M. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, n.º 47, 2008.

QUEL LÓPEZ, F. J. “La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 3ª ed., Ed. Dilex, Madrid, 2007.

REY CANTOR, E. “Controles de convencionalidad de leyes”, en FERRER MAC-GREGOR, E., y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*. T. X: Derechos humanos y tribunales internacionales, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, México, 2008.

RODRÍGUEZ PINZÓN, D. “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el sistema interamericano de derechos humanos”, American University Washington College of Law, Washington. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm> [fecha de último acceso 27 de febrero de 2017].

SERRANO, S. “Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en FERRER MAC-GREGOR, E., CABALLERO OCHOA, J. L. y STEINER, CH. (coords.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. Suprema Corte de Justicia de la Nación México-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013.

SAIZ ARNAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*. Porrúa-UNAM, México, 2012.

SANTAMARÍA ARINA, R. “Prohibición de No discriminación”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*. 2ª ed., Civitas- Thompson Reuters, España, 2009.

Contenido

1. Introducción	39
2. La discusión del artículo 1 de la CADH en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969	40
3. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos (art. 1.1.)	41
3.1. El respeto de los derechos	41
3.2. La garantía de los derechos	43
3.3. La relación entre los derechos sustantivos de la CADH y las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos	50
4. La cláusula de no discriminación	51
4.1. La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH	51
4.2. El 'despertar' de la cláusula de no discriminación	52
5. El ámbito de protección jurisdiccional del SIDH	55
6. Los seres humanos como sujetos de protección del SIDH: la concepción y el eventual desarrollo del concepto de 'persona' en el artículo 1.2. de la CADH	56
6.1. Los derechos de los accionistas de empresas	57
6.2. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas	58
7. El control de convencionalidad como un elemento indispensable para el respeto y garantía de los derechos	59
7.1. El origen del concepto y de la doctrina del control de convencionalidad	59
7.2. La relación entre el control de convencionalidad y la obligación de respetar y garantizar los derechos	62
8. Las obligaciones de respeto y garantía en los sistemas de protección de derechos humanos: similitudes y diferencias	63
8.1. El Sistema Universal <i>vis-à-vis</i> el SIDH	63
8.2. El Sistema Europeo <i>vis-à-vis</i> el SIDH	64
8.3. El Sistema Africano <i>vis-à-vis</i> el SIDH	66
9. Las obligaciones de respeto y garantía en los ordenamientos nacionales	67
10. Epílogo	69

1. Introducción

El artículo 1 de la CADH es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. La obligación de los Estados partes del Pacto de San José de respetar los derechos y libertades ahí contenidos y garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción “sin discriminación alguna”, permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades que contiene.

Así, este dispositivo no constituye una norma programática como algunos consideran. La CADH tiene aplicación directa en todos sus preceptos cuando un Estado americano la ha firmado, ratificado o

se ha adherido.¹ Como lo expresa Humberto Nogueira Alcalá, precisamente al analizar este precepto, las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional y particularmente las referidas a derechos humanos, constituyen para todos los jueces nacionales:

[...]derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyo los artículos 36 y 31.1., por una parte, y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*pacta sunt servanda* y *bona fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.²

Dicho tratado internacional tiene vigencia en veinticuatro países de la región con la consecuente obligación de todos los órganos y poderes de los Estados partes de aplicarla. La CADH es derecho interno de fuente internacional.³ Sin embargo, resulta paradójico que a pesar de la importancia que reviste para los órdenes jurídicos nacionales y especialmente para la tutela efectiva de los derechos fundamentales –con mayor intensidad a partir del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH–,⁴ su aplicación se haya efectuado de manera ‘esporádica’ por muchos países; como si se tratara de una prerrogativa del Estado y no como un ‘deber’ que limita y guía su actuación.

Además, resulta indispensable conocer a plenitud la jurisprudencia de la Corte IDH al tener una eficacia directa (como lo tiene el propio Pacto de San José), debido a que este órgano jurisdiccional tiene la competencia de interpretar la CADH conforme lo estipula el artículo 1 del Estatuto de la propia Corte aprobada por la OEA en 1979.

2. La discusión del artículo 1 de la CADH en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969

En los *travaux préparatoires* del proyecto de CADH, este precepto fue abordado en diversas oportunidades por las representaciones estatales que se dieron cita en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en 1969. Así, por ejemplo, la representación de Uruguay expresó que la primera versión del Proyecto de Convención presentado por la CIDH habría podido ser completada con el agregado de que “nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general”.⁵ Por su parte, Ecuador sugirió que el artículo 1 del proyecto de Convención fuera reemplazado por los párrafos 2 y 3 del artículo 2 del PIDCP.⁶

1 Cfr. Hitters, J. C. y Fappiano, Ó. L. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2ª ed., t. 1, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 528-529.

2 Nogueira Alcalá, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012, p. 332. Asimismo, ver Nogueira Alcalá, H. *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Ed. Librotecnia, Santiago, 2012.

3 Cfr. Jiménez de Aréchaga, E. “La Convención Americana como derecho interno” en *Revista del IIDH*, San José, enero-junio de 1988, pp. 27 y ss. Igualmente ver Fix-Zamudio, H. *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*. 2ª ed., CNDH, México, 1999. Fix-Zamudio, H. *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*. Grijley-UNAM-IMDPC, Lima, 2009.

4 Hasta la fecha, veintiún países han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.

5 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 36.

6 *Ibidem*, p. 104.

En cuanto a los sujetos de protección que debía contemplar la CADH, cuestión que terminó siendo abordada en el marco del artículo 1.2. del tratado, los representantes de Chile consideraron que era necesario especificar que al hablar de ‘personalidad jurídica’ el vocablo no era un atributo de las llamadas asociaciones o personas morales, toda vez que se había decidido conceptualizar a las personas como todo ser humano, por lo que se debía señalar y aclarar que “toda persona es capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones.”⁷

Si bien la redacción final del artículo 1 fue distinta, estas propuestas ponen de manifiesto la clara intención de que el SIDH tuviera como último fin la protección de las personas así consideradas “como seres humanos”.

3. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos (art. 1.1.)

Desde el inicio de su jurisprudencia, la Corte IDH ha abordado, con especial cuidado, lo relativo a la obligación de cumplimiento de los derechos humanos. En su primera sentencia sobre el fondo, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sostuvo que el artículo 1.1. del Pacto de San José es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la CADH puede ser atribuida a un Estado;⁸ y especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: 1) la obligación de respetar, y 2) la obligación de garantizar los derechos.⁹

3.1. El respeto de los derechos

La obligación de respeto consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteiniéndose de actuar o dando una prestación.¹⁰ Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.¹¹ Gros Espiell define el respeto como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.¹²

Sobre el particular, la Corte IDH ha dispuesto que:

[...] la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parten de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la *restricción al ejercicio del poder estatal*.¹³

7 OEA. *Idem*.

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 164.

9 *Idem*.

10 Nash Rojas, C. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción: Aciertos y desafíos*. México, Porrúa, 2009, p. 30.

11 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 165.

12 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 65.

13 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 21. (énfasis agregado) Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 143. CIDH. Informe n.º 49/97, *Tomás Porfirio Rondin “Aguas Blancas” vs. México*, Caso 11.520, 18 de febrero de 1998.

Dichas consideraciones han sido retomadas por otros organismos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos a nivel internacional.¹⁴

En este sentido, el contenido de la obligación estará definido a partir del derecho o libertad concreto.¹⁵ Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas o negativas y estarán determinadas por cada derecho o libertad.¹⁶ Esta obligación comprende todos los derechos, tanto civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, los cuales por su naturaleza llevan implícita una fuerte carga prestacional.¹⁷

Cabe precisar que la obligación de respeto a los derechos humanos prevista en este artículo, excluye la aplicación del principio de reciprocidad consagrado en el derecho internacional clásico, toda vez que los Estados partes de la CADH tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza objetiva de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos;¹⁸ es decir, existe una ausencia de reciprocidad cuando los Estados firman, ratifican o se adhieren a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹⁹

En este sentido, cabe recordar que los instrumentos internacionales de derechos humanos:

*[...] no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.*²⁰

Entre los casos más significativos que ha conocido la Corte IDH sobre graves violaciones a derechos humanos en donde los Estados demandados han incumplido con la obligación general de

14 El Comité DHONU mencionó, respecto del PIDCP, que “[a] los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos en su territorio y sometidos a su jurisdicción [...] los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe”. Cfr. Comité DHONU. Observación General n.º 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, párr. 3.

15 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 30.

16 *Idem*.

17 En este sentido se ha llegado a afirmar que “[l]a obligación jurídica [de respetar y garantizar los derechos] es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto.” Comité DHONU. Observación General n.º 31, *op. cit.*, párr. 6.

18 Gomes, L. F. y Mazzuoli, V. de O. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª ed., Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2010, p. 26.

19 Quel López, F. J. “La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales”, en Fernández de Casadevante Romani, C. (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 3ª ed., Ed. Dilex, Madrid, 2007, p. 101.

20 Gros Espiell, H., *op. cit.*, pp. 30-31. (énfasis agregado)

respetarlos, destacan los relativos a desapariciones forzadas,²¹ masacres,²² ejecuciones extrajudiciales,²³ y tortura.²⁴

3.2. La garantía de los derechos

La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²⁵ Gros Espiell establece que esta obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.²⁶

La Corte IDH ha destacado que, como consecuencia de esta obligación, los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la CADH, procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la *reparación de los daños* producidos por la violación de los derechos humanos.²⁷ La Corte IDH ha señalado que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, [implica también] la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.²⁸

- 21 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.
- 22 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006. Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.
- 23 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995. Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010. Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013. Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. FRC. 2013. Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.
- 24 La jurisprudencia de la Corte IDH es vasta en este tema, ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997. Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015.
- 25 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 166. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 139. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 223. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 282.
- 26 Gros Espiell, H., *op. cit.*, pp. 65-66.
- 27 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 167. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 183. Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 214.
- 28 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 167.

Para algunos autores, las obligaciones prestacionales señaladas con antelación respecto a la obligación de “respeto” cabrían de una forma más clara en relación con la obligación de “garantía”. Así, conforme a la obligación de garantía, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender acciones positivas. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades.²⁹

La Corte IDH ha determinado que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la CADH reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1. del propio Pacto de San José.³⁰

De la obligación general de garantía, asimismo, se derivan otra serie de obligaciones específicas (o formas de cumplimiento) que se han desarrollado desde los inicios de la jurisprudencia de la Corte IDH y que a continuación analizamos.

3.2.1. La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos

Las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las medidas generales están dirigidas a toda la población y se encuentran en relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno.³¹ Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado —y no al derecho internacional— decidir el modo más conveniente para cumplir con ello; sea a través de la incorporación directa de dichas normas, o a través de normas internas que las reproduzcan.

Es importante recordar, que una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con aquella, lo cual también conlleva la existencia de recursos judiciales efectivos.³² Esta obligación se encuentra relacionada con el contenido del artículo 2 de la CADH sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, que constituyen obligaciones a los Estados complementarias a las establecidas en el artículo 1 del propio Pacto.³³ De igual modo, en caso de que existan elementos socio-culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. En estos casos, el Estado debe realizar una revisión cuidadosa de la manera en que opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes para el logro de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.³⁴

Algunos autores estiman que en ocasiones surge un deber de protección especial “determinable en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y

29 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 17. Medina Quiroga, C. “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, pp. 207 y ss.

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990, párr. 34.

31 Nash Rojas, C. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., p. 33.

32 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, op. cit., pp. 17-19.

33 Ver los comentarios al artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo, y al artículo 25 (protección judicial) a cargo de Ibáñez.

34 Nash Rojas, C., op. cit., p. 33.

niñez”.³⁵ Así, por ejemplo, la Corte IDH ha destacado la importancia de asegurar el goce y ejercicio de los derechos en situaciones de detención.³⁶

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.³⁷

En materia de violencia contra la mujer,³⁸ resulta especialmente relevante lo establecido por la Corte IDH en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, al afirmar que la Convención Belém do Pará obliga a los Estados partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer.³⁹ También establece que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de este tipo.

En particular, la Corte IDH ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.⁴⁰

Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. En estos casos, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará,⁴¹ con el fin de asegurar el efectivo ejercicio y goce de este tipo de derechos.

De manera semejante, la Corte IDH ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado; su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la CADH reconoce a toda persona.⁴² La prevalencia del *interés superior del niño* debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la

35 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 154. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 241.

36 Corte IDH. *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM vs. Brasil*. Resolución de 30 de noviembre de 2005. Considerando 15. Asimismo, ver el apartado 5. “Personas privadas de la libertad” del comentario al artículo 5 (derecho a la integridad personal) a cargo de Nash, y el comentario al artículo 7 (derecho a la libertad personal) a cargo de Casal.

37 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 118. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 107. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 118.

38 Un caso especialmente importante sobre el deber de prevenir es CIDH. Informe n.º 54/01, *Caso Maria da Penha vs. Brasil*, Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

39 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párrs. 252 y 253. Este criterio fue también reiterado en los casos Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 185. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 145.

40 Al respecto, puede verse el análisis de los dos momentos de la obligación general de garantizar los derechos humanos, en específico la obligación de prevención derivada de los contextos de violencia contra la mujer en el Voto Razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

41 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 256.

42 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párrs. 53, 54 y 60. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 164. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 133. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 142. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 66.

adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la CADH cuando el caso se refiera a menores de edad.⁴³

3.2.2. El deber de proteger a las personas frente amenazas de agentes privados o públicos en el goce de sus derechos

El Estado debe adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas, deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza seria de lesionar el derecho. La obligación de protección no se cumple solo con la adopción de medidas genéricas, sino que se requieren medidas particulares referidas a la concreta situación del titular de derechos.⁴⁴

La Corte IDH ha determinado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción; sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección en las relaciones entre particulares se encuentran condicionados al conocimiento de una *situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado, y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.⁴⁵

Aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, el acto u omisión que dio lugar a la violación no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.⁴⁶ Un hecho ilícito violatorio de derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede producir la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por *falta de la debida diligencia para prevenir la violación* en los términos requeridos por la CADH.⁴⁷ En este sentido, destaca el alcance que la Corte IDH le ha dado a este tipo de obligación en el caso de la *familia Barrios vs. Venezuela*.⁴⁸

3.2.3. Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos

En caso de que se produzcan violaciones graves a derechos humanos, estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo con la normatividad nacional.⁴⁹ La Corte IDH ha sido también consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico

43 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párrs. 56, 57 y 60. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014. En el mismo sentido, ver: CIDH. Informe de Fondo n.º 79/11, *Caso James Zapata Valencia y José Heriberto Ramírez Llanos vs. Colombia*, Caso 10.916, 21 de julio de 2011. CIDH. Informe de Fondo n.º 85/09, *Caso Víctor Hugo Maciel vs. Paraguay*, Caso 11.607, 6 de agosto de 2009. CIDH. Informe de Fondo n.º 59/09, *Caso Remigio Domingo Morales y Rafael Sánchez*, Caso 10.626; *Caso Pedro Tau Cac*, Caso 10.627; *Caso José María Ixcaya Pixtay y otros*, Caso 11.198(A); *Caso Catalino Chochoy y otros*, Caso 10.799; *Caso Juan Galicia Hernández y otros*, Caso 10.751; y *Caso Antulio Delgado*, Caso 10.901, vs. Guatemala, 7 de abril de 2001.

44 Un ejemplo de estas medidas de protección sería el deber de los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados. Cfr. Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 35.

45 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 123. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 209.

46 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 123. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 209. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 280. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 261.

47 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 172.

48 Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 124.

49 Cfr. Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 36.

de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, así como de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.⁵⁰

Por otra parte, el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la CADH.⁵¹ Si el aparato del Estado actúa de modo tal que una violación quede impune y no se restablezca a la víctima en plenitud de sus derechos (en cuanto sea posible), puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio de las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la propia Convención.⁵²

Desde su inicio, la Corte IDH reconoció que si bien en ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de las personas, la de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Tal y como lo afirmó en la sentencia sobre el fondo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la investigación:

[...] debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa; debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, ya que si los hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.⁵³

Con posterioridad a dicha sentencia ha señalado que:

[a] la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y *sin dilación*, una *investigación seria, imparcial y efectiva* por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la *verdad* y a la *persecución, captura, enjuiciamiento* y eventual *castigo* de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales.⁵⁴

Asimismo, la Corte IDH ha determinado que en conexión con la obligación de garantía del artículo 1.1. de la CADH, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personal, es decir, en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.⁵⁵ Lo anterior también se aplica a otros tratados del SIDH, como por ejemplo, a la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia,⁵⁶ y a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer.⁵⁷ Así, la Corte IDH ha considerado que el deber de investigar, efectivamente, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que

50 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 174.

51 *Ibidem*.

52 *Idem*.

53 *Ibidem*, párr. 177. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 143.

54 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 143. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 162. (énfasis agregado)

55 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 143.

56 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 344. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 185. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 241. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 145.

57 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 287. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 241. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 145.

sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.⁵⁸

3.2.4. Reparar a las víctimas

En caso de violación a los derechos humanos, el Estado deberá reparar a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte IDH ha establecido que el derecho a la reparación es un principio de derecho internacional, ya que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.⁵⁹ Así, la Corte IDH ha sostenido que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*);⁶⁰ lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.⁶¹

Para articular esta obligación, la Corte IDH ha tomado como base lo dispuesto en el artículo 63.1 de la CADH,⁶² y ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente;⁶³ la disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.⁶⁴

La Corte IDH tiene competencia para ordenar tres distintos tipos de reparaciones, a saber: 1) garantizar el goce de los derechos y libertades previsto en el *corpus iuris* interamericano; 2) reparar las consecuencias de las violaciones cometidas por agentes privados o estatales; y 3) ordenar el pago de una indemnización justa.⁶⁵ Lo anterior ha dado lugar a una gama muy importante de reparaciones, que incluyen la restitución, la compensación (donde también aparecen las costas judiciales), la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición;⁶⁶ lo que con justa razón Augusto Cançado Trindade ha denominado “una jurisprudencia verdaderamente ejemplar en materia de reparaciones” y que tiene “hoy el reconocimiento internacional por su pionerismo y creatividad”.⁶⁷

58 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 293. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 186. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 146.

59 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 25. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 243. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 194.

60 Sobre esta figura, ver García Ramírez, S. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH, San José, 2005.

61 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 26. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 195.

62 Este artículo dispone que: “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Para mayor análisis sobre la aplicación de este precepto se sugiere la lectura del comentario al artículo 63 a cargo de Correa.

63 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 25. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 194.

64 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 62. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 300.

65 Cassel, D. “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bogdandy, A. von et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. UNAM, IJ, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010, [disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM], pp. 216-217.

66 *Ibidem*, p. 217.

67 Cançado Trindade, A. A. “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en Bogdandy, A. von et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. UNAM, IJ, Max-Planck-Institut Für

A pesar de que el concepto de reparación integral (*restitutio in integrum*), que implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, es el eje orientador de las medidas de reparación que dicta la Corte IDH, el mismo Tribunal ha tomado en cuenta situaciones en donde resulta necesario ir más allá de esa simple restitución. En el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, la discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos del asunto requiere que las reparaciones tuvieran una *vocación transformadora* de dicha situación, de tal forma que sus efectos fueran no solo restitutivos sino también correctivos.⁶⁸

3.2.5. Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control

La obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.

La Corte IDH ha determinado que, en un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos.⁶⁹ La Corte IDH ha dispuesto que la impunidad no puede ser erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí, en casos de graves violaciones a derechos humanos.⁷⁰ Ello debido a que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones; sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.⁷¹

En tales términos, la Corte IDH ha determinado que la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines, de tal forma que los Estados partes en la CADH deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Para la Corte IDH, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la CADH, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos de casos de graves violaciones a los derechos humanos.⁷²

Sin detrimento de lo anterior, recientemente, en el caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, la Corte IDH expresó que, conforme a la línea jurisprudencial en casos anteriores (aunque en otros contextos), la importancia de la figura de la extradición y el deber de colaboración entre los Estados en esta materia es que las personas que han sido imputadas de determinados delitos puedan ser llevadas ante la justicia por ser el interés de la comunidad de naciones. Sin embargo, la Corte IDH advirtió que en el marco de procesos de extradición u otras formas de cooperación judicial internacional, los Estados partes de la CADH deben observar las obligaciones de derechos humanos derivadas de dicho instrumento. De tal modo que las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y los

Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010. [disponible en la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM], p. 191.

68 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 450.

69 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 131. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 222.

70 *Idem*.

71 *Idem*.

72 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 132.

requisitos de debido proceso deben observarse en los procedimientos de extradición, al mismo tiempo que aquella figura jurídica no puede ser utilizada como una vía para la impunidad.⁷³

Así, para la Corte IDH existe un mecanismo de garantía colectiva establecido en el Pacto de San José, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, por lo que los Estados partes en la CADH deben colaborar entre sí en ese sentido.⁷⁴

3.3. La relación entre los derechos sustantivos de la CADH y las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido creando su propia ‘teoría de la interpretación’ de los derechos contenidos en la CADH y otros tratados regionales en los que posee competencia.

En los primeros casos contenciosos que decidió —si bien las obligaciones generales se encontraban especificadas— no era del todo claro si dichas obligaciones podían dar lugar de forma autónoma a una violación al artículo 1.1. de la Convención; si las mismas eran consecuencia de otras violaciones declaradas; o, si por el contrario, era necesario articular estas obligaciones con otros u otros derechos sustantivos previstos en el propio Pacto de San José.

Desde los primeros casos llegó a incluirse el análisis del artículo 1.1. haciendo uso del principio *iura novit curia*, como sucedió en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en el que señaló que “toda pretensión de que se ha lesionado alguno de [los] derechos [estipulados en la Convención Americana], implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1. de la [misma] Convención.”⁷⁵ En casos subsiguientes, la Corte IDH llegó a declarar violado de forma autónoma el artículo 1.1.,⁷⁶ y en otros declaró el incumplimiento de las obligaciones en relación con otros derechos.⁷⁷

Conforme avanzó la jurisprudencia interamericana, se llegó a la conclusión de que la obligación general de respetar y garantizar los derechos tenía que *articularse con otros derechos* y que la misma no podía ser objeto de una violación propiamente dicha, sino que esta norma podía llegar a ser incumplida por los Estados al ser violados otros derechos sustantivos de la Convención.

En el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, la Corte IDH dispuso que el Estado hondureño “tenía el deber de respetar dichos derechos y garantizarlos” y determinó que “el Estado [era] responsable por la inobservancia del artículo 1.1. de la Convención, en relación con las violaciones declaradas [previamente en la sentencia]”,⁷⁸ con ello, dando respuesta a los alegatos tanto de la CIDH como de los representantes que solicitaban que se declarara violado el artículo 1.1. del Pacto de San José.

Por tanto, se pudo concluir que las obligaciones de respeto y garantía deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente, dado que esas no son obligaciones autónomas; sino que se aplican, respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrados en la CADH, a casos concretos y respecto de titulares de derechos específicos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos a la luz de las obligaciones particulares.⁷⁹

73 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 119.

74 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

75 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 162. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 305.

76 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. F. 1991. En esta sentencia, la mención se deriva del reconocimiento de responsabilidad efectuado por Surinam. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

77 En algunos casos, la Corte IDH dedicó una sección en sus sentencias de fondo para explicar la naturaleza de las obligaciones generales derivadas del artículo 1.1. de la CADH. Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párrs. 138 y 139. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párrs. 107 y ss. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001, párrs. 81 y ss.

78 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 145.

79 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 38.

4. La cláusula de no discriminación

4.1. La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH

El artículo 1.1. de la CADH no solo establece las obligaciones generales de respeto y garantía, sino también una cláusula que prevé que las personas deben gozar y ejercer “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” los derechos consagrados en dicho tratado.

La cláusula de no discriminación prevista en este precepto permaneció ‘dormida’ por varios años, ya que en el SIDH la concepción del derecho a la igualdad solo había sido considerada tradicionalmente desde el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la CADH.⁸⁰ Algunos autores estiman que esta situación se derivó esencialmente de la falta de distinción entre las funciones que deberían jugar ambos preceptos (arts. 1.1. y 24).⁸¹ Sin embargo, esto no siempre ha sido así.

En su más temprana jurisprudencia, la Corte IDH trató de establecer diferencias entre lo dispuesto en ambos artículos. Así, por ejemplo, en la opinión consultiva sobre la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, la Corte IDH afirmó que:

El artículo 1.1. de la Convención, [...] es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.⁸²

Mientras que respecto al artículo 24 de la Convención Americana, la propia Corte IDH sostuvo:

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte IDH tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1. respecto de los derechos y garantías estipulados por la CADH, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.⁸³

Con posterioridad a este intento de distinción –y en especial en la jurisprudencia emanada de la Corte IDH a partir de casos contenciosos–, se obvió la distinción entre ambas cláusulas de igualdad; lo que en ocasiones propició que la Corte IDH las considerara como parte de un mismo esquema dentro del derecho a la igualdad.⁸⁴

80 Para un análisis detallado de la naturaleza y alcance del artículo 24 se sugiere la lectura del comentario a ese artículo a cargo de Uprimny y Sánchez.

81 Para clarificar las intenciones de la Corte IDH, en su más reciente jurisprudencia, resulta de especial relevancia el trabajo de Parra Vera, Ó. y González le Saux, Marianne. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, n.º 47, 2008, pp. 127-164.

82 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 53.

83 *Ibidem*, párr. 54.

84 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Algunos autores critican la falta de desarrollo de estas cláusulas en casos relativos a pueblos indígenas,⁸⁵ al estimarse que en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación debía contemplarse la situación particular de las comunidades indígenas y otorgarles un trato diferenciado acorde a ella;⁸⁶ sin embargo, la Corte IDH en estos casos no declaró violadas ninguna de las cláusulas de igualdad que estamos analizando.⁸⁷ En otros casos, la misma Corte IDH ha limitado su competencia para conocer y aplicar este tipo de cláusulas,⁸⁸ lo que provocó que la jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad no se haya desarrollado significativamente en los primeros años en la jurisprudencia de la Corte IDH.⁸⁹

4.2. El ‘despertar’ de la cláusula de no discriminación

A partir del caso *Apitiz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, la Corte IDH inició una nueva etapa en su jurisprudencia.

En efecto, se empezó a distinguir y dejar en claro la función de las cláusulas de igualdad consagradas en los artículos 1.1. y 24 del Pacto de San José. En esta sentencia, la Corte IDH consideró que:

La diferencia entre [ambos] [...] artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1. se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1. y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24.⁹⁰

Para llegar a esta conclusión, la misma Corte IDH retomó lo que había establecido con anterioridad en la ya mencionada opinión consultiva sobre la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*.⁹¹ A partir de esta concepción, la Corte IDH delimitó en forma expresa en qué casos procede la violación del artículo 24, y en qué casos corresponde analizar un hecho discriminatorio bajo el artículo 1.1.⁹²

Esta concepción da como resultado que se conciba la cláusula del artículo 1.1. como una *cláusula subordinada*, que detalla en principio una lista de categorías sospechosas por las cuales estaría prohibido efectuar distinciones; lo que implica también que el artículo 1.1. ofrece una sola concepción de

85 Parra Vera, Ó. y González le Saux, M., *op. cit.*, pp.151 y ss.

86 *Ibidem*, p. 152.

87 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

88 En el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, la Corte IDH señaló: “[...] los alegatos de la Comisión Interamericana y de los representantes de la presunta víctima en relación con el artículo 24 de la Convención Americana tienen que ver con la falta de aplicación de la figura del *in dubio pro reo* al caso de la señora De La Cruz Flores, cuando esta sí se aplicó en el caso de otros cuatro médicos que se encontraban en circunstancias similares a las suyas. En este sentido, la Corte considera que no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento, y que, por lo tanto, no ha sido suficientemente acreditada la existencia de una violación del artículo 24 de la Convención”. Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 115.

89 Dulitzky, A. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*. n.º 3, 2007, pp. 15-32.

90 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 209. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 333. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 214.

91 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párrs. 53 y 54.

92 Parra Vera, Ó. y González le Saux, M., *op. cit.*, p.157.

igualdad, como una obligación que prohíbe discriminar en relación con otros derechos consagrados en la CADH.⁹³

Si bien el referido caso *Apitz Barbera* no dio lugar a que se aplicara la cláusula subordinada de igualdad del artículo 1.1. de la CADH, abrió la puerta para que en otros casos sí sucediera. Así, por ejemplo, en el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*⁹⁴ –asunto especialmente grave por los feminicidios ocurridos en Ciudad Juárez–,⁹⁵ la Corte IDH encontró la existencia de una ‘cultura de discriminación’ que tuvo influencia directa en los homicidios de mujeres y propició las violaciones en el caso mencionado.

Para la Corte IDH, dicha ‘cultura de discriminación’ por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reprodujo la violencia que se pretendía atacar, sin perjuicio de que constituyera en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La Corte IDH determinó que la impunidad de los delitos cometidos enviaba el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia.

Para la Corte IDH, la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente persistentes puede llegar a reflejarse implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, en particular en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades. Así, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. A partir de esta situación, la Corte IDH consideró que en el caso *Campo Algodonero* la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declaró que el Estado mexicano violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1. de la CADH, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en sus artículos 4.1., 5.1., 5.2. y 7.1., en perjuicio de las víctimas, así como en relación con el acceso a la justicia consagrado en sus artículos 8.1. y 25.1., en perjuicio de los familiares.⁹⁶

En el caso *Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010, en el análisis de las violaciones a la CADH, la Corte IDH pudo establecer la existencia de:

[...] una situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad [originada, entre otros factores, por] la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos protegiera los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorgaba mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas [lo que para la Corte IDH originó] un desconoci[miento] a su identidad cultural [y una amenaza a] su subsistencia física.⁹⁷

La situación de la Comunidad Xákmok Kásek, para la Corte IDH, constituyó “una discriminación *de facto* en contra de los miembros de la Comunidad [...], marginalizados en el goce de los derechos [de la Convención Americana]. [...] [Asimismo] el Estado no ha[bía] adoptado las medidas positivas

93 *Ibidem*, p. 163. En opinión de los autores, esto implica a su vez, que dentro de esta concepción, los casos de afectación al derecho a la igualdad por discriminación o por trato arbitrario deban ser analizados bajo la óptica del artículo 24 de la CADH.

94 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

95 *Ibidem*, párr. 143. En este párrafo, la sentencia se refiere a que *feminicidio* es el “homicidio de mujer por razones de género”. Resulta relevante tener en consideración que el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará señala que “[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

96 Ver Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párrs. 339-402. Para un análisis más detallado de los hechos lamentables que dieron origen a esta sentencia, consultar la obra Ferrer Mac Gregor, E. y Silva García, F. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

97 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 273.

necesarias para revertir tal exclusión”.⁹⁸ La situación particular de este caso permitió que la Corte IDH dedujera la existencia de un tipo de *discriminación estructural*, la cual no había sido atendido por el Estado por ningún medio, a partir de los hechos probados que dieron lugar a sustentar diversas violaciones a la CADH.

Así, de conformidad con las violaciones de los derechos del Pacto de San José declaradas, la Corte IDH consideró que el Estado no había adoptado medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con el artículo 1.1. de la CADH, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1., 8.1., 25.1., 4.1., 3 y 19 del mismo instrumento.⁹⁹ Por lo tanto, la Corte IDH determinó que en dicho caso el Estado paraguay incumplió con el deber de no discriminar, contenido en el artículo 1.1. de la CADH, en relación con los derechos de propiedad, debido proceso, garantías judiciales, vida, personalidad jurídica y derechos del niño.¹⁰⁰ En este sentido, la Corte IDH dio un paso más allá en su jurisprudencia al declarar que ciertas circunstancias que conllevan la violación a derechos de la CADH pueden hacer que se deduzca el incumplimiento de la cláusula de igualdad del artículo 1.1., debido a que estas circunstancias se desprenden de una discriminación *de facto* estructural. En todo caso, esta nueva concepción del derecho a la igualdad tendrá que ir siendo desarrollada por la Corte IDH con el fin de clarificar la interacción entre los distintos derechos de este tratado internacional.

En el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte IDH determinó que la cláusula subordinada de no discriminación del artículo 1.1. de la CADH protegía los casos de discriminación por razones de preferencias sexuales, y aclaró que “el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”.¹⁰¹ Igualmente, la Corte IDH determinó que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1. y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”.¹⁰²

La Corte IDH también determinó que al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la CADH, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano,¹⁰³ y aclaró que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1. de la misma CADH, “no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”, ya que “la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”.¹⁰⁴

En dicha oportunidad, la Corte IDH concluyó que un derecho que les está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual, ya que se violaría el artículo 1.1. de la CADH.¹⁰⁵

En conclusión, la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 1.1. debe coordinarse con la diversa prevista en el artículo 24, preceptos que “constituyen el fundamento de la plena y total recepción del principio de no discriminación en la Convención Americana, principio que se aplica al reconocimiento y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto de San José”.¹⁰⁶ Asimismo,

98 *Ibidem*, párr. 274.

99 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 275.

100 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010. Resolutivo 9.

101 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 82.

102 *Idem*.

103 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 84.

104 *Ibidem*, párr. 85.

105 *Ibidem*, párr. 93.

106 Gros Espiell, H., *op. cit.*, pp. 69-70.

no debe perderse de vista la expresión amplísima que utiliza la CADH, al referirse en los términos “sin discriminación alguna”, que denota el espíritu que debe estar presente en todos los casos concretos de “respeto” y “garantía”; lo que también implica un principio de igualdad, toda vez que el Pacto prohíbe la personalidad jurídica condicionada, que consistía en la protección del Estado a algunas personas que cumplieran con determinados condiciones, como sucedió en la sombra del Holocausto en la Segunda Guerra Mundial.¹⁰⁷

5. El ámbito de protección jurisdiccional del SIDH

El artículo 1.1. de la CADH establece el compromiso de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades “a toda persona sujeta a su jurisdicción”. En este sentido, cabe discernir qué alcance se le ha dado a la jurisdicción estatal con el fin de fijar los criterios esenciales de competencia *ratione loci* en el que presuntamente se haya cometido la violación a un derecho consagrado en el Pacto de San José.

El concepto de jurisdicción en el derecho internacional público ha sido relacionado con el *control efectivo* que un Estado o gobierno o autoridad puede tener en un territorio determinado,¹⁰⁸ de tal manera que la jurisdicción de un Estado corresponde, en principio, a la potestad y soberanía que tiene en su mismo territorio (ámbito espacial de validez). Sin embargo, en el derecho internacional se han llegado a presentar situaciones en las que un poder estatal puede llegar a tener control efectivo en un territorio extranjero.

En los casos que se han sometido a la jurisdicción de la Corte IDH nunca se ha suscitado controversia en materia de jurisdicción territorial, ya que en la totalidad de los asuntos los hechos denunciados ocurrieron en los territorios de los Estados demandados. Sin embargo, cabría preguntarse si un hecho ocurrido fuera de las fronteras de una nación determinada podría dar lugar a responsabilidad estatal.

El Comité DHONU ha determinado, en relación con el ámbito de aplicación del PIDCP, lo siguiente:

[...] un Estado parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado parte [...] el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, *que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado parte*. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla.¹⁰⁹

El SEDH ha examinado casos en donde los Estados han sido declarados responsables internacionalmente por violaciones a derechos humanos cometidas fuera de su territorio al ejercer jurisdicción

107 Cfr. Gomes, L. F., Mazzuoli, V. de O., *op. cit.*, pp. 30 y 36.

108 Cfr. Tinoco Arbitration. *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator*, Washington, D.C., Oct 18, 1923, 18 AJIL 147 (1924), 1 U.N.R.I.A.A. 369 (1923). Cassese, A. *International Law*. 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2005, pp. 73 y ss. Sobre el desarrollo del criterio de control efectivo ver ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

109 Comité DHONU. Observación General n.º 31, *op. cit.* (énfasis agregado)

extraterritorial.¹¹⁰ En el SIDH existe una serie de casos, en los cuales la CIDH determinó que “en ciertas circunstancias [la Comisión] tiene competencia para conocer de las comunicaciones en que se denuncia la violación de derechos humanos protegidos en el sistema interamericano por agentes de un Estado miembro de la organización *aún cuando los hechos que constituyen esta violación hayan ocurrido fuera del territorio de dicho Estado*”.¹¹¹

Este criterio fue retomado en otros casos,¹¹² sin que ello implique una interpretación constante, o que la CIDH haya aceptado por analogía examinar algún caso en el contexto de un conflicto armado internacional fuera del territorio del Estado en cuestión.¹¹³ Por nuestra parte creemos que la posibilidad está latente. En efecto, como lo señala Gros Espiell:

[...] la existencia de esta obligación expresa no significa el deber de no desarrollar, ejercer o tolerar ninguna acción contra los derechos humanos de personas que, por estar situadas fuera de su territorio, no estarían *strictu sensu* sometidas a su jurisdicción [...] otro deber, complementario del que expresamente resulta del artículo 1.1. de la Convención, es la consecuencia de los principios generales de derecho, del principio de no intervención (art. 18 de la Carta de la OEA) y de la filosofía misma del Sistema Interamericano. Así, esta eventual violación de derechos humanos fuera del territorio del Estado Parte, como consecuencia de acciones u omisiones que le fueron imputables, podría generar su responsabilidad internacional.¹¹⁴

6. Los seres humanos como sujetos de protección del SIDH: la concepción y el eventual desarrollo del concepto de ‘persona’ en el artículo 1.2. de la CADH

El artículo 1.2. del Pacto de San José establece que “[p]ara los efectos de [l]a Convención, persona es todo ser humano.” La misma CADH utiliza la palabra ‘persona’ en múltiples ocasiones a lo largo de su texto con el fin de establecer al sujeto titular de derechos o libertades.¹¹⁵

La redacción que ofrece la CADH en este aspecto no es casual, la misma fue motivada en contraposición a lo dispuesto por el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dicho precepto del sistema europeo y su desarrollo jurisprudencial, han permitido que, dependiendo de la violación alegada, puedan acceder a reclamar sus derechos personas de forma individual, grupos de personas, organizaciones no gubernamentales, empresas (aun si ya han sido disueltas), accionistas, sindicatos, partidos políticos y organizaciones

110 Entre los casos más emblemáticos se encuentran: TEDH. *Cyprus vs. Turkey* (App. 25781/94), Judgment of 10 May 2001, (2001) 35 EHRR 731. TEDH. *Ilascu and Others vs. Moldova and Russia* (App. 48787/99), Judgment of 8 July 2004; (2005) 40 EHRR 1030.

111 CIDH. Informe n.º 86/99, *Caso Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales vs. Cuba*. Caso 11.589, 29 de septiembre de 1999, párr. 23. (énfasis agregado). Sobre la aplicación extraterritorial por parte de la CIDH de la CADH en casos de comunicación interestatales, ver la sección ‘2.2. Casos’ de los comentarios a los artículos 44 a 47 a cargo de Tojo.

112 CIDH. Informe n.º 51/96, *Caso Comité Haitiano de Derechos Humanos, et al. vs. Estados Unidos*, Caso n.º 10.675, 13 de marzo de 1997.

113 Rodríguez Pinzón, D. “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el sistema interamericano de derechos humanos”, American University Washington College of Law, Washington. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdiccionCompetencia.htm> [fecha de último acceso 27 de febrero de 2017].

114 Gros Espiell, H., *op. cit.*, pp. 69-70.

115 Por su parte, la CIDH se ha pronunciado sobre el artículo 1.2. de la CADH en los siguientes informes: CIDH. Informe n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón S.A. vs. Paraguay*, 18 de octubre de 1997, párrs. 25 y 35. CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal S.A., vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999, párrs. 2 y 17. En el mismo sentido, CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima, vs. Perú*, 22 de febrero de 1991, párrs. 1 y 3. CIDH. Informe n.º 106/99, *Caso Bendeck -Cohdinsa, vs. Honduras*, 27 de septiembre de 1999, párr. 20. CIDH. Informe n.º 103199, *Caso Bernard Merens y familia vs. Argentina*, 27 de septiembre de 1999, párr. 3.

religiosas.¹¹⁶ En cambio, la intención original en el SIDH fue limitar la posibilidad de que personas jurídicas (morales) pudieran erigirse como peticionarios, para restringirlo a las personas físicas, sean nacionales o extranjeras. El espíritu fue “reconocer y garantizar *derechos del individuo*, del ser humano, del hombre de ‘carne y hueso’ y no de personas jurídicas, de sociedades, de entidades económicas, financieras, sociales o culturales [...] [lo que constituye] el sentido, el objeto y el fin del Convenio”.¹¹⁷

Sin embargo, esta postura –justificada en su momento– ha ido sufriendo cambios gradualmente, que la han ido flexibilizando al grado de hacer evidente la aceptación de accionistas de empresas y pueblos o comunidades indígenas como sujetos de derecho ante los órganos del Sistema Interamericano a través de un dinamismo interpretativo de la CADH.

6.1. Los derechos de los accionistas de empresas

Como se explicó, el Pacto de San José refiere solo como titular de derechos a las personas identificándolas con la concepción de ser humano, de donde deriva que, en principio, se excluya titularidad de derechos a personas jurídicas (morales); a través de la interpretación evolutiva del instrumento, la Corte IDH ha ido matizando esta postura, al aceptar legitimación a personas individuales en calidad de accionistas de una empresa cuando reclamen sus derechos de propiedad.

En torno al derecho de propiedad y la posibilidad de que accionistas puedan hacer justiciable este derecho en el SIDH, en el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*,¹¹⁸ la Corte IDH sintetizó la jurisprudencia constante en la materia, estableciendo que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la CADH (como sí lo hace el Protocolo n.º 1 del referido Convenio Europeo), eso no restringe la posibilidad de que, bajo determinados supuestos, un individuo pueda acudir al sistema para hacer valer sus derechos, aun y cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.¹¹⁹

De esta forma, la Corte IDH ha analizado la posible violación de derechos de propiedad de determinadas personas en su calidad de accionistas.¹²⁰ En esos casos ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa, de los derechos de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros.¹²¹ Este criterio de la Corte IDH es conforme con lo señalado por otros organismos internacionales de protección a los derechos humanos. El Comité DHONU ha señalado que:

Los beneficiarios de los derechos reconocidos por el Pacto son personas físicas. Aunque, con excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos por el Pacto, como la libertad de manifestar su religión o sus creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden disfrutarse en comunidad con otros. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones está limitada a las que presentan personas físicas o se presentan en su nombre (art. 1 del [primer] Protocolo Facultativo) no impide que esos individuos pretendan que acciones u omisiones

116 Leach, Ph. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 2ª ed. Oxford University Press, New York, 2005. Incluso el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 del Convenio Europeo referido, de 1952, vs. el derecho de propiedad, expresamente se refiere a “persona física o moral”.

117 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 72. (énfasis agregado)

118 Ver Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 399 y 400.

119 *Ibidem*, párr. 399.

120 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párrs. 123, 125, 138 y 156. Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 337.

121 *Ibidem*, párr. 127. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 26. Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 146. ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, párr. 47.

que conciernen a las personas jurídicas y entidades similares equivalen a una violación de sus propios derechos.¹²²

6.2. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas

En el SIDH, tal y como lo ha señalado Sergio García Ramírez, no nos encontramos ante litigios ocasionales, aislados, circunscritos a un solo espacio, como tampoco ante controversias ordinarias que deban ser analizadas y resueltas a partir de fórmulas abstractas, uniformes, desatentas de la historia y al orden jurídico de las víctimas.¹²³ En este sentido, la Corte IDH, progresivamente, ha ido interpretando el contenido del artículo 1.2. de la CADH con el fin de dar respuestas a las realidades imperantes en el continente americano, en especial en lo relativo a la situación de los indígenas.

El caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* del año 2001 fue la primera ocasión en que la Corte IDH expresó su visión sobre los derechos de los pueblos indígenas, estableciendo criterios jurisprudenciales para la comprensión del fenómeno.¹²⁴ Así, a los pueblos y comunidades indígenas se les reconoce como sociedades diferenciadas de las dinámicas socioculturales de la sociedad occidental poseedoras de derechos políticos, sociales y culturales específicos colectivos.¹²⁵

A través de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta incluso lo dispuesto en los trabajos preparatorios de la CADH, la Corte IDH, en el referido caso, consideró que el artículo 21 del Pacto de San José no solo protegía la propiedad individual, sino el derecho a la propiedad en un sentido que comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.¹²⁶ Esto debido a que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el *grupo y su comunidad*.¹²⁷

Para la Corte IDH, los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que tienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.¹²⁸ La Corte IDH consideró que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹²⁹

Sergio García Ramírez establece que la pretensión de que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas.¹³⁰ Igualmente, para el expresidente de la Corte IDH, *existe una íntima e insoluble*

122 Comité DHONU. Observación General n.º 31, *op. cit.*, párr. 9.

123 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 15.

124 Castrillón Orrego, J. D. *Globalización y derecho indígenas: el caso de Colombia*. IJ-UNAM, México, 2006. Asimismo, ver Landa, C. y Ferrer Mac-Gregor, E., “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sepúlveda, R. y García Ricci, D. *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (en prensa)

125 *Idem*.

126 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 148.

127 *Ibidem*, párr. 149. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 111.

128 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 149. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 111.

129 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 149. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 111. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 130.

130 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

vinculación entre los derechos tanto individuales como colectivos, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas.¹³¹ Esta concepción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, implica también una interpretación de lo dispuesto inicialmente en el artículo 1.2. de la CADH, en concordancia con las obligaciones de “respeto” y “garantía” del artículo 1.1. del mismo Pacto; y también en relación con la ya comentada “cláusula de igualdad” consagrada en el mismo precepto.

El criterio, posteriormente, ha sido consolidado y explicado a través de la jurisprudencia interamericana de forma reiterada en otros casos.¹³² Así, la Corte IDH ha determinado que la protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la CADH, leído en conjunto con los artículos 1.1. y 2 de dicho instrumento, les asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.¹³³

Para algunos autores, el camino que ha seguido la Corte IDH en esta temática tiene una fundamentación esencialmente utilitarista, ya que la Corte IDH no se ha pronunciado sobre la compatibilidad de una *concepción colectiva de los derechos* con la propia CADH; empero, sí lo hace sobre los efectos que tendría su no reconocimiento sobre ciertos aspectos de la propiedad desde sus atributos (uso y disposición) y no desde su naturaleza (derecho individual vs. derecho colectivo).¹³⁴

7. El control de convencionalidad como un elemento indispensable para el respeto y garantía de los derechos

7.1. El origen del concepto y de la doctrina del control de convencionalidad

En un principio, el término ‘control de convencionalidad’ fue utilizado de forma aislada en varios de los votos del anterior juez Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba “al analizar la complejidad del asunto, [...] verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención [...] deb[iendo] explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso”. En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente.

Bajo esta concepción, en realidad no había nada nuevo bajo el sol, al realizar la Corte IDH un control ‘concentrado’ de convencionalidad.¹³⁵ Si bien fue un paso importante al incorporar el *nomen iuris* de este control, lo novedoso vendría después, para pasar al control ‘difuso’ de convencionalidad, desplazando esta función a todos los jueces nacionales, de tal forma que se configurara un control ju-

131 *Ibidem*, párr. 14.

132 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

133 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 95. Dicha concepción es especialmente relevante en la sentencia Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

134 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 197.

135 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30. Asimismo, ver los votos del juez García Ramírez en Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 27. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 3. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 6 y 12.

dicial interno de convencionalidad.¹³⁶ En corto tiempo, esta doctrina del “control de convencionalidad” permearía del ámbito internacional al ámbito nacional.

El *leading case* es el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.¹³⁷ La sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía donde se resolvió sobre la invalidez del decreto-ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad. En efecto, el ordenamiento chileno dejaba impunes los crímenes cometidos durante los años de 1973 a 1979 en la dictadura militar de Augusto Pinochet, la Corte IDH determinó que el decreto resultaba incompatible con la CADH y carecía de efectos jurídicos a la luz de dicho tratado:

La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, *el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1. de la misma* y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, *según el artículo 1.1. de la Convención Americana*.¹³⁸

[...]

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

[...] Esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.¹³⁹

Posteriormente, la Corte IDH aclaró su doctrina para establecer que este tipo de control debe ejercerse *ex officio* sin necesidad de que las partes lo soliciten, y dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes de cada autoridad, considerando otros presupuestos formales

136 Ernesto Rey Cantor advierte sobre una primera y segunda etapa de este rol de control de convencionalidad en la jurisprudencial de la Corte IDH, antes del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Ver Rey Cantor, E. “Controles de convencionalidad de leyes”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*. T. X: Derechos humanos y tribunales internacionales, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, México, 2008, pp. 393-418.

137 García Ramírez, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, E. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

138 Cfr. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. EP. 2005, párr. 172. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 140.

139 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párrs. 123-125. (énfasis agregado)

y materiales de admisibilidad y procedencia.¹⁴⁰ Esta doctrina fue confirmada en los años siguientes y desarrollada a manera de un “vals a tres tiempos” como lo expresa Bourgoe-Larsen.¹⁴¹

A partir de 2010, se sustituye las expresiones relativas al “Poder Judicial” para hacer referencia a que “todos los órganos” de los Estados que han ratificado la CADH, “incluidos sus jueces”,¹⁴² deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles [están] obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad”.¹⁴³ De ahí que no queda la menor duda de que también los tribunales y salas constitucionales se encuentran obligados a ejercer dicho control, lo que constituye un reto para que apliquen cotidianamente el *corpus iuris interamericano* y superen la tradicional concepción de la supremacía constitucional.¹⁴⁴

Esta consideración de ejercer este tipo de control por todos los órganos de los Estados se extiende no solo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, sino también a las autoridades administrativas, por supuesto, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. Lo anterior ha quedado claro en el caso *Gelman vs. Uruguay*, asunto donde se abordó el complejo tema de los límites a las reglas de mayorías en instancias democráticas, estableciendo la Corte IDH que también “debe primar control de convencionalidad al constituir una función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.¹⁴⁵ De ahí que este tipo de control sea considerado como de carácter ‘difuso’,¹⁴⁶ existiendo diversos grados de intensidad y realización dependiendo de las competencias de cada autoridad.¹⁴⁷

La primera ocasión en la que la Corte IDH definió el concepto de control de convencionalidad, fue precisamente en la *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay*, y se refirió a este como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”.¹⁴⁸ Además, en esta resolución, la Corte precisó

140 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 128.

141 Según la profesora de la Universidad de La Sorbonne de París experta en el SIDH, la doctrina del control de convencionalidad se ha venido desarrollando en tres momentos: “[e]l primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006 en la sentencia *Almonacid Arellano*; el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso de 2007*. El tercer tiempo consistió ni más ni menos en “teorizarla” en el marco del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010”. Bourgoe-Larsen, L. “La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012, pp. 38-43.

142 La intencionalidad de la Corte IDH en el marco de este desarrollo jurisprudencial es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Así, el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la CADH, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA. Esto nos lleva a que este “control de convencionalidad” a nivel internacional, se configura a nivel nacional como un “control difuso de la convencionalidad”. Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 19-21.

143 *Ibidem*, párr. 18. (énfasis agregado)

144 Nogueira Alcalá, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, *op. cit.*, pp. 331-389.

145 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 239.

146 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

147 Sobre los diversos grados de intensidad del control de convencionalidad, ver Ferrer Mac-Gregor, E. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. UNAM-III, México, 2011.

148 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013, párr. 65.

que el control de convencionalidad tiene dos facetas: una que consiste en una obligación que debe cumplirse a partir de una cosa juzgada internacional (*res judicata*) y otra como una norma convencional interpretada (*res interpretata*). La primera de ellas se manifiesta cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte IDH. En este supuesto consecuentemente todos los órganos estatales, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de la Corte IDH, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la CADH y, en consecuencia, las decisiones de la Corte IDH, no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin del Tratado. Asimismo, las sentencias de la Corte IDH no deben verse afectadas por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento total o parcial. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional (*res judicata*), en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y a aplicar la sentencia dictada.¹⁴⁹

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad –en casos en que el Estado no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia–, se establece que *por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana*, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la CADH, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa interpretada internacional (*res interpretata*).¹⁵⁰

Recientemente, el control de convencionalidad, como mecanismo de respeto y garantía, amplió el margen de aplicación no solo sobre los casos contenciosos de la Corte IDH, sino ahora también sobre las opiniones consultivas. De esta forma, en la opinión consultiva sobre los *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte IDH estimó necesario que, al realizar el control de convencionalidad, los diversos órganos del Estado también tomen en cuenta lo señalado por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del SIDH de asegurar “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.¹⁵¹

7.2. La relación entre el control de convencionalidad y la obligación de respetar y garantizar los derechos

La obligación general de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de un Estado parte sin discriminación alguna, en los términos del artículo 1.1., implica que los poderes del Estado, en su conjunto, deben cumplir con lo establecido en este tratado internacional. El control de convencionalidad constituye, en este sentido, un medio por el cual los poderes públicos de un Estado pueden dar cumplimiento a lo estipulado por la CADH y la correspondiente interpretación que realiza la Corte IDH, intérprete último y definitivo del Pacto de San José.

De esta manera, los jueces de los Estados partes de la CADH (y en general todas las autoridades) se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH. En esta labor, el “control difuso de convencionalidad” es una herramienta útil para

149 *Ibidem*, párr. 68.

150 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013, párr. 68.

151 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 31.

realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al Pacto de San José y del *corpus juris* interamericano; incluso a *no aplicar* aquellas que contravengan de manera absoluta la CADH, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.¹⁵²

Lo anterior implica que los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José y la interpretación de los mismos que realice la Corte IDH deben irradiar su protección no solo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos sino también a nivel nacional. De ahí que se hable de un ‘pluralismo constitucional’,¹⁵³ que lleva necesariamente al diálogo jurisprudencial.¹⁵⁴

8. Las obligaciones de respeto y garantía en los sistemas de protección de derechos humanos: similitudes y diferencias

8.1. El Sistema Universal *vis-à-vis* el SIDH

En lo que respecta al Sistema Universal, en la Observación General n.º 3, sobre la *Aplicación del Pacto a Nivel Nacional*, el Comité DHONU consideró que en general –y dentro del marco que en él se fija–, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoció que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité consideró necesario señalar a la atención de los Estados partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados se han comprometido también a garantizar que todas las personas sometidas a su jurisdicción gocen de esos derechos. Este aspecto exige que los Estados partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.¹⁵⁵

El primer intento de clarificar las implicaciones del artículo 2 del PIDCP dio como resultado una posición muy ambigua. Así en el año 2004, el Comité DHONU emitió su Observación General n.º 31 –que sustituyó a la Observación General n.º 3, sobre *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, en donde explicó con mayor profundidad dichas obligaciones. En esa Observación General, indicó que el párrafo 1 del artículo 2, relativo al respeto y a la garantía de los derechos reconocidos por el Pacto, *produce un efecto inmediato en todos los Estados partes*.¹⁵⁶ Además, determinó que la obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo, pues los Estados partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debía ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto.¹⁵⁷

Adicionalmente, de acuerdo con el Comité DHONU, el artículo 2 impone a los Estados partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole

152 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 61.

153 Bustos Gisbert, R. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. n.º 52, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de DPC, México, 2012.

154 *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte IDH y la Fundación Konrad Adenauer, desde el segundo semestre de 2006. En el continente europeo existe una complejidad mayor debido a la interacción entre los tribunales constitucionales nacionales, el TEDH y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

155 Comité DHONU. Observación General n.º 3, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional*, 13º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 140 (1981).

156 Comité DHONU. Observación General n.º 31, *op. cit.*, párr. 5.

157 *Ibidem*, párr. 6.

adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas.¹⁵⁸ Asimismo, las obligaciones positivas de los Estados partes de velar por los derechos del Pacto solo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no solo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Asimismo, se determinó que pueden existir circunstancias en las que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produzca violaciones de esos derechos como resultado de que los Estados partes, permitan o no, que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas.¹⁵⁹

Por su parte, la CADH siguió una redacción en parte similar a la del artículo 2 del PIDCP que contempla que “cada uno de los Estados partes en el [...] Pacto se compromete[n] a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos [...]”. Al respecto, entre el Comité DHONU y la Corte IDH debe establecerse, como punto en común, que la obligación de garantizar es mucho más amplia que las obligaciones específicas consagradas en otros instrumentos internacionales, pues engloban obligaciones de protección, investigación, sanción, reparación, cooperación y, en general, la adecuación de todo el aparato gubernamental para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En este sentido, puede afirmarse que “la tipología utilizada por estos dos órganos es más simple en cuanto a su clasificación pero mucho más compleja en cuanto a su contenido, pues sus criterios y jurisprudencia, respectivamente, les ha permitido precisar y ampliar la limitada redacción del artículo 1.1. de la CADH y el artículo 2 del PIDCP”.¹⁶⁰

En cuanto a la cláusula de no discriminación, el PIDCP utiliza una nomenclatura similar a la del artículo 1.1. de la CADH, sin embargo, en lugar de mencionar que dichos derechos deben ser garantizados “sin discriminación”, menciona que dichos derechos deben ser garantizados “sin distinción”. Al respecto, el Comité DHONU en su Observación General n.º 18, ha desarrollado dicha expresión y ha considerado que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituyen un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del PIDCP establece la obligación de cada Estado parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto.¹⁶¹

8.2. El Sistema Europeo *vis-à-vis* el SIDH

En el caso del SEDH, el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos expresa que “[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos por el título 1 del presente Convenio”. Tal como se observa, el Convenio no contempla una fórmula general para expresar de manera clara las obligaciones de respeto y garantía. De esta forma, en el Convenio se utiliza en el artículo 1º la expresión “los Estados reconocen” mientras que la CADH menciona que los Estados “se comprometen a respetar los derechos y libertades fundamentales reconocidas en [la Convención Americana] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. La redacción de los dos instrumentos coincide en la obligación de abstención resultante de las expresiones reconocer en el caso de la europea y se comprometen a respetar en

158 *Ibidem*, párr. 7.

159 *Ibidem*, párr. 8.

160 Serrano, S. “Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos” en Ferrer Mac-Gregor, E., Caballero Ochoa, J. L. y Steiner, Ch. (coords.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. Suprema Corte de Justicia de la Nación México-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, pp. 102-103.

161 Comité DHONU. Observación General n.º 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *No discriminación*, 37º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 1.

la americana. En cambio, difieren en la obligación de garantizar pues la Convención Americana hace referencia expresa a esta obligación, que inclusive se especifica en el artículo 2 del Pacto de San José.¹⁶²

Así, el artículo 1 del CEDH se centra en la premisa de protección de los derechos humanos referidas a respetar los derechos y libertades de las personas, en un sentido de abstención. No obstante, existen referentes interpretativos del TEDH que han asumido y desarrollado la obligación de garantía.¹⁶³ En el caso *Wenhoff vs. Alemania*, el TEDH señaló que por ser un tratado normativo, se debe “[...] buscar cual es la interpretación más propia para alcanzar el fin y realizar [su] objeto [...] y no en el que daría el alcance más limitado a los compromisos de las partes”.¹⁶⁴ Bajo esta comprensión en el caso *Airey vs. Irlanda*, el mismo Tribunal determinó que:

No puede decirse que haya existido una “injerencia” por parte de Irlanda en la vida privada o familiar[...] la esencia de la reclamación no está en el acto del Estado, sino en una omisión de este. De cualquier modo, a pesar de que el objeto fundamental del artículo 8 en la protección del individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, *no queda reducido a ese deber de abstención [...] junto con ese fundamental aspecto negativo puede haber deberes positivos* inherentes a una protección efectiva de la vida privada y familiar. El incumplimiento de un deber impuesto por el Convenio *en ocasiones implica acciones positivas por parte del Estado*; en estos casos, el Estado no puede permanecer pasivo y no hay lugar a distinguir entre actos u omisiones.¹⁶⁵

En el caso *Ártico vs. Italia*, se pronunció en similar sentido pues consideró que :

Ciertamente, no cabe imputar a un Estado la responsabilidad de todo incumplimiento realizado por abogado de oficio, pero en las circunstancias del supuesto incumbía a las autoridades italianas competentes actuar de manera *tendente a garantizar* al demandado el ejercicio efectivo del derecho que ellas habían reconocido.¹⁶⁶

Sobre la cláusula de no discriminación, el Convenio Europeo en su artículo 14 –que hace referencia a la prohibición de discriminación–, establece que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna [...]”. En el Sistema Europeo, esta disposición tiene un *carácter accesorio pero autónomo* pues, desde el punto de vista subjetivo, la prohibición de discriminación que se impone a los Estados contratantes conlleva el derecho a la no discriminación que se atribuye tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Sumado a lo anterior, cabe precisar que los Estados, a la luz del artículo 14 del Convenio, se obligan no solo la obligación negativa de no discriminar sino también la obligación positiva de trato igualitario.¹⁶⁷ Sobre el carácter

162 García Roca, J. et al. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Civitas- Thompson Reuters, Pamplona, 2012, p. 121. Cabe destacar, que una disposición como la del artículo 2º de la CADH no existe en el Convenio Europeo, esta diferencia hace que el grado de ejecución de las sentencias de Europa haya seguido un proceso tan lento y difícil, hasta llegar al grado de ejecución que se ha consolidado al día de hoy. *Ibidem*, p. 111.

163 *Ibidem*, p. 111.

164 TEDH. *Wenhoff vs. Alemania*, Application n.º 2122/64, Judgment Merits, Court (Chamber), 27 June 1968.

165 TEDH. *Case Airey vs. Ireland*, Application n.º 6289/73, Judgment (Merits), Court (Chamber), 9 October 1979. (énfasis agregado). Sobre la temática de acciones positivas ver, entre otros, TEDH. *Marckx vs. Belgium*, Application n.º 6833/74, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court Plenary, 13 June 1979. TEDH. *Case of Andrejeva vs. Latvia*, Application n.º 55707/00, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 18 February 2009. TEDH. *Case Muñoz Diaz vs. Spain*, Application n.º 49151/07, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 8 November 2011. TEDH. *Case Feldbrugge vs. The Netherlands*, Application No. 8562/79, Judgment (Merits), Court (Plenary), 29 May 1986. TEDH. *Case Deumeland vs. Germany*, Application n.º 9384/81, Judgment and Just Satisfaction, Court Plenary, 29 May 1986. TEDH. *Case Schuler-Zraggen vs. Switzerland*, Application n.º 14518/89, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 24 June 1993. TEDH. *Case Salesi vs. Italy*, Application n.º 13023/87, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 26 February 1993. TEDH. *Case Delgado vs. France*, Application n.º 38437/97, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 14 November 2000.

166 TEDH. *Case Ártico vs. Italy*, Application n.º 6694/74, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 13 May 1980, párr. 36. (énfasis agregado)

167 Santamaría Arina, R., “Prohibición de No discriminación”, en Lasagabaster Herrarte, I. Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático. 2ª ed., Civitas- Thomson Reuters, España, 2009, pp. 667-668.

accesorio del derecho a la no discriminación, este no puede invocarse aisladamente sino que debe combinarse siempre con un derecho expresamente reconocido. Por otra parte, respecto al carácter autónomo, existen algunos indicios sobre dicha concepción, pues no es necesario para que pueda apreciarse una violación del artículo 14 del Convenio, ni tampoco es necesario que se haya encontrado violación de la cláusula sustantiva invocada. Así, si el derecho aisladamente considerado no ha sido vulnerado, se pasa a examinar la queja desde el ángulo de la discriminación denunciada, e, inversamente, si se aprecia la violación de derecho invocado, no suele analizarse bajo la óptica de la igualdad.¹⁶⁸

En lo concerniente a los sujetos de protección, a diferencia del SIDH, en el Sistema Europeo la regla es que las personas jurídicas pueden acceder a dicho sistema de protección de manera autónoma y con *ius standi* ante al TEDH.¹⁶⁹

8.3. El Sistema Africano *vis-à-vis* el SIDH

A diferencia del SIDH, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ha indicado que existen cuatro niveles de obligaciones para los Estados: respetar, proteger, promover y realizar (hacer efectivos) los derechos. Para la Comisión Africana, el deber de respetar implica que el Estado se debe de abstener de interferir en el disfrute de todos los derechos; la obligación de proteger, requiere que el Estado adopte medidas para salvaguardar los derechos contra las interferencias políticas, económicas y sociales; la de promover, que el Estado asegure que los individuos estén en condiciones de disfrutar sus derechos mediante la promoción de la tolerancia, concientizando e incluso estableciendo la infraestructura necesaria, entre otras iniciativas; y, finalmente, la de realizar los derechos y libertades implica que el Estado ‘mueva’ su maquinaria para hacer efectiva la realización de los derechos, que puede consistir en la satisfacción directa de las necesidades básicas.¹⁷⁰

Sobre la cláusula de no discriminación, la Carta Africana al igual que el PIDCP utiliza la expresión “sin distinción alguna” en su artículo 2. Dicho artículo, reconoce este derecho vinculándolo necesariamente al goce de los derechos y de las libertades reconocidas por la Carta. La disposición es complementada por el artículo 18 (discriminación contra la mujer) y el artículo 28 (el deber de los individuos de respetar y considerar a sus semejantes sin ninguna discriminación). Otra particularidad del artículo 2 de la Carta Africana es que incluye, entre otros, la no discriminación por motivos étnicos,

168 *Ibidem*, p. 679.

169 En el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, con la adopción el 20 de marzo de 1952 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales o Protocolo No. 1, y su entrada en vigor el 18 de mayo de 1954, se reconoció de manera expresa que las personas morales, o jurídicas, podían tener *ius stadi* ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al incluir en su artículo 1º que “toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes”. Algunas excepciones a la regla del *ius standi* de las personas jurídicas ante el TEDH son las siguientes: a) cuando los accionistas sufran una interferencia o violación ilegítima sobre su derecho a la propiedad, se podría acceder, al sistema de protección de derechos humanos sin tener en cuenta la personalidad jurídica de la empresa, siendo justificable esta excepción cuando, por las circunstancias del caso, se establezca claramente que es imposible que la empresa presente una petición a las instituciones de la Convención a través de los órganos creados en virtud de su escritura de constitución de la empresa, en caso de liquidación por sus liquidadores o bien por los síndicos en caso de quiebra (TEDH. *Case of Agrotexim and Others vs. Greece*, n.º 15/1994/462/543, 24 October 1995, párrs. 63-71); b) cuando la empresa tiene un accionista único o cuando es un accionista que detenta la totalidad del capital social (TEDH. *Case Groppera Radio A.G. y otros vs. Suiza*, n.º 10890/84, 28 March 1990, párrs. 46-51.); y c) cuando un accionista decida acudir ante los órganos de la Convención pero no así a otro(s) ni la sociedad, se consideraría como víctima al que optó por acudir al Tribunal (TEDH. *Case of Khamidov vs. Russia*, n.º 72118/01, 15 November 2007, párr. 125). No obstante también ha puesto limitantes, por ejemplo, una persona no puede ser señalada como víctima en el contexto de un procedimiento del cual no fue parte ante el sistema de protección de derechos humanos pese a su calidad de accionista o dirigente de la sociedad que era parte del procedimiento (TEDH. *Case F. Santos LDA y Fachadas vs. Portugal*, No. 49020/99, 19 September 2000, Admissibility, párr. 1).

170 African Commission on Human and People’s Rights, Decision Regarding Communication n.º 155/96, Done at the 30th Ordinary Session, held in Banjul, Gambia from 13 to 27 October 2001, párrs. 44-47, citado en Dulitzky, A. “El alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, en Martín, C. *et al. Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2006, p. 82.

que no consta en la CADH, lo que en cierta forma es acorde al contexto africano complementando los dispositivos pertinentes a los pueblos.¹⁷¹

Sobre los sujetos de protección, el Sistema Africano, a diferencia del SIDH, ha reconocido la protección de derechos de personas jurídicas, por ejemplo, en el caso *Asociación de Abogados vs. Nigeria* la comunicación fue llevada por la Organización de Libertades Civiles (una organización de la sociedad civil de Nigeria), y a lo cual la Comisión Africana consideró, entre otras, que existía una violación a la libertad de asociación.¹⁷²

9. Las obligaciones de respeto y garantía en los ordenamientos nacionales

El control de convencionalidad y el diálogo jurisprudencial,¹⁷³ constituyen dos mecanismos para crear un sistema de reenvíos entre la Corte IDH y las altas cortes nacionales. A través de las cláusulas de ‘estatalidad abierta’,¹⁷⁴ diversas constituciones latinoamericanas han incorporado los tratados internacionales a sus ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo, Guatemala,¹⁷⁵ Costa Rica,¹⁷⁶ Colombia,¹⁷⁷

171 Fischel de Andrade, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Serie Estudios de Derechos Humanos, t. VI, San José, 1996, p. 468.

172 CADHP. Comunicaciones n.º 105/93, n.º 128/94, n.º 130/94 y n.º 152/96. Decisión de 31 de octubre de 1998; communication 101/93 [*Civil Liberties Organisation (in respect of Bar Association) vs. Nigeria*]. En el mismo sentido, ver *Media Rights Agenda y otros vs. Nigeria*.

173 Cfr. Morales Antoniazzi, M. “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bogdandy, A. von, et al. (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. IIJ-UNAM, México, 2014, pp. 265-299. Si bien los conceptos de control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, se encuentran estrechamente vinculados, existen divergencias fundamentales en América Latina y Europa. Para una aproximación de estos conceptos, ver los trabajos contenidos en la obra: Saiz Arnaiz, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*. Porrúa-UNAM, México, 2012.

174 Sobre la temática, ver Bogdandy, A. von, y Serna de la Garza, J. M. (coords.) *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*. IIJ- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.

175 Constitución Política de la República de Guatemala. “Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

176 Constitución Política de la República de Costa Rica. “Artículo 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

177 Constitución Política de Colombia. “Artículo 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Perú,¹⁷⁸ Chile,¹⁷⁹ Paraguay,¹⁸⁰ Brasil,¹⁸¹ Venezuela,¹⁸² Argentina,¹⁸³ Bolivia,¹⁸⁴ Ecuador,¹⁸⁵ México,¹⁸⁶ y Uruguay.¹⁸⁷

Sobre las obligaciones contenidas en la CADH en el artículo 1.1. la mayoría de los ordenamientos constitucionales tienen de manera genérica, y en ocasiones en forma más específica, plasmadas las obligaciones de respecto y garantía. Así, por ejemplo, la Constitución de Ecuador dispone en su artículo 11.9. que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”; la Constitución de Bolivia, en su artículo 13.1., consagra que “los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos y el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”; el artículo 19 de la Constitución de Venezuela expresa que “el Estado garantizará a toda persona [...] el goce y ejercicio [...] de sus derechos humanos [y] su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder Público”. En el caso mexicano, el artículo 1 Constitucional tercer párrafo –en su importante reforma en el año 2011–,

178 Constitución Política del Perú. “Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

179 Constitución Política de la República de Chile. “Artículo 5.- El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

180 Constitución del Paraguay. “Artículo 141.- Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno”.

181 Constitución Política de la República Federativa del Brasil. “Artículo 4.- La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios [...] 2. prevalencia de los derechos humanos y Artículo 5, Inciso 76, Sección 2 .- Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”.

182 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. “Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

183 Constitución Nacional de Argentina. “Artículo 75.22. -La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

184 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. “Artículo 13.- IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

185 Constitución de la República del Ecuador. “Artículo 11. 7.- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

186 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. “Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

187 Constitución de la República Oriental del Uruguay. “Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

ha desarrollado con mayor rigor las obligaciones que emanan de la CADH (y de la jurisprudencia de la Corte IDH), ya que considera que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Bajo este contexto, en las jurisdicciones nacionales se han ido dotando de un contenido a las obligaciones contempladas en la CADH. En México, por ejemplo, el Poder Judicial Federal ha desarrollado las obligaciones de garantizar,¹⁸⁸ proteger¹⁸⁹ y respetar¹⁹⁰ los derechos humanos. Por otra parte, en un caso sobre el derecho a la verdad respecto a la desaparición forzada, el Tribunal Constitucional de Perú ha considerado que el Estado tiene obligaciones de investigar, informar y respetar este derecho.¹⁹¹

La Corte Constitucional de Colombia, en un caso sobre normas de integración social para personas con discapacidad –teniendo en cuenta la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad–, expresó que frente a un sistema político y jurídico que afianza la legitimidad del poder público en el respeto irrestricto que merece la persona humana como un ser con múltiples potencialidades en vías de realización, ya no puede manejarse la lógica discursiva de hace dos siglos. En este momento, los derechos humanos son el fundamento y límite de los poderes constituidos y la obligación del Estado y de la sociedad es respetarlos, protegerlos y promoverlos.¹⁹²

La jurisprudencia de la Corte IDH ha influenciado, en gran medida, las constituciones modernas o reformas a dichas constituciones en toda Latinoamérica y, en especial, ha ampliado el panorama sobre las obligaciones que los Estados partes de la CADH, todo ello para proteger la dignidad del ser humano en su máxima expresión.

10. Epílogo

Como hemos tratado de evidenciar a lo largo del presente estudio, las obligaciones generales de respeto y garantía a que están sometidas todas las autoridades de los Estados partes de la CADH, han motivado una rica jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el artículo 1, en la que se ha venido desarrollando sus contenidos, alcances y consecuencias.

Así, estas obligaciones han dado lugar a *obligaciones específicas*, como las relativas a *prevenir, investigar y sancionar* cualquier violación a los derechos y libertades reconocidos por la propia CADH, así como a *restablecer* el derecho y a *reparar los daños* ocasionados por tal violación. También se ha venido definiendo el ámbito de aplicación personal, espacial y material de dicho instrumento, así como precisando el *principio de no discriminación*. Las obligaciones de respeto y garantía analizadas se convierten en una fuente esencial de los sistemas de justicia constitucional nacionales debido a la nueva doctrina del “control de convencionalidad” que deben ejercer todas las autoridades dentro del marco

188 SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de garantizarlos en términos del artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10ª época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15, febrero de 2015, t. III; p. 2254. XXVII. 3º J/24 (10ª).

189 SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de protegerlos en términos del artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10ª época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15, febrero de 2015, t. III; p. 2256. XXVII. 3º J/25 (10ª).

190 SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10ª época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15, febrero de 2015, t. III; p. 2257. XXVII. 3º J/23 (10ª).

191 Tribunal Constitucional del Perú, *Genaro Villegas Manuche*, EXP. n.º 24882002-HC/TC, 8 de marzo de 2004.

192 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-066/13.

de sus atribuciones y competencias. De ahí que estas obligaciones repercutan en el sistema integral de garantías para otorgar efectividad a los derechos y libertades fundamentales.

Esperamos confiados que el nuevo paradigma sea aplicado cotidianamente por todas las autoridades de nuestra región (incluidos sus jueces), para así convertir en realidad “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.¹⁹³

193 Como lo establece el artículo 55, inciso c), de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*. Entrada en vigor 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI.

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C n.º 12. En adelante: Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. EP. 1991.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C n.º 39. En adelante: Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C n.º 56. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75. En adelante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C n.º 83. En adelante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de F. 2001.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C n.º 90. En adelante: Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. F. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C n.º 94. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.

- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. En adelante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C n.º 123. En adelante: Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C n.º 126. En adelante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 133. En adelante: Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 136. En adelante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C n.º 138. En adelante: Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151. En adelante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155. En adelante: Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 166. En adelante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C n.º 169. En adelante: Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186. En adelante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C n.º 197. En adelante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C n.º 204. En adelante: Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n.º 206. En adelante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. En adelante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. En adelante: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C n.º 227. En adelante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242. En adelante: Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C n.º 255. En adelante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C n.º 260. En adelante: Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276. En adelante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310. En adelante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A n.º 7. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986.

Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. 1994.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de noviembre de 2003.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 07 mayo de 2008.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de mayo de 2010.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 19 de mayo de 2010.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de agosto de 2013.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución 17 de abril de 2015.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de abril de 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 24/9, *Caso Villalobos y otros vs. Costa Rica*, casos 9.328, 9.329, 9.742, 9.884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc., 1993.

CIDH. Informe n.º 34/96, *Caso Irma Meneses Reyes y otros vs. Chile*, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282, 16 de octubre de 1996.

CIDH. *Caso 11.137, Juan Carlos Abella vs. Argentina*, 18 de noviembre de 1997.

CIDH. Informe n.º 09/05, *Caso Alejandra Marcela Matus y otros vs. Chile*, Caso 12.142, 24 de octubre de 2005.

CIDH. Informe de Fondo n.º 68/06, *Caso 12.477, Lorenzo Enrique Copello Castillo y otros vs. Cuba*, 21 de octubre de 2006.

CIDH. Informe n.º 37/10, *Caso Manoel Leal de Oliveira vs. Brasil*, Caso 12.308, 17 de marzo de 2010.

CIDH. Informe de Fondo 66/12, *Caso Luis Godoy vs. Argentina*, 29 de marzo de 2012.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

Comité DHONU. Observación General n.º 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referencias académicas

BUERGENTHAL, T. *Las Convenciones Europea y Americana: Algunas similitudes y diferencias en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OEA, Washington, 1980.

FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, E. y SILVA GARCÍA, F. *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

FISCHEL DE ANDRADE, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Serie Estudios de Derechos Humanos, T. VI, San José, 1996.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, E. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

GARCÍA SAYÁN, D. “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José, 2005.

GARCÍA ROCA, J. et al. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Civitas- Thompson Reuters, Pamplona, 2012.

GOMES, L. F. y MAZZUOLI OLIVEIRA DE, V. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. Ed. Revista Dos Tribunais, 3ª ed., Sao Paulo, 2010.

GÓMEZ CARMONA, W. et al. *El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 1982.

GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

LANDA, C. y FERRER MAC-GREGOR, E. “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sepúlveda, R. y García Ricci, D. *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (en prensa)

MEDINA QUIROGA, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988.

MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005.

PELAYO MÖLLER, C. M. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. CNDH, México, 2011.

PELAYO MÖLLER, C. M. “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, UNAM-III, México, 2012.

ROBERTSON, A. H. “Pactos y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: Estudio comparativo”, en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*. UNAM, México, 1983.

VERGOTTINI, G. de. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2010.

WLASIC, J. C. et al. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. Juris, Rosario, 1998.

Otras referencias no académicas

ERRANDONEA, J. et al. “Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay”. Clinique internationale de défense des droits humains de l'UQAM, 2010.

MONROY CABRA, M. G. “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José”, en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, OEA, Washington, 1980.

VARGAS CARREÑO, E. “Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*. CIDH, Washington, 1980.

Contenido

1. Introducción	76
2. La discusión del artículo 2 de la CADH en el marco de la Conferencia Especializada en Derechos Humanos de 1969	77
3. La relación de la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la CADH (art. 2) y la obligación general de garantizar los derechos (art. 1)	78
4. La obligación de adoptar medidas legislativas, o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y las libertades	80
5. Supuestos y evolución jurisprudencial de la Corte IDH	83
5.1. Pueblos indígenas o tribales	83
5.2. Leyes de amnistía	86
5.3. Libertad de expresión y acceso a la información	89
5.4. Derecho del inculcado a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior en materia penal	91
5.5. Pena de muerte	92
5.6. Fuero militar	93
5.7. Derecho laboral	95
5.8. Estabilidad e inamovilidad de jueces	95
5.9. Obligaciones similares en otros tratados del SIDH que complementan lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH	97
6. El artículo 2 de la CADH como fundamento del control de convencionalidad	99
7. El cumplimiento del artículo 2 de la CADH mediante la adecuación del derecho interno	101
8. Similitudes y diferencias normativas entre los sistemas regionales de derechos humanos	104

1. Introducción

Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del DIDH con la normatividad interna es la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y las libertades previstos en los tratados internacionales. Esta obligación complementa las diversas obligaciones genéricas que se originan en el artículo 1.1. de la CADH, relativas al deber de ‘respeto’ y ‘garantía’ de los derechos y libertades previstos en el propio instrumento.¹ Así, estos dos preceptos no son excluyentes, sino complementarios, en la medida en que pueden, por sí mismos, generar responsabilidad internacional a los Estados partes de la CADH. No constituyen normas programáticas como lo ha puesto de relevancia la jurisprudencia de la Corte IDH, al derivarse obligaciones específicas que se han establecido progresivamente, caso por caso, a lo largo de más de treinta años de actividad de dicho órgano jurisdiccional.

Precisamente, el dinamismo de la jurisprudencia de la Corte IDH ha generado lo que hoy se conoce como control difuso de convencionalidad,² teniendo como uno de los principales fundamentos el artícu-

1 Ver el comentario al artículo 1 a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

2 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

lo 2 de la CADH. Este nuevo control en sede nacional lo deben realizar todas las autoridades conforme a sus atribuciones y competencias, lo que ha tenido un desarrollo progresivo de aceptación en el último lustro en los Estados partes de la CADH y particularmente en los que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, con un importante impacto en los órdenes jurídicos nacionales.

El objetivo de este comentario es analizar la obligación de los Estados de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter que prevé el artículo 2 de la CADH, obligación trascendental si consideramos que esta “norma conlleva la obligación de los Estados de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en la CADH, de tal manera que haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención”.³

En primer término, es necesario distinguir esta obligación de las que se generan por los deberes de respeto y garantía establecidos en el artículo 1, y a la vez advertir su relación concomitante. Como lo señala el anterior presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, la obligación de *garantía* constituye un “escudo y espada” de la de *respeto*, y como una necesaria manifestación de aquellas, se deben adoptar “medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía”.⁴ Posteriormente, abordaremos los alcances que implica esta obligación, siendo necesario conocer los debates realizados durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en donde se discutió el proyecto de Convención en 1969;⁵ las primeras interpretaciones que derivaron de dicho precepto; así como la rica legislación que a lo largo de treinta años ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte IDH.

A fin de tener una mayor claridad en el análisis de la jurisprudencia, este apartado se he dividido en nueve temas atendiendo a las características particulares que se generan de la obligación contenida en el artículo 2. De esta forma, se analizan los casos de pueblos indígenas o tribales, las leyes de amnistía, el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, el derecho del inculcado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, la pena de muerte, el fuero militar, el derecho laboral, la estabilidad e inamovilidad de jueces, y otras obligaciones similares previstas en tratados del SIDH que pueden llegar a complementar lo dispuesto en la obligación del artículo 2 de la CADH.

2. La discusión del artículo 2 de la CADH en el marco de la Conferencia Especializada en Derechos Humanos de 1969

A diferencia del artículo 1, el artículo 2 no se encontraba contemplado en el Proyecto de Convención Americana sobre Protección de Derechos Humanos que propuso en su momento la CIDH. En los *travaux préparatoires* de la CADH se puede advertir como surgió este artículo.

El gobierno de Chile señaló que era conveniente la inclusión en el tratado regional de una disposición análoga a la establecida en el artículo 2, párrafo 2, del PIDCP. La representación chilena estimó que si bien en los Estados Americanos las disposiciones de los tratados se incorporan al derecho interno en virtud de la ratificación, no era menos cierto que en varios casos resultaba necesario adoptar medidas de orden interno para hacer efectivos los derechos, especialmente en los casos en que el propio texto del proyecto así lo indica. Asimismo, señaló que su propuesta podría responder

3 Monroy Cabra, M. G. “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José”, en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*. OEA, Washington, 1980, p. 34.

4 Cfr. García Ramírez, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, E. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012. Especialmente, el epígrafe “Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (arts. 1 y 2 CADH)”, pp. 231 y ss.

5 Cfr. OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

a la posible alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos contemplados en su legislación interna.⁶

Por su parte, el gobierno de República Dominicana propuso una inserción en el apartado “b” del artículo 1 que aclaraba los efectos legales de la ratificación en la legislación nacional de las respectivas naciones.⁷ De igual manera, el gobierno de Ecuador estimó que con el fin de defender los derechos, el artículo 1 del anteproyecto de Convención debía ser reemplazado por los párrafos 2 y 3 del artículo 2 del PIDCP.⁸

Como es posible observar, el artículo 2.2. del PIDCP fue un referente fundamental en la redacción final del artículo 2 de la CADH. En similares términos –como se verá más adelante–, otros tratados del SIDH contienen disposiciones similares, como es el caso del artículo 2 del Protocolo de San Salvador.

3. La relación de la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la CADH (art. 2) y la obligación general de garantizar los derechos (art. 1)

Los artículos 1 y 2 de la CADH guardan una estrecha relación, sin embargo el alcance de cada uno no debe confundirse. Como lo advierte García Ramírez, la obligación de garantía, prevista en el primero de los preceptos:

puede suponer la operación del artículo 2, que es, en rigor, un rostro del precepto anterior, y se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del caso *Servellón García vs. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del caso *Campo Algodonero vs. México*, en tanto estos patrones propician agresión contra las mujeres.⁹

Para la expresidenta de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga, es tal la importancia que se asigna al hecho de que las personas puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos en plenitud, que la CADH consagra en su artículo 2 la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma.¹⁰

Durante los trabajos preparatorios de la CADH, la relación que existiría entre esta obligación y las diversas obligaciones de ‘respeto’ y ‘garantía’ que prevé el artículo 1 también fue motivo de diversas discusiones. La interpretación más consistente entre las obligaciones que se desprenden de ambas disposiciones es la que señala que el artículo 2 no afecta la exigibilidad inmediata de las obligaciones

6 Cfr. OEA, *op. cit.*, p. 38.

7 La redacción que el gobierno de República Dominicana proponía era la siguiente: “[a]rtículo 1b. Efectos Legales. Si no se hubiese ya dispuesto por ley u otras medidas existentes, cada Estado Parte en esta Convención se compromete a tomar las medidas oportunas, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, para dictar las disposiciones legislativas o de otra índole que fueren necesarias a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención”. *Ibidem.*, p. 55.

8 *Ibidem.*, p. 104.

9 García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 232.

10 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 21. Asimismo, ver Medina Quiroga, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 93 y ss.

establecidas en el artículo 1.¹¹ En este sentido, el juez de la Corte IDH Gros Espiell señaló, dentro del marco de la opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, que la obligación que resulta del artículo 2:

complementa[ba], pero de ninguna manera sustitu[ía] o supl[ía], a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1 [puesto que] cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifi[car]a alterar o desconocer el deber esencial que resulta[ba] del artículo 1.¹²

Tal y como se estableció en la sección anterior, esta disposición no estaba contemplada en los primeros proyectos que se presentaron sobre la CADH, al considerarse que esta obligación ya estaba contemplada dentro de las reglas generales de aplicación del derecho internacional. Cuando se propuso su inclusión “se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar haciendo más determinante, inmediata[,] y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación”.¹³

El gobierno de los Estados Unidos, sin embargo, se opuso al considerar que los primeros 32 artículos de la Convención no son ejecutables por sí mismos y requieren de medidas legislativas (*not self-executing*):

La Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (art. 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidas por la Convención (art. 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones substantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación de todas las disposiciones substantivas a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: “los Estados Unidos declaran que los artículos 1 al 32 de esta Convención no se aplican directamente”.¹⁴

Sin embargo, como lo expresa Gros Espiell –apoyándose en el jurista Eduardo Jiménez de Aréchaga–, esta tesis “sería incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 75 de la CADH y arts. 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)”.¹⁵ En este sentido, durante los trabajos preparatorios de la CADH, el gobierno de Chile apoyó de manera determinante esa obligación al señalar que “no parece conveniente la eliminación de una disposición análoga a la establecida en el artículo 2.2. del PIDCP”.¹⁶

Siguiendo esta línea argumentativa, Medina Quiroga señala que el artículo 2 no anula las obligaciones del artículo 1.1. que son *exigibles de inmediato*. Para la autora, cuando un Estado es parte de un tratado, tiene la obligación de adaptar su legislación interna a las disposiciones del dicho instrumento internacional y de cumplir sus disposiciones de manera integral;¹⁷ por lo que estima que en realidad el artículo 2 no era realmente necesario, debiendo ser considerado solo como una disposición en aplicación de la máxima *abundans cautela non nocet* (lo que abunda no daña).

11 *Idem*.

12 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986. Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, párr. 6.

13 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 67 y 214.

14 Texto del Departamento de Estado enviado al presidente de los Estados Unidos sobre la interpretación de la Convención Americana. Vargas Carreño, E. “Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*. CIDH, Washington, 1980, p. 150.

15 Cfr. Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 40.

16 OEA, *op. cit.*, p. 38.

17 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

De estas reflexiones se infieren dos consecuencias sobre el alcance del artículo 2. Primera, que los Estados partes están obligados a *desarrollar en su legislación* aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia.¹⁸ Segunda, los Estados partes se encuentran obligados a *adoptar todas las medidas legislativas* que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.¹⁹

En resumen, mientras que el artículo 1.1. se refiere a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y las libertades, obligaciones de aplicación ‘directa’ y cuyo incumplimiento genera la consecuente responsabilidad internacional del Estado; el artículo 2 de la CADH, “agrega el compromiso, en el caso de que los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por el derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”.²⁰

A partir de estas precisiones el siguiente paso en el desarrollo de este precepto consistió en su interpretación y aplicación en casos contenciosos concretos.²¹

4. La obligación de adoptar medidas legislativas, o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y las libertades

A lo largo de más de treinta años de jurisprudencia, la Corte IDH ha ido consolidando diversos criterios respecto a los alcances de la obligación de adoptar medidas legislativas, o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y las libertades consagrados en la CADH. De forma general, en su más temprana jurisprudencia, la misión de la Corte IDH fue exponer el origen, los alcances y naturaleza de esta obligación internacional.

Así, en relación con el artículo 2 de la CADH, la Corte IDH ha señalado que dicha norma obliga a los Estados partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones en ellas plasmadas, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades protegidos por dicho pacto internacional.²² Los Estados no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y, a la vez, evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.²³

El estándar en su concepción más general ha sido utilizado, por una parte, para analizar situaciones en las que estas medidas fueron incumplidas y, por otra, para ordenar medidas específicas de reparación en casos en donde se haya detectado como necesario adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacer efectivos los derechos y libertades de la CADH vulnerados en un caso concreto.

Al respecto, habría que destacar que estas medidas de no repetición no siempre se han derivado en su concepción de un incumplimiento directo al artículo 2 de la CADH; sin embargo, las mismas

18 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

19 *Ibidem*.

20 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 68.

21 Resulta útil como una primera aproximación, aunque no estén actualizadas, las referencias de jurisprudencia que se establecen en las obras de Wlasic, J. C., *et al. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. Juris, Rosario, 1998; y Gómez Carmona, W., *et al. El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 1982.

22 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. EP. 1991, párr. 50. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFR. 2015, párr. 213. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. 1994, párr. 48.

23 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 207. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 187.

siempre han tenido un grado de *conexión relevante* con las violaciones principales del caso y se han encontrado justificadas.²⁴

La Corte IDH ha sostenido que:

[e]n 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. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente [...] En este orden de ideas, [...] la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.²⁵

Así, la Corte IDH ha establecido que:

[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁶

Además, de manera general y reiterada, la Corte IDH ha sostenido que los Estados partes en la CADH no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.²⁷ Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas “o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, en los términos del artículo 2 de la CADH. Estas medidas son las necesarias para “garantizar [el] libre y pleno ejercicio” de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1. de la misma.²⁸ La falta de adopción de medidas contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la CADH.²⁹

En adición a lo anterior, la Corte IDH ha llegado a afirmar que “una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto”.³⁰ En efecto, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* el Tribunal Interamericano señaló que una disposición legal de un Estado podría violar por sí misma el artículo 2 del instrumento.³¹

Mientras que el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina* afirmó claramente que la CADH:

establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados [...] [e]sta obligación del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa

24 Ver, por ejemplo, la medida de reparación en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay* consistente en que el Estado paraguayo tenga que “adecuar su legislación interna en materia de reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas del Paraguay, de conformidad con los estándares internacionales en la materia” asimismo el contexto, los hechos y las violaciones declaradas en el fondo del caso de acuerdo con la competencia temporal de la Corte. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 155.

25 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 136. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 175. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC, 2014, párr. 270.

26 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 178. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 175. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC, 2014, párr. 270. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 206.

27 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 97.

28 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999, párr. 166.

29 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 174. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. 1994, párr. 36.

30 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 205.

31 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 98. A este respecto es importante aclarar que la jurisprudencia de la Corte IDH requiere acreditar que la ley impugnada como contraria a la Convención haya sido aplicada o haya influido en los hechos del caso concreto. Aunque el criterio varió desde larga data, por ejemplo, ver las consideraciones realizadas en el Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párrs. 140 a 142.

que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en [el] orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.³²

Por tanto, la Corte IDH ha determinado que las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser *efectivas* (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la CADH sea realmente cumplido.³³ Así, la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, *una obligación de resultado*.³⁴ Esto implica que una norma por mejor diseñada que se encuentre, si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades no cumplirá con los estándares que establece el artículo 2 de la CADH.

La Corte IDH ha señalado, además, que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la CADH, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los mismos;³⁵ lo que implica que el respeto y observancia a lo dispuesto por el artículo 2 trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo adoptar estas medidas los poderes Ejecutivo o Judicial.

De esta forma, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, la Corte IDH determinó que:

el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.³⁶

De manera reciente, en el caso *Duque vs. Colombia*, la Corte IDH consideró que en lo relativo a la alegada violación del artículo 2 de la CADH, atendiendo a la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia en lo referente al reconocimiento y protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no contaba con elementos para concluir que existía una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Por ello, el Estado colombiano no era responsable por la violación del artículo 2 de la CADH, en relación con los artículos 24 y 1.1. de la CADH.³⁷

32 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párrs. 68 y 69.

33 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 101. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, nota a pie 332. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 270. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 214.

34 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2005, párr. 93.

35 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 137. Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 293. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 164 y 184.

36 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 172.

37 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 139.

5. Supuestos y evolución jurisprudencial de la Corte IDH

Los criterios generales ya descritos son aplicables en todos los casos en que se ha incumplido el artículo 2. Sin embargo, la Corte IDH –ante la pluralidad de situaciones que ha conocido–, ha desarrollado esos mismos criterios generales en situaciones específicas como en casos de derechos de los pueblos indígenas; los efectos de leyes de amnistía; y en casos de libertad de expresión y acceso a la información, entre otros, que se analizarán por separado.³⁸

A la par del desarrollo de esta obligación dentro de los confines de la CADH, la Corte IDH ha aplicado estos criterios generales en el desarrollo de cláusulas similares, pero más específicas en otros tratados sobre derechos humanos dentro del SIDH como se analizará al final de este apartado.

5.1. Pueblos indígenas o tribales

El desarrollo jurisprudencial en el SIDH en torno a los derechos de los pueblos indígenas ha sido especialmente importante en torno al deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Desde el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (primer asunto en la materia), la Corte IDH consideró que el país demandado no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitiesen la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas. Además, el Estado no se ciñó a un plazo razonable para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad Awas Tingni;³⁹ por lo que la Corte IDH ordenó que el Estado adoptara en su derecho interno, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.⁴⁰

En este sentido, para la Corte IDH en dicho caso, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tomado en cuenta ya que como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecían de un título real sobre la propiedad de la tierra, obtuvieran el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.⁴¹ La falta de delimitación y demarcación de los territorios había creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la comunidad en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extendía geográficamente su derecho de propiedad comunal y, en consecuencia, desconocían la extensión del libre uso y goce de los respectivos bienes;⁴² asimismo no existía legislación que permitiera resolver esta problemática, lo cual implicó el incumplimiento del artículo 2 de la CADH.

En el mismo sentido, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH determinó que de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la CADH debían instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Así, estableció que los Estados debían establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tuvieran una posibilidad real de devolución

38 Estas categorías no son exhaustivas, ya que la jurisprudencia de la Corte IDH continúa desarrollándose. Así, por ejemplo, en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina* la Corte concluyó que el Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1. y 1.1. del mismo instrumento en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón por no tipificar la venta de niños, niñas y adolescentes. Ver Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 144.

39 En general, sobre el plazo razonable en esta materia, ver Landa, C., y Ferrer Mac-Gregor, E. “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sepúlveda, R. y García Ricci, *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (en prensa).

40 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 138.

41 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151.

42 *Ibidem*, párr. 153.

de sus tierras, asegurando que los trámites de esos procedimientos fueron accesibles y sencillos, y que los órganos a su cargo contaran con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se hicieran en el marco de dichos procedimientos.⁴³

En el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* –siguiendo los precedentes antes citados–, la Corte IDH determinó que el Estado paraguayo tenía la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Esto, en virtud de la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1. de la CADH que impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y sencillos, y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan.⁴⁴ Para la Corte IDH, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico del derecho de reivindicación de las tierras carecía en realidad de sentido si no se había delimitado físicamente, y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para que se garantizara el uso y goce efectivo de tal derecho, por parte de los miembros de la comunidad. La Corte IDH consideró que con ello se amenazó el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.⁴⁵

En el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH determinó que el marco legal del Estado que meramente otorgaba a los integrantes del pueblo tribal Saramaka un privilegio para usar la tierra, sin garantizar el derecho de controlarla efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa, incumplía el artículo 2 de la CADH.⁴⁶ La Corte IDH estimó necesario que se reconociera a los integrantes del pueblo Saramaka la capacidad para ejercer a plenitud estos derechos *de manera colectiva*, mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole, que reconocieran y tomaran en cuenta el modo particular en que el pueblo se percibía como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Asimismo, determinó que el Estado debía establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objetivo de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.⁴⁷

En el precedente del caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH reiteró, que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la comunidad recuperasen sus tierras tradicionales; representando un incumplimiento del deber estatal de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria.⁴⁸ En este caso, se estimó que ciertas acciones y omisiones del Estado, lejos de contribuir a la materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la comunidad, obstaculizaron e impidieron su concreción, como fue la declaratoria de reserva natural privada de parte del territorio reclamado por la comunidad, así como su expropiación y ocupación bajo cualquier supuesto.⁴⁹ La Corte IDH determinó que las autoridades internas paraguayas, en especial el Congreso de la República, habían abordado el tema territorial indígena exclusivamente desde la productividad de las tierras, desconociendo las particularidades propias de la comunidad y la relación

43 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 102.

44 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 109.

45 *Ibidem*, párr. 143.

46 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 115.

47 *Idem*, párr. 174. Asimismo, ver Landa, C. y Ferrer Mac-Gregor, E., *op. cit.* Recientemente, en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, en la misma línea del caso *Saramaka*, la Corte IDH constató que resultaba gravoso que aun con motivo de la sentencia del 2007, en la actualidad en Surinam no se reconociera personalidad jurídica a los pueblos indígenas, y en consecuencia no tuvieran capacidad para ostentar títulos de propiedad colectivos. Así, el Tribunal Interamericano consideró que el Estado había violado el artículo 3 de la CADH. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 112 y 114.

48 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 154.

49 *Ibidem*, párr. 169.

especial de sus miembros con el territorio reclamado. El Estado, por ejemplo, ignoró por completo la reclamación indígena al momento de declarar parte de dicho territorio tradicional como reserva natural privada, y la acción de inconstitucionalidad presentada para remediar tal situación fue inefectiva.⁵⁰

Finalmente, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la litis giró en torno a si el Estado demandado tenía la legislación adecuada que permitiera a una organización indígena ejercer sus derechos políticos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. En dicho caso, la Corte IDH determinó que la obligatoriedad de participar a través de un partido político que se encontraba en la legislación nicaragüense impuesta a los candidatos indígenas propuestos por Yatama, constituía una imposición de una forma de organización que le era ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que a la postre afectó en forma negativa la participación electoral de los candidatos de Yatama en las elecciones municipales del año 2000. El Tribunal Interamericano consideró que dicha restricción implicaba, para los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integraban Yatama, un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido.⁵¹

A partir de lo anterior, la Corte IDH concluyó que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, resulta contrario a los artículos 23 y 24 de la CADH, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.⁵² Asimismo, en el mismo caso *Yatama* la Corte IDH determinó que Nicaragua no había adoptado las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegido de los candidatos propuestos por Yatama, quienes eran miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de dicho país, pues se habían visto afectados por la discriminación legal, y de hecho se había impedido su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000.⁵³

En este importante caso, la Corte IDH estimó que el Estado debía adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua pudieran participar en condiciones de igualdad en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que pudieran integrarse a las instituciones y órganos estatales, y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que fueran compatibles con los derechos humanos consagrados en la CADH.⁵⁴ Todo esto en torno a la obligación de adoptar medidas de derecho interno para esos fines.

En el caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH determinó que el Estado era responsable por no haber dispuesto a nivel interno normas que permitiesen la delimitación, demarcación y titulación de tierras colectivas en perjuicio de las comunidades afectadas. Si bien los hechos habían comenzado con anterioridad al reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte IDH por el Estado, se determinó que, desde la fecha en que entró en vigor dicho reconocimiento, el Estado tenía la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras alternativas a favor de los pueblos con el fin de garantizar el goce efectivo de las mismas.⁵⁵

50 *Ibidem*, párr. 170.

51 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 218.

52 *Ibidem*, párr. 200.

53 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 224.

54 *Ibidem*, párr. 225.

55 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 155. Asimismo, ver El voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

5.2. Leyes de amnistía⁵⁶

Los casos sobre las leyes de amnistía constituyen los asuntos más relevantes relativos a la obligación estatal de adecuar las disposiciones de derecho interno a la normativa internacional.⁵⁷

En el paradigmático caso *Barrios Altos vs. Perú*, al analizar las leyes de amnistía de ese país, la Corte IDH consideró que resultaban “inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretend[ía]n impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el D[IDH]”.⁵⁸ Lo anterior debido a que este tipo de leyes “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”.⁵⁹ En ese sentido, la Corte IDH determinó que las leyes “imp[edian] la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, [al] obstaculiza[r] la investigación y el acceso a la justicia e imp[edir] a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.⁶⁰ Así, el Tribunal Interamericano estimó que a la luz de las obligaciones, los Estados partes que mantenían vigentes este tipo de leyes incumplían las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención y violaban asimismo los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.⁶¹

La Corte IDH igualmente precisó que las leyes de amnistía “carec[ía]n de efectos jurídicos y no p[odía]n seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [...] ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni p[odían] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.⁶² Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la sentencia de interpretación del mismo caso, en la cual la Corte IDH señaló que “dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos [tenía] efectos generales”.⁶³

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006, la Corte IDH determinó que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”.⁶⁴ En consecuencia, “los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”.⁶⁵

Asimismo, la Corte IDH analizó cuáles son los criterios que exige el artículo 2 de la CADH respecto a la obligación de adecuar el derecho interno y las medidas que deben adoptarse para lograr estos fines. Al respecto, identificó que dicha adecuación impone el deber de: (i) suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y (ii) expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁶⁶

56 Sobre el tema, ver Errandonea, J., et al. “Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay”. Clinique internationale de défense des droits humains de l’UQAM. 2010.

57 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párrs. 41-43.

58 *Idem*.

59 *Idem*.

60 *Idem*.

61 *Idem*.

62 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párr. 44.

63 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de F. 2001.

64 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 114.

65 *Idem*.

66 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 118.

Así, la Corte IDH concluyó que las leyes de amnistía de este tipo constituyen *per se* una violación de la CADH y generan responsabilidad internacional del Estado.⁶⁷ Afirmó que un Estado viola dicho instrumento internacional cuando dicta disposiciones que son contrarias a las obligaciones que el mismo establece, sin que sea relevante la manera en que se haya adoptado dicha ley.⁶⁸ Asimismo, la Corte IDH consideró que si bien era un adelanto significativo el hecho de que las leyes de amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, este hecho no era suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la CADH. En primer lugar porque dicho precepto impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de los tribunales nacionales podía cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.⁶⁹

En cuanto a la aplicación de las disposiciones de amnistía en Chile, la Corte IDH dejó en claro que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley contraria a la CADH podía, a su vez, atraer la responsabilidad internacional del Estado, pues todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.⁷⁰

En este caso, a la luz del análisis del artículo 2 de la CADH surgió la doctrina de control de convencionalidad.

La Corte IDH, a partir de la obligación derivada de este precepto, estableció que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces, como parte del aparato del Estado, “también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.⁷¹

Así, la Corte IDH determinó que:

el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁷²

En el caso *La Cantuta vs. Perú* si bien la Corte IDH ya había analizado el contenido y alcances de las leyes de amnistía peruanas declarando que las mismas eran “incompatibles con la Convención Americana [...] y, en consecuencia, carec[ían] de efectos jurídicos”, la controversia que subsistió en este caso tenía una estrecha relación con las obligaciones del Estado en el marco del artículo 2 de la Convención. La litis consistió en determinar si esas leyes continuaban surtiendo efectos luego de la declaración general de incompatibilidad hecha por la Corte IDH en aquel caso.⁷³

En el caso *La Cantuta*, la Corte IDH señaló que en el anterior *Caso Barrios Altos* –también contra Perú–, se había precisado que en ese país las leyes de autoamnistía eran *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constitu[ía] *per se* una violación de la Convención” por ser “[...] manifestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese aspecto constituyó el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado en el referido *Caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya

67 *Ibidem*, párr. 119.

68 *Ibidem*, párr. 120.

69 *Ibidem*, párr. 121.

70 *Ibidem*, párr. 123.

71 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 124.

72 *Idem*.

73 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 169.

una violación de la Convención.⁷⁴ La Corte IDH señaló que la aplicación de las leyes de amnistía por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituye una violación de la Convención Americana,⁷⁵ lo que trae como consecuencia el incumplimiento de su obligación de adecuar su derecho interno a dicho instrumento en términos de la obligación prevista en el artículo 2, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1., 25 y 1.1. del mismo tratado.⁷⁶

De esta forma, el tiempo en que el Estado peruano aplicó esas leyes incurrió en violaciones a la Convención. Sin embargo, la Corte IDH estimó que el Estado no incurrió en violación a la Convención mientras las leyes de amnistía no generaron efectos, expresando de forma categórica que las mismas “no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro”.⁷⁷

En el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, la Corte IDH enfatizó que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados partes tienen el deber de adoptar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención.⁷⁸ Igualmente, estableció que una vez ratificada la CADH corresponde al Estado, de conformidad con el mismo artículo 2, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos, puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer *la verdad de los hechos*.⁷⁹ La Corte IDH también declaró que la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención, es decir, resulta irrelevante si se trata de una amnistía o autoamnistía.⁸⁰

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH determinó que las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la CADH, al contravenir lo dispuesto por sus artículos 1.1. y 2; es decir, ya que impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes; obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que, a la luz del derecho internacional, ellas carecen de efectos jurídicos.⁸¹

En dicho caso, la Corte IDH encontró que la obligación de investigar los hechos de desaparición forzada se ve particularizada por lo establecido en los artículos III, IV, V y XII de la CIDFP, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención.⁸² En este sentido, reconoció que existía una *confluencia de obligaciones concordantes* derivadas de ambos tratados interamericanos.

74 *Ibidem*, párr 174.

75 *Idem*.

76 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 189.

77 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 189.

78 Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 173.

79 *Idem*.

80 Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 175.

81 *Ibidem*, párr. 226.

82 *Ibidem*, párr. 223.

Un tema de suma importancia que analizó la Corte IDH en el caso *Gelman* fue el hecho de que la Ley de Caducidad (cuyos efectos eran iguales a los de una ley de amnistía) había sido aprobada en un régimen democrático y ratificada y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones. Para la Corte IDH, este hecho no le concedió, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.⁸³

La Corte IDH determinó que la democracia no es absoluta, pues está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la CADH; de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. De ahí que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del DIDH, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.⁸⁴

5.3. Libertad de expresión y acceso a la información

Como se ha señalado, es jurisprudencia constante de la Corte IDH que el deber general del artículo 2 de la CADH implica la supresión, por parte de los Estados, de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en dicho instrumento, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁸⁵

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, el Tribunal Interamericano ha señalado que quienes están bajo la protección de la CADH tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social.⁸⁶ Sin embargo, el propio Tribunal ha señalado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, el artículo 13.2. de la CADH –que prohíbe la censura previa–, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.⁸⁷

En este apartado se analizará la interacción entre el derecho a buscar, recibir y difundir información, y la correspondiente obligación estatal de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con la legislación que regula este derecho, o incluso de la legislación que no existe, para garantizar el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información pública.

En el caso *Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) vs. Chile*, la Corte IDH determinó, al mantener la censura cinematográfica en su ordenamiento jurídico (específicamente en el artículo 19, número 12, de su Constitución Política y Decreto Ley número 679), que el Estado incumplió con el deber de adecuar el derecho interno a la CADH de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, en particular, había incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la CADH, y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de esta.⁸⁸

En el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, la Corte IDH determinó que a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, privando al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de

83 *Idem*, párr. 238.

84 *Idem*, párr. 239.

85 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 83.

86 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 53.

87 *Ibidem*, párr. 54.

88 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001, párrs. 89 y 90. Asimismo ver CIDH. Informe n.º 09/05, *Caso Alejandra Marcela Matus y otros vs. Chile*, Caso 12.142, 24 de octubre de 2005.

pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que fue sometido.

La Corte IDH consideró que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.⁸⁹ Igualmente, la Corte IDH declaró como contrario al artículo 2 de la CADH el tipo penal de amenaza, por contener “una descripción [...] ambigua [que] no delimita[ba] claramente [...] el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias”. Para la Corte IDH este tipo penal “permitiría[...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato [fueran] penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas”.⁹⁰ Aunado a lo anterior, la Corte IDH destacó que la tipificación y sanción desproporcionada en el Código de Justicia Militar de Chile por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, no era compatible con el artículo 13 de la CADH.⁹¹

En el caso *Kimel vs. Argentina*, la Corte IDH resolvió un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección a la honra de los funcionarios públicos.⁹² Para resolver el caso, la Corte IDH: i) verificó si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudió si la protección de la reputación de los jueces tenía una finalidad legítima de acuerdo con la CADH y determinó, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluó la necesidad y iv) estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión.⁹³

Respecto al tipo penal de injurias por el cual había sido condenado el señor Kimel, la Corte IDH tomó en cuenta que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa.⁹⁴ Al respecto, la Corte IDH, aceptando el reconocimiento de responsabilidad del Estado, detectó la falta de precisión suficiente en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, lo que derivó en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la CADH.⁹⁵

En el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, la Corte IDH determinó que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar de Venezuela, que tipificaba el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas, no delimitaba estrictamente los elementos de la conducta delictuosa, ni consideraba la existencia del dolo; resultando así en una tipificación vaga y ambigua en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad contenidas en el artículo 9 de la CADH y a aquellas establecidas en el artículo 13.2. del mismo instrumento para efectos de la imposición de responsabilidades penales ulteriores. En razón de lo anterior, la Corte IDH consideró que la tipificación penal correspondiente al citado precepto

89 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 88.

90 *Ibidem*, párr. 92.

91 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 93.

92 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 51.

93 *Ibidem*, párr. 58.

94 *Ibidem*, párr. 63.

95 *Ibidem*, párrs. 66 y 67.

del Código Orgánico de Justicia Militar contravenía los artículos 9, 13.1. y 13.2. de la Convención, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma.⁹⁶

En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, que constituye el *leading case* sobre el derecho de acceso a información pública, la Corte IDH determinó que de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2 de la CADH, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la CADH; lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Para la Corte IDH, en dicho caso, implicaba que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales, y solo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la CADH, lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.⁹⁷ Así se determinó que el Estado chileno no cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 2 de la CADH de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero.⁹⁸

5.4. Derecho del inculpado a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior en materia penal

El artículo 8.2.h) de la CADH dispone que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.⁹⁹

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contienen errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable.¹⁰⁰ Así, para el Tribunal Interamericano, la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.¹⁰¹

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la CADH. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.¹⁰² En este sentido, se ha considerado que una violación a este precepto constituye un incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH.

96 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 57 y 58.

97 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 101.

98 *Ibidem*, párr. 102.

99 La CIDH también ha recomendado la adecuación del ordenamiento interno ante la imposibilidad de la víctima a recurrir el fallo en sede interna. CIDH. Informe n.º 24/9, *Caso Villalobos y otros vs. Costa Rica* Casos 9.328, 9.329, 9.742, 9.884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc., 1993. CIDH. *Caso 11.137 Juan Carlos Abella vs. Argentina*, 18 de noviembre de 1997. CIDH. *Caso Luis Godoy vs. Argentina*, Informe de Fondo 66/12, 29 de marzo de 2012.

100 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 88.

101 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 89.

102 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 90.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, los recursos de casación presentados en contra de una sentencia en materia penal no satisfacían el requisito de ser un recurso amplio, de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conllevó a que los recursos de casación contra la sentencia condenatoria, no garantizaran los requisitos del artículo 8.2. h) de la CADH en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.¹⁰³ Así, la Corte IDH declaró que el Estado violó el artículo 8.2.h) en relación con los artículos 1.1. y 2.¹⁰⁴

De igual forma, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte IDH determinó que el Estado demandado violó el derecho reconocido en el artículo 8.2.h) de la CADH, en relación con el artículo 1.1. y 2, puesto que en dicho asunto la condena objeto del litigio provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo.¹⁰⁵

En el caso *Mendoza vs. Argentina*, la Corte IDH analizó lo pertinente al fallo Casal en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina adecuó el recurso de casación penal a los estándares interamericanos. En dicho fallo, la Corte Suprema indicó que los artículos 8.2.h) de la CADH y 14.5. del PIDCP, exigen la revisión de toda cuestión de hecho y de derecho, por lo tanto, todo error que pudiera tener el fallo sería materia de recurso. La Corte IDH valoró positivamente el fallo Casal, en cuanto a los criterios que se desprenden del alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la CADH. Así la Corte consideró que los jueces en Argentina debían seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho a recurrir el fallo conforme al artículo 8.2.h) de la CADH y a la jurisprudencia de la propia Corte IDH. Sin embargo, la Corte IDH consideró que, aun ejerciendo los jueces un control de convencionalidad, era necesario, dentro de un plazo razonable, adecuar el ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros interamericanos en la materia.¹⁰⁶

En similar sentido, en el caso *Mohamed vs. Argentina*, la Corte IDH determinó que los hechos de ese caso implicaban una relación necesaria entre el derecho a recurrir el fallo condenatorio que asistía al señor Mohamed y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar tal derecho.¹⁰⁷ El Tribunal determinó que los recursos a que tuvo acceso el señor Mohamed según la normativa vigente en aquel momento en Argentina, esto es el recurso extraordinario federal y el de queja, no garantizaron este derecho. Por consiguiente, la Corte IDH concluyó que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed, y la aplicación de recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir el fallo, implicaron un incumplimiento del Estado del deber de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida en el artículo 8.2.h).¹⁰⁸

En el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, la Corte IDH constató que al momento en que el señor Alibux fue sentenciado en única instancia por tres jueces del tribunal de mayor jerarquía dentro del sistema judicial de ese país por delitos en el ejercicio de sus funciones, el régimen jurídico no proveía ningún recurso para recurrir la sentencia condenatoria dictada en su contra, lo cual vulneró el derecho a recurrir el fallo consagrado en el artículo 8.2.h) de la CADH.¹⁰⁹

5.5. Pena de muerte

En los casos de pena de muerte que la Corte IDH ha conocido, en general se ha determinado la existencia de violaciones procesales y de legalidad íntimamente relacionadas con el incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.

103 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 167.

104 *Ibidem*, párr. 168.

105 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 91.

106 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párrs. 240-261 y 301-303.

107 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 114.

108 *Ibidem*, párr. 116.

109 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014, párrs. 110-111.

En el primer caso de pena de muerte conocido por la Corte IDH, se determinó que la legislación de Trinidad y Tobago en materia penal incumplía lo dispuesto por el artículo 2 al prever la pena de muerte de forma automática y genérica, sin determinar el grado de culpabilidad en un proceso en el que no estaba previsto que fuera llevado en un plazo razonable.¹¹⁰

En los casos guatemaltecos de pena de muerte de 2005 *Fermín Ramírez*,¹¹¹ y *Raxcacó Reyes*,¹¹² controversias que giraron en torno a las falencias en la tipificación de los delitos por medio de los cuales los condenados fueron sentenciados a pena de muerte, la Corte IDH consideró la dificultad de interponer un recurso para solicitar indulto o conmutación de la pena, la ampliación del catálogo de delitos en los cuales se imponía la pena de muerte, y la imposición de la pena de muerte de forma obligatoria.¹¹³ Por su parte, en los casos *Boyce*, y *Dacosta Cadogan*, en contra de Barbados, la Corte IDH declaró que la Sección 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona, que impone la pena de muerte, y la Sección 26 de la Constitución de Barbados, que impide impugnar la Sección antes aludida de la Ley, resultaban contrarias a la CADH.¹¹⁴

5.6. Fuero militar

El SIDH ha conocido desde sus primeros años los problemas inherentes a la aplicación del fuero militar en casos que versan sobre violaciones de derechos humanos.¹¹⁵ Por una parte, se encuentran los casos en donde la legislación ha permitido que se juzguen a civiles por tribunales militares, por otra parte, la Corte IDH ha conocido también de casos en donde personal militar y policial ha sido procesado por tribunales castrenses en casos que implican la violación de sus derechos humanos. En este tipo de circunstancias, las víctimas de dichas violaciones son las que han llevado a cabo las acciones pertinentes para combatir la competencia de dichas instancias.

Desde su más temprana jurisprudencia, la Corte IDH ha determinado que los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares sino por el fuero común.¹¹⁶ Igualmente, se ha determinado que los tribunales militares al juzgar a civiles no cumplen los requisitos de independencia, imparcialidad, ni constituyen, para efectos de la CADH, el juez natural para juzgar ese tipo de asuntos.¹¹⁷

La Corte IDH ha sostenido, de forma constante, que las instancias jurisdiccionales militares no son las indicadas para juzgar presuntas violaciones a derechos humanos cometidas por personal policial o militar, esto debido a que los tribunales castrenses se encuentran insertados dentro de estructuras jerarquizadas que no son independientes ni imparciales. Asimismo, ha determinado que en este tipo de casos la investigación y sanción a los responsables debe recaer desde un principio en la justicia ordinaria, ya que el juez ordinario es el juez natural para este tipo de casos.¹¹⁸

Son en los cuatro casos mexicanos en esta materia, sin duda, en donde la jurisprudencia de la Corte IDH muestra su plena consolidación.¹¹⁹ En dichos casos, la Corte IDH determinó que en

110 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párrs. 118 y 152. En el mismo sentido, ver CIDH. Informe de Fondo n.º 68/06, *Caso 12.477, Lorenzo Enrique Copello Castillo y otros vs. Cuba*, 21 de octubre de 2006.

111 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párrs. 81, 90-98, y 105-110.

112 Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. FRC. 2005, párrs. 54-90.

113 *Ibidem*.

114 Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, párrs. 72 y 74. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párrs. 68-75.

115 Un interesante análisis del desarrollo de la jurisprudencia interamericana en la materia puede leerse en el “Prólogo” de Diego García Sayán en la obra, Ferrer Mac Gregor, E., y Silva García, F. Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Porrúa-UNAM, México, 2011, pp. XIX-XXXIV. En el mismo sentido, ver CIDH. Informe n.º 37/10, *Caso Manoel Leal De Oliveira vs. Brasil*, Caso 12.308, 17 de marzo de 2010.

116 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párr. 60.

117 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 130 y 161.

118 Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. F. 2001, párr. 53.

119 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*.

un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Para la Corte IDH, el fuero militar solo debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹²⁰

La Corte IDH determinó que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.¹²¹ De tal forma que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.¹²²

Un aspecto de suma relevancia considerado por la Corte IDH consistió en determinar que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado (el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad), sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no solo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En tal sentido, precisó la propia Corte IDH, que las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.¹²³

En consecuencia, en los casos *Rosendo Radilla*,¹²⁴ *Inés Fernández*,¹²⁵ y *Valentina Rosendo*,¹²⁶ la Corte IDH consideró que la disposición contenida en el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar,¹²⁷ incumple la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

En el mismo tenor, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, también en contra de México, conocido como el caso de los “Campesinos Ecologistas”, la Corte IDH, además de reiterar el criterio anterior sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar,¹²⁸ también determinó que los tratos crueles, inhumanos y degradantes cometidos en contra de una persona por parte de personal militar, son actos que no guardan, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, los actos cometidos por personal militar en perjuicio de las víctimas, afectan bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la CADH. En ese sentido, resultaba claro que tal conducta era abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección a los derechos humanos y, por lo tanto, excluida de la competencia de la jurisdicción militar.¹²⁹

EPFRC. 2010. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

120 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 272.

121 *Ibidem*, párr. 273.

122 *Ibidem*, párr. 274.

123 *Ibidem*, párr. 275.

124 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009. Resolutivos 6 y 10 del fallo.

125 Cfr. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010. Resolutivos 7 y 13 del fallo.

126 Cfr. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010. Resolutivos 6 y 12 del fallo.

127 El Código de Justicia Militar vigente al momento de las sentencias fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de México de 31 de agosto de 1933, y dicho precepto señalaba: “[a]rt 57. Son delitos contra la disciplina militar: II. los de orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”.

128 Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Resolutivos 8 y 15 del fallo.

129 *Ibidem*, párr. 199.

Respecto al artículo 57 del Código de Justicia Militar, la Corte IDH reiteró su criterio en el sentido de que “es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado”.¹³⁰ Asimismo, la Corte IDH precisó que en todo caso la jurisdicción militar no es el fuero competente ni siquiera para investigar violaciones a derechos humanos, siendo la justicia ordinaria la competente para hacerlo en todos los casos no solo limitando su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual. En consecuencia, para la Corte IDH, el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.¹³¹

5.7. Derecho laboral

En el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, el Estado panameño incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1. y 2 al destituir arbitrariamente de sus cargos a 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales. Dicho despido se dio a partir de la emisión y aplicación de la Ley 25, a la cual se le dio efecto retroactivo. Para la Corte IDH dicha aplicación fue violatoria de preceptos convencionales y reveló que el Estado no había tomado las medidas adecuadas de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la CADH. La Corte IDH, asimismo, señaló que los Estados, al emitir una ley, deben cuidar de que se ajuste a la normativa internacional de protección, y no deben permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual son parte.¹³²

En el caso “*Cinco Pensionistas*” vs. Perú, la Corte IDH determinó que el Estado peruano, al haberse abstenido de adoptar por un largo periodo de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales, y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la CADH (en el caso particular el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección judicial), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2 de dicho tratado.¹³³

En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte IDH concluyó que el Estado había violado los artículos 8.1. y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma, en perjuicio de las víctimas del caso.¹³⁴ El artículo 9 del Decreto Ley n.º 2564 –que constituía la normativa aplicada a las personas cesadas–, prohibía expresamente la posibilidad de presentar la acción de amparo contra los efectos del mismo,¹³⁵ viéndose las víctimas impedidas *ab initio* de impugnar cualquier efecto que estimaren perjudicial a sus intereses.¹³⁶ Para la Corte IDH, en una sociedad democrática, la imposibilidad de impugnar los eventuales efectos de la aplicación o interpretación de una normativa no puede ser considerada una limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esa normativa.¹³⁷

5.8. Estabilidad e inamovilidad de jueces

Entre los años 2008 a 2011, la Corte IDH conoció de tres casos que tienen que ver con la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela. El común denominador de estas sentencias es el hecho de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial en ese país iniciado en 1999. La Corte IDH encontró violaciones concretas al deber de adoptar medidas de derecho interno por parte del Estado venezolano por distintos motivos, que van desde

130 *Ibidem*, párr. 205.

131 *Ibidem*, párrs. 183-184.

132 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párrs. 183 y 184.

133 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párrs. 167 y 168.

134 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 132.

135 *Ibidem*, párr. 117.

136 *Ibidem*, párr. 119.

137 *Idem*.

la omisión legislativa para expedir las normas que tienen la finalidad de regular el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial, hasta la ausencia de garantías de inamovilidad que deben estar previstas y ser efectivas en la práctica para que los jueces puedan ejercer su función jurisdiccional de manera independiente.

En el caso *Apitz Barbera y otros*, que versó sobre la destitución de jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela, la Corte IDH analizó, entre otras, dos cuestiones legales que marcaron en definitiva los hechos del caso. Por una parte, el hecho de que la legislación vigente no permitiera que los jueces que destituyeron a las víctimas del caso (los jueces de la Corte Primera) pudieran ser recusables y, por otra, la falta de expedición del Código de Ética previsto por la ley aplicable que pudiera otorgar al órgano encargado de destituir a los jueces administrativos las suficientes garantías de independencia. En ambos supuestos, la Corte IDH indicó que dichas situaciones incumplían lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH.¹³⁸

En la misma línea, los hechos del caso *Reverón Trujillo* versaron sobre la destitución arbitraria de la jueza María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba en 2002. Posteriormente, en 2004, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero no ordenó la restitución de la víctima a su cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir. En este asunto, la Corte IDH analizó de nuevo el régimen de transición del Poder Judicial en Venezuela. En su análisis, determinó que, en los hechos, la aplicación de dicho régimen se había mostrado inefectiva para cumplir con el fin propuesto: el fortalecimiento del Poder Judicial en ese país. En primer lugar, porque el régimen se había extendido por cerca de diez años en el momento en el que la Corte IDH dictó sentencia.¹³⁹ En segundo lugar, porque a pesar de ser una obligación de acuerdo con las leyes venezolanas y con lo decidido en el referido caso *Apitz*, no se había acreditado la adopción del Código de Ética.¹⁴⁰ Y en tercer lugar, porque el Poder Judicial tenía al momento en que se dictó sentencia, un porcentaje de jueces provisorios de aproximadamente el 40 %, conforme a las cifras proporcionadas por el propio Estado, porcentaje que en la época de los hechos del caso alcanzó el 80 %.¹⁴¹ Esto, además de generar obstáculos a la independencia judicial resultó particularmente relevante por el hecho de que Venezuela no ofrecía a dichos jueces la garantía de inamovilidad.¹⁴²

Al respecto, la Corte IDH señaló que la inamovilidad es una de las garantías básicas de la independencia judicial, y que el Estado está obligado a brindar a jueces titulares y provisorios por igual.¹⁴³ En este caso, la Corte IDH observó que los jueces provisorios eran nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, sin la realización de concursos públicos de oposición, y muchos de estos habían sido titularizados a través del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad.¹⁴⁴ Esto quiere decir que las plazas correspondientes habían sido provistas sin que las personas ajenas al Poder Judicial hubiesen tenido oportunidad de competir con los jueces provisorios para acceder a esas plazas, lo cual excluía de entrada a aquellos jueces destituidos previamente, como la señora Reverón, según los propios tribunales venezolanos, de forma irregular. La Corte IDH también encontró que a pesar de que a través del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorgaba, en opinión de la Corte IDH, estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad, ya que el Programa Especial de Regularización no podía equipararse a un concurso de oposición.¹⁴⁵

138 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párrs. 54-67 y 109-148.

139 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 119.

140 *Ibidem*, párr. 120.

141 *Ibidem*, párrs. 103 y 104.

142 *Ibidem*, párrs. 101, 102 y 113.

143 *Ibidem*, párrs. 75-79 y 114.

144 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 121.

145 *Idem*.

En el caso *Reverón*, la Corte IDH consideró que el Estado violó el artículo 25.1. de la CADH, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma, puesto que, en primer lugar, el recurso al cual tuvo acceso la señora Reverón Trujillo no brindó las reparaciones adecuadas, no obstante haber resultado a su favor en términos declarativos. En segundo lugar, porque no existía motivo justificado para no reincorporar a la señora Reverón Trujillo al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. En consecuencia, el recurso interno intentado no resultó efectivo. Finalmente, la conclusión a la que la Corte IDH llegó fue en el sentido de que algunas de las normas y prácticas asociadas al proceso de reestructuración judicial implementado en Venezuela provocaron una afectación muy alta a la independencia judicial en ese país.¹⁴⁶

Otro caso que ha conocido la Corte IDH, relacionado con este tema, es el caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* de 2011. El asunto versó sobre la destitución de la señora Mercedes Chocrón Chocrón del cargo de Jueza de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, también en Venezuela. En dicho caso, la Corte IDH notó que la reestructuración del Poder Judicial en ese país, a través de la creación de los tribunales disciplinarios previstos para tal efecto, no se había materializado al dictar sentencia, a pesar de que la Constitución venezolana estableció que la legislación referida al sistema judicial debía ser aprobada dentro del primer año luego de la instalación de la Asamblea Constituyente.¹⁴⁷

Para la Corte IDH resultó especialmente importante el hecho de que diversos pronunciamientos de la Comisión Judicial y del Tribunal Supremo de Justicia habían defendido el criterio de libre remoción de los jueces provisorios y temporales, a pesar de que este tipo de jueces deben contar con un mínimo de estabilidad.¹⁴⁸ Así, la Corte IDH determinó que la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisorios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, generaban una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y efectivas para garantizar la independencia judicial, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento del artículo 2 en relación con los artículos 8.1. y 25.1. de la CADH.¹⁴⁹

De manera reciente, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia en la materia en el caso *López Lone y otros vs. Honduras* y expresó que la omisión del Estado de armonizar su normativa interna generó una situación de incertidumbre en cuanto al procedimiento y a los órganos competentes para decidir los procesos disciplinarios seguidos a las presuntas víctimas. Además, estimó que la consecuente aplicación a las presuntas víctimas de un procedimiento que no estaba establecido en la ley, sino que era el resultado de una combinación de los procedimientos previstos normativamente, debido en parte a la omisión legislativa, afectó la seguridad jurídica y los derechos de las presuntas víctimas al momento de determinarse sanciones disciplinarias en su contra. La Corte IDH concluyó que el sometimiento de las víctimas a procedimientos y órganos disciplinarios no establecidos por la ley constituyó una violación al artículo 8 en relación con el artículo 2 de la CADH.¹⁵⁰

5.9. Obligaciones similares en otros tratados del SIDH que complementan lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH

A la par de la CADH, el SIDH cuenta con una serie de tratados y convenciones que complementan y especifican las obligaciones generales en relación con los derechos humanos en la región. Dentro de estos tratados, encontramos disposiciones que ordenan a los Estados adoptar medidas de derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos consagrados en los mismos.

146 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 127.

147 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 141.

148 *Idem*.

149 *Ibidem*, párr. 142.

150 Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 215.

En efecto, preceptos similares se encuentran en el artículo 2 del Protocolo de San Salvador,¹⁵¹ artículo 6 de la CIPST,¹⁵² el artículo III de la CIDFP,¹⁵³ el artículo 7.c de la Convención Belém do Pará,¹⁵⁴ y finalmente el artículo III de la CIEFDPD.¹⁵⁵

Sin embargo, los principales órganos del SIDH—CIDH y Corte IDH— no tienen competencia para conocer de todos estos tratados en el sistema de peticiones individuales y, en caso de tener competencia, no siempre la misma abarca todas las disposiciones.¹⁵⁶ Preciado lo anterior, habría que decir que en torno a estas disposiciones la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido especialmente prolífica en torno a la CIPST y respecto a la CIDFP. Además, en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, aplicó la disposición del artículo 7.c de la Convención Belém do Pará.¹⁵⁷

En cuanto a la disposición contenida en el artículo 6 de la CIPST, cabe decir que la misma ha sido aplicada en el conocimiento de varios casos ante la Corte IDH. Al respecto, en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, determinó que el artículo 6 referido establece la obligación según la cual los Estados

151 El artículo 2 de la CADH referido a la “Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno” dispone que: “[s]i el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

152 El artículo 6 de la CPST dispone que: “[d]e conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.”

153 El artículo III de la CIDFP dispone que: “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona”.

154 El artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará dispone que: “[l]os Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso [...]”.

155 El artículo III de la CIEFDPD dispone que: “[p]ara lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad; c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitadas para hacerlo. 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas: a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles; b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad”.

156 Sobre el funcionamiento del SIDH, ver Pelayo Möller, C. M. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. CNDH, México, 2011.

157 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párrs. 287-389.

partes deben asegurar que “todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad”. Asimismo, el artículo 8 de la misma Convención, “cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados Partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”. Todo lo anterior se relaciona con la obligación general de “prevenir y [...] sancionar la tortura”, contenida en el artículo 1 de dicha Convención.¹⁵⁸

En esa sentencia, la Corte IDH determinó que el Código Penal vigente en Panamá desde 1983 no tipificaba de manera específica el delito de tortura.¹⁵⁹ De lo anterior determinó que el Estado incumplió con su obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar la tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST.¹⁶⁰

Por su parte, el artículo III de la CIDFP establece la obligación de tipificar, conforme a lo dispuesto en la misma Convención, el delito de desaparición forzada de personas. Al respecto, en una gran cantidad de casos, la Corte IDH ha determinado el incumplimiento de esta obligación específica emanada de este tratado. Entre los casos en los que la Corte IDH ha llegado a esa determinación, se encuentran *Gómez Palomino vs. Perú*,¹⁶¹ *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*,¹⁶² *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008),¹⁶³ *Anzualdo Castro vs. Perú* (2009),¹⁶⁴ *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (2009),¹⁶⁵ y *Gelman vs. Uruguay* (2011);¹⁶⁶ y, en consecuencia, ha ordenado medidas de reparación tendientes a corregir dichas situaciones.

6. El artículo 2 de la CADH como fundamento del control de convencionalidad

A poco más de un lustro de la creación de la doctrina del “control de convencionalidad” en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,¹⁶⁷ se advierte que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante en fundamentar este control en los artículos 1 y 2 de la CADH; y 26 y 27 de la CVDT.¹⁶⁸

Desde la opinión consultiva sobre la *responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*,¹⁶⁹ relativa a los alcances interpretativos de los artículos 1 y 2 de la CADH, se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos; y también a adecuar la normatividad ‘inconvencional’ existente. Lo anterior se fundamenta en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben

158 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 213.

159 *Ibidem*, párr. 214.

160 *Ibidem*, párrs. 215 y 216.

161 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005, párrs. 91-110.

162 Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 58.

163 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párrs. 187, 195, 197, 200, 207 y 209.

164 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párrs. 165-167 y 191.

165 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párrs. 315-324. Sobre el tema ver Pelayo Moller, C. M. “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM-III, Vol. XII, México, 2012.

166 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párrs. 237-241 y 246.

167 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párrs. 123-126.

168 Además se ha considerado el artículo 29 de la CADH. Cfr: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 20-22.

169 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. 1994.

ser cumplidas de buena fe, de tal manera que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Este principio ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la CIJ, y también ha sido codificado en los artículos 26, y 27, de la CVDT.¹⁷⁰

De manera específica sobre el artículo 2 de la CADH como fundamento del control de convencionalidad, la Corte IDH ha considerado que:

179. En relación con la obligación general de *adecuar la normativa interna a la Convención*, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n 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”[...]. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos [...], lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).[...]

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías [...]. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.[...] ¹⁷¹

En este sentido, cuando el artículo 2 de la CADH se refiere al compromiso de los Estados partes para adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, debe entenderse como la obligación de todas las autoridades, dentro de sus respectivas competencias, de asegurar la efectividad de los derechos.

La expresión “o de otro carácter” implica cualquier medida eficaz para tales propósitos, como pueden ser “interpretaciones conformes” de la normatividad nacional con la CADH o incluso dejar de aplicar las disposiciones internas cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional. De ahí que el parámetro para ejercer el control de convencionalidad sea precisamente la CADH (y en general el *corpus iuris* interamericano), comprendiendo también “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.¹⁷²

Esto implica que en realidad este tipo de control sea de carácter difuso, al tener la obligación de ejercerlo todas las autoridades, como claramente se estableció en el caso *Gelman vs. Uruguay*, al constituir una “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”,¹⁷³ lo que genera un auténtico “diálogo” multinivel y propicia una “viva interacción”,¹⁷⁴ especialmente entre las

170 CVDT “artículo 26: Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe [...] artículo 27. 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”.

171 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFR. 2008, párrs. 179 y 180. Notas al pie omitidas. (énfasis agregado).

172 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFR. 2006, párr. 124.

173 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 239.

174 Cfr. García Sayán, D. “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José, 2005, pp. 323-384.

jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos.

Por supuesto, son los altos órganos jurisdiccionales nacionales (tribunales, salas y cortes constitucionales), como intérpretes de cierre en los ordenamientos jurídicos internos, los que mantendrán un mayor grado de intensidad en el “diálogo jurisprudencial” con la Corte IDH,¹⁷⁵ a través del ejercicio o revisión, en su caso, del control difuso de convencionalidad.¹⁷⁶

En todo caso, como apunta García Ramírez: “el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial [o bien, jurisdiccional] interno e internacional, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público”.¹⁷⁷

7. El cumplimiento del artículo 2 de la CADH mediante la adecuación del derecho interno

La Corte IDH no solo ha tenido como función evidenciar las graves violaciones a derechos humanos, sino que también ha compensado el déficit normativo existente en cada una de las jurisdicciones nacionales.

Así, por ejemplo, un caso emblemático, lo constituye *Olmedo Bustos (La Última Tentación de Cristo) vs. Chile*, en donde la Corte IDH ordenó al Estado que debía de modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa. De esta manera, el 10 de julio de 2001, el Congreso Nacional de Chile aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que sería regulado por ley. El proyecto fue promulgado e incorporado a la Carta Fundamental de Chile el 25 de agosto de 2001 mediante la publicación en el Diario Oficial de la Ley n.º 19.742. Asimismo, Chile informó a la Corte IDH que la Ley n.º 19.846 (Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica) se había publicado y entrado en vigor el 4 de enero de 2003, y en su artículo primero estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica que se realiza por edades, destinado a orientar a la población adulta respecto de los contenidos de la producción cinematográfica y de proteger a la infancia y a la adolescencia en atención a lo señalado en diversos tratados internacionales suscritos por el mencionado Estado.¹⁷⁸ Con la entrada en vigor del Decreto Supremo de Educación n.º 18, del 6 de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile de 11 de julio de 2003, mediante el cual se aprobó el Reglamento sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, se dio término al proceso de modificación del ordenamiento jurídico interno de Chile, para así eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas.¹⁷⁹

En el caso *Mayagna Sumo (Awast Tigni) vs. Nicaragua*, la Corte IDH requirió al Estado que debía adoptar en su derecho interno –de conformidad con el artículo 2 de la CADH–, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas. La Corte IDH observó que el Estado promulgó la Ley n.º 445 que tiene por objeto regular el régimen de propiedad comunal de las tierras indígenas y étnicas de la Costa Atlántica y las cuencas de los ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz, y

175 Cfr. Vergottini, G. de. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2010.

176 Sobre esta dimensión, ver los trabajos contenidos en la obra colectiva Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *op. cit.*

177 García Ramírez, S., *op. cit.*, pp. 215 y 216.

178 Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de noviembre de 2003. Visto 19.

179 *Ibidem*. Visto 23.

establecer los procedimientos legales necesarios para la delimitación, demarcación y titulación de las tierras comunales.¹⁸⁰

Por otra parte, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, la Corte IDH ordenó al Estado adecuar su normativa interna a efecto de que se dejarán de hacer cobros por el depósito y manejo de los bienes que son retenidos a personas que no han sido condenadas por sentencia firme. La Corte IDH determinó cumplida dicha orden tras la reforma del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y la Resolución n.º 2008-006 CD, del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.¹⁸¹

En el caso *Kimel vs. Argentina*, la Corte IDH determinó que el Estado debía adecuar su derecho interno a la CADH en materia penal con el fin de satisfacer las garantías de seguridad jurídica y no afectar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, la Ley 26.551 que modificó los artículos del Código Penal de la Nación en donde se tipifican los delitos de calumnias e injurias ya no incluyeron “expresiones a asuntos de interés público”, ni “expresiones que no sean asertivas”, y asignó como penas, por la comisión de dichos delitos, multas económicas.¹⁸²

En los casos *Radilla Pacheco*; *Fernández Ortega*; *Rosendo Cantú*; y *Cabrera García y Montiel Flores*, la Corte determinó que México había violado la obligación de adecuar su derecho interno a la CADH debido a que el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar –en el cual se basó la intervención del fuero militar en los referidos cuatro casos–, permitía que los tribunales castrenses juzgaran a todo militar al que se le imputara un delito ordinario por el solo hecho de estar en servicio. La Corte IDH ordenó, en todos esos casos, medidas de reparación que implicaban la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de jurisdicción penal militar y la creación de un recurso para impugnar la competencia de dicha jurisdicción.¹⁸³ En la supervisión del cumplimiento de dichas sentencias, la Corte IDH mencionó que estos estándares internacionales establecen que el fuero militar: a) no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de todas las violaciones de derechos humanos, b) solo puede juzgar a militares en servicio activo, y c) solo puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que atenten, por su propia naturaleza, contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹⁸⁴

Después de dictadas las sentencias de los casos antes mencionados, la representación del Estado Mexicano informó a la Corte IDH que el Código de Justicia Militar había sido reformado en junio de 2014 y que dicha reforma garantizaba que las denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas armadas serían investigadas en el fuero civil.¹⁸⁵

La Corte IDH determinó que a pesar de que la reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar constituía un paso importante en la armonización del derecho interno mexicano con los estándares convencionales e internacionales en materia de jurisdicción penal militar el Estado mexicano solo había

180 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 07 mayo de 2008. Visto 15.

181 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 19 de mayo de 2010. Vistos 18 y 21.

182 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 18 de mayo de 2010. Visto 33.

183 Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Visto 1. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Visto 1.

184 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 13.

185 Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Visto 6. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Visto 6. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Visto 6.

dado cumplimiento parcial a esta obligación,¹⁸⁶ toda vez que la actual legislación continuaba sin adaptarse a los estándares internacionales en dos importantes aspectos: a) la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, aun cuando el sujeto activo y pasivo sean militares, y b) en el fuero militar sólo se puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹⁸⁷

Cabe destacar que la Corte IDH no solo ha dado cumplimiento a la adecuación del derecho interno a través de modificaciones legislativas sino también mediante el control de convencionalidad. En este sentido, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, la Corte IDH declaró cumplida la orden de adecuar el derecho interno a la CADH con el fin de compatibilizar la legislación secundaria y las normas que reglamentaban el juicio de protección de los derechos del ciudadano de tal forma que mediante dicho recurso se garantizara a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido. Sobre este punto, la Corte IDH consideró que las decisiones judiciales mexicanas mostraban que la reforma constitucional y legislativa emprendida por el Estado estaba logrando garantizar la existencia de un recurso procedente para cuestionar la constitucionalidad de leyes electorales en casos concretos,¹⁸⁸ y añadió que “la práctica judicial [...] evidencia que en casos concretos, en los cuales candidatos independientes han cuestionado su derecho a ser elegido, se ha desaplicado la causal de improcedencia establecida [en el artículo 80.1.d) de] la Ley de Impugnación Electoral para acceder al recurso político electoral examinado en la Sentencia”.¹⁸⁹

Además, la Corte IDH recordó que se ha establecido que no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la CADH, sino que también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y las libertades consagrados en el instrumento. En consecuencia, de acuerdo con la Corte IDH, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada, sino que también es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden jurídico, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la CADH.¹⁹⁰

Igualmente, para la Corte IDH resultaron de gran relevancia los procesos de incorporación que se habían dado en los últimos años en México, reconociendo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el Poder Judicial mexicano estaba obligado a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la CADH, y que para ello, debe tener en cuenta el marco del artículo 1 de la Constitución mexicana,¹⁹¹ por lo que:

[al]exigir la realización, por parte de todos los miembros del Poder Judicial, de un control de convencionalidad *ex officio*, así como la consideración como obligatorias de las sentencias de la Corte Interamericana respecto de México evidencian que existe una obligación reconocida por el derecho interno de garantizar la accesibilidad y efectividad al juicio de protección

186 Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 23. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 23. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 22.

187 Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 23. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 22. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 22.

188 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 28 de agosto de 2013. Considerando 20.

189 *Ibidem*. Considerando 22.

190 *Ibidem*. Considerando 23.

191 *Ibidem*. Considerando 25.

para aquellos candidatos independientes que aleguen la violación a su derecho de ser votado, conforme a lo resuelto por [el] Tribunal [Interamericano].¹⁹²

De esta forma, la Corte IDH resaltó que:

de manera paralela a la legislación secundaria, la reforma constitucional en materia de derechos humanos [de 2011 en México,] garantiza[ba] la actualización del efecto útil de la Sentencia en la medida en que dicha reforma “deriva en la obligación de los tribunales electorales de interpretar los derechos políticos electorales de los ciudadanos de conformidad con el principio pro persona y de realizar un control de convencionalidad *ex officio* en los casos concretos”.¹⁹³

Por todo lo anterior, la Corte IDH consideró que “México ha[bía] cumpli[do] la medida de reparación relativa a la adecuación de su derecho interno para garantizar a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido”.¹⁹⁴

Como consecuencia de la eficacia jurídica de la CADH en todos los Estados partes en la misma, un control dinámico y complementario de convencionalidad también posee un rol importante en el cumplimiento o la implementación de una determinada sentencia de la Corte IDH, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales.

8. Similitudes y diferencias normativas entre los sistemas regionales de derechos humanos

Como se señaló al inicio de este comentario, el artículo 2 de la CADH guarda importantes similitudes con lo dispuesto en el artículo 2.2. del PIDCP, lo cual a su vez se refleja en las distintas interpretaciones de ambas disposiciones.

Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General n.º 31, sobre la *índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, ha considerado que el párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el instrumento internacional. Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto. A su vez, el artículo 2 autoriza a un Estado parte a proceder de conformidad con su propia estructura constitucional interna y, en consecuencia, no exige que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales, mediante la incorporación del propio Pacto al derecho nacional.¹⁹⁵ En este sentido, el requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto, según el Comité de Derechos Humanos de la ONU, no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.¹⁹⁶

192 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 28 de agosto de 2013.

193 *Ibidem*. Considerando 24.

194 *Ibidem*. Considerando 27.

195 Comité DHONU. Observación General n.º 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, párr. 13.

196 *Ibidem*, párr. 14.

En el mismo sentido que la CADH y el PIDCP, la Carta Africana en su artículo 1 compromete a los Estados partes a que adopten las medidas necesarias (legislativas y de otro tipo) para la aplicación de los derechos, deberes y libertades enunciadas en la Carta de Banjul, automáticamente por ellas reconocidas. Se trata, en opinión de algunos autores, de una obligación principalmente positiva, ya que se adhiere a la imposición implícita de respetar lo convenido por la Carta.¹⁹⁷

La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, que prevé el artículo 2 de la CADH, constituye una de las diferencias más relevantes con respecto al Sistema Europeo, al no contar el Convenio Europeo de Derechos Humanos con una disposición análoga,¹⁹⁸ lo que ha tenido como resultado que el grado de cumplimiento de las sentencias europeas, sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales, hayan seguido un proceso lento y difícil, hasta llegar al grado de ejecución que se ha consolidado al día de hoy.¹⁹⁹

197 Fischel de Andrade, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Serie Estudios de Derechos Humanos, T. VI, San José, 1996, pp. 467 y 468.

198 Cfr. Buergenthal, T. *Las Convenciones Europea y Americana: Algunas similitudes y diferencias en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OEA, Washington, 1980. Robertson, A. H., “Pactos y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: Estudio comparativo”, en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*. UNAM, México, 1983.

199 García Roca, J., et al. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Civitas- Thompson Reuters, Pamplona, 2012, p. 111.

CAPÍTULO II - DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C n.º 217. En adelante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C n.º 229. En adelante: Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C n.º 318. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987.

Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, Caso 10.169, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, de 22 de febrero de 1991.

CIDH. Informe n.º 55/96, *Caso Axel Raúl Lemus García vs. Guatemala*, de 6 de diciembre de 1996, Petición 8076.

CIDH. Informe n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón S.A. vs. Paraguay*, 1997.

CIDH. Informe n.º 88/03, *Caso Parque Natural Metropolitano vs. Panamá*, Caso 11.53, 2003.

CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 140/09, *Caso Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Antioquia (SINTRAOFAN) vs. Colombia*, de 30 de diciembre de 2009, Petición n.º 1470-05.

CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, de 30 de diciembre de 2009, Capítulo V. La Defensa de los Derechos Humanos y la libertad de asociación.

CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, de 31 de marzo de 2011, Petición 1164/05.

CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II. Doc.45/15 31, resumen ejecutivo, diciembre de 2015.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Partido Comunista Unificado vs. Turquía*, Caso n.º 133/1996/752/951, Sentencia de 30 de enero de 1998.

TEDH. *Caso Sidiropoulos y otros vs. Grecia*, Caso n.º 57/1997/841/1047, Sentencia de 10 de julio de 1998.

TEDH. *Caso Partido de la Libertad y la Democracia (ÖZDEP) vs. Turquía*, Caso n.º 23885/94. Sentencia de 8 de diciembre de 1999.

TEDH. *Caso Gorzelik y otros vs. Polonia*, Caso n.º 44158/98, Sentencia de 17 de febrero de 2004.

TEDH. *Caso Partido Popular Demo-cristiano vs. Moldavia*, Caso n.º 28793/02, Sentencia de 14 de mayo de 2006.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, p. 174.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

Corte de Casación de Francia, Sala Civil, Sentencia de 25 de junio de 1902.

Documentos adaptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Acta final, Santiago de Chile, Chile, septiembre de 1959. Documento OEA CIJ-43.

OEA. Dictamen sobre el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos. Documento OEA/Ser./L/V/II.15/doc.26.

OEA. Anuario Interamericano de Derechos Humanos - 1968, OEA, 1973.

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

OEA. "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y 'Derecho a la Identidad'", Resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007.

OEA. Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), de 3 de junio de 2008.

OEA. Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), de 8 de junio de 2010.

OEA. Comité Jurídico Interamericano. Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, ratificada mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07) de 10 de agosto de 2010.

Organización de las Naciones Unidas

Comité CEDAW

ONU. Comité CEDAW. Recomendación general n.º 21. *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994.

Comité DHONU

Comité DHONU. Comunicación n.º 400/1990, *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio y Ximena Vicario vs. Argentina*, Dictamen del Comité de Derechos Humanos, de 3 de abril de 1995.

Comité DHONU. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argelia, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998.

Comité DHONU. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Kuwait, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/69/KWT, de 27 de julio de 2000.

Comité DHONU. Comunicación n.º 1274/2004, *Caso Viktor Korneenko y otros vs. Belarús*, Dictamen de 31 de octubre de 2006.

Comité DHONU. Comunicación n.º 1296/2004, *Caso Aleksander Belyatsky y otros vs. Belarús*, Dictamen de 27 de julio de 2007.

Comité DHONU. Comunicación n.º 1383/2005, *Caso Vladimir Katsora, Leonid Sudalenko e Igor Nemkovich vs. Belarús*, Dictamen de 25 de octubre de 2010.

Comité de los Derechos del Niño

ONU. Comité de los Derechos del Niño. "Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Nepal", en Documento de las Naciones Unidas CRC/C/54.

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias

ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1435, de 13 de marzo de 1981.

ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1492, de 31 de diciembre de 1981.

ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1996/38.

ONU. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias. *Comentario sobre el artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/2001/68, de 18 de diciembre de 2000.

ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias – Adición: *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en material de desapariciones forzadas*, Documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010.

Referencias académicas

ARMINJON, P., NOLDE, B. y WOLF, M. *Traité de droit comparé*. Tomos I, II y III. Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1950.

JACOBS, F. G. *The European Convention on Human Rights*. Clarendon Press, 1975.

LILLICH, R. B. “Civil Rights”, en MERON, T. *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*. Clarendon Press, 1988.

NOWAK, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, 2a. ed. rev., N. P. Engel Publisher, 2005.

OUGUERGOUZ, F. *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*. Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

ROBERTSON, A. “The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights”, en *British Yearbook of International Law*, n.º 45, Oxford University Press, 1968-1969.

SICHES, R. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997.

Otras referencias

International Commission of Jurists. *Right of privacy and rights of the personality* – Nordic Conference on privacy organised by the International Commission of Jurists – Stockholm, May 1967, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1967.

Contenido

1. Introducción	110
2. Desarrollo histórico del derecho a la personalidad jurídica	111
3. Definición, contenido y alcance del derecho a la personalidad jurídica	112
3.1. Definición y contenido del derecho	112
3.2. Titularidad del derecho	113
3.3. Alcances del derecho	115
4. Naturaleza inderogable del derecho a la personalidad jurídica	116
4.1. El derecho a la personalidad jurídica y su relación con otros derechos así como con prácticas violatorias de los derechos humanos	117
4.2. La desaparición forzada y otras graves violaciones de derechos humanos	117
4.3. El derecho al nombre	119
4.4. El derecho a la identidad	119
4.5. El derecho a la nacionalidad	121

1. Introducción

De la mano con el derecho a la vida,¹ el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es uno de los derechos más importantes consagrados por el DIDH. En efecto, en este derecho está la base misma de la noción de sujeto de derecho, lo que determina su “existencia efectiva” ante la sociedad y el Estado, y que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercer los primeros y tener “capacidad de actuar”.

En cierto modo, el derecho a la personalidad jurídica es el derecho a tener derechos. En ese sentido, el artículo XVII de la DADDH resulta ilustrativo acerca del contenido de este derecho, cuando prescribe que “[t]oda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. No sin razón, la CIJ ha destacado el carácter trascendental del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.²

Además del artículo 3 de la CADH, este derecho está consagrado en numerosos tratados e instrumentos internacionales, tanto en el ámbito universal como regional. En efecto, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra consagrado y amparado por: la DADDH,³ la DUDH,⁴ el PIDCP,⁵ la Convención Internacional para la Protección de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares,⁶ la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,⁷ los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas,⁸ la CADHP,⁹ y la Carta Árabe de los Derechos Humanos.¹⁰

Respecto de la CADHP o Carta de Banjul, algunos autores consideran que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser considerado como la primera expresión de dignidad del ser humano, en tanto que su reconocimiento como sujeto de derecho le confiere plena existencia en la sociedad.¹¹ Aunque el CEDH no hace referencia expresa al derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, en opinión del Comité de Expertos del Consejo de Europa este derecho se infiere de otras normas del CEDH y constituye un pilar de toda sociedad democrática.¹²

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el proceso de redacción de la CADH no fue objeto de mayor discusión.¹³ Durante el proceso de redacción de la CADH, Chile y Ecuador insistieron en que la redacción de este derecho siguiera con la redacción del artículo 16 del PIDCP.¹⁴ No obstante, resulta importante destacar que la CIDH –durante el anteproyecto de CADH– consideró que se trataba de un “derecho humano sustantivo” de gran importancia.¹⁵

1 Artículo 4 CADH.

2 ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, pp. 174, 178.

3 Artículo XVII: “[t]oda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales”.

4 Artículo 6: “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

5 Artículo 16: “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

6 Artículo 24: “[l]os trabajadores migratorios y sus familias tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

7 Artículo 12: “[l]os Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

8 Principio 20, párr. 1: “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Documento de la ONU E/CN.4/1998/Add.2, de 11 de febrero de 1998.

9 Artículo 5.

10 Artículo 22.

11 Ver Ouguergouz, F. *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*. Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 109.

12 Ver documento del Consejo de Europa H (70) 7, 41 f.

13 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

14 *Ibidem*, pp. 39 y 104.

15 OEA. Anuario Interamericano de Derechos Humanos - 1968, OEA, 1973, p. 96.

2. Desarrollo histórico del derecho a la personalidad jurídica

A diferencia de otros derechos humanos protegidos por la CADH, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido objeto de poco desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Ello no es una particularidad exclusiva del SIDH, pues esa misma constante se registra en el Sistema Universal de Derechos Humanos y en los demás sistemas regionales. En ese contexto, resulta de gran utilidad para delimitar el alcance y contenido de este derecho tener en cuenta cómo emergió en el derecho internacional y fue moldeado. Este análisis es pertinente, pues la propia CADH refleja un principio ampliamente reconocido del DIDH, el cual establece que:

[n]inguna disposición de la [...] Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido [...] de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados[Partes]; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y [...] excluir o limitar el efecto que puedan producir la D[ADDH] y otros actos internacionales de la misma naturaleza.¹⁶

Como lo han señalado varios autores, históricamente, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica tiene sus fuentes en el concepto de “derechos de la personalidad” del derecho civil (*droits de la personnalité, persönlichkeitsrechte, individualrechte, rights of personality*), resultado de una larga evolución que se cristalizó en el siglo XIX y tuvo su expresión en la inmensa mayoría de los códigos civiles.¹⁷ La Corte de Casación de Francia consideró que se trataban de derechos “inherentes a la personalidad en sí misma” del individuo.¹⁸ La doctrina civilista del siglo XIX coincidía al señalar que el derecho a un nombre era un elemento inherente del derecho a la personalidad.¹⁹ Como lo señaló el anterior juez de la Corte IDH, Cançado Trindade:

[...] la personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, —por otro lado el *corpus juris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no más condicionada al derecho emanado del poder público estatal.²⁰

Si bien algunos autores consideran que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido plasmado de manera demasiado general y vaga en los instrumentos internacionales,²¹ los *travaux préparatoires* de la DUDH resultan reveladores sobre el alcance de este derecho. Estos documentos precisan que el derecho garantiza que “todo ser humano tiene el derecho a disfrutar y gozar de sus derechos, asumir obligaciones contractuales y ser representado en acciones legales”.²² Durante el proceso

16 Artículo 29 de la CADH.

17 Al respecto, entre otros, ver Arminjon, P., Nolde, B. y Wolf, M. *Traité de droit comparé*. Tomos I, II y III. Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1950. Siches, R. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997, pp. 150 y ss. International Commission of Jurists. *Right of privacy and rights of the personality* – Nordic Conference on privacy organised by the International Commission of Jurists – Stockholm, May 1967, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1967.

18 Corte de Casación de Francia, Sala Civil, Sentencia de 25 de junio de 1902.

19 Al respecto, entre otros, ver International Commission of Jurists. *Right of privacy and rights of the personality*, op. cit.

20 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade.

21 Por ejemplo, ver Jacobs, F. G. *The European Convention on Human Rights*. Clarendon Press, 1975, p. 38. Robertson, A. “The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights”, en *British Yearbook of International Law*, n.º 45, Oxford University Press, 1968-1969, p. 39.

22 Citado en Lillich, R. B. “Civil Rights”, en Meron, T. *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*. Clarendon Press, 1988, p. 131. (traducción libre)

de adopción de la DUDH, uno de los comentaristas precisaría que este derecho “cubre los derechos fundamentales referente a la capacidad legal de una persona, que no son explícitamente mencionados en los artículos subsiguientes de la Declaración”.²³

Como lo subraya el profesor Richard B. Lillich, este derecho “fue pensado para ser tan importante como los derechos que salvaguardan la integridad física del individuo”. El rechazo de la Comunidad Internacional a la esclavitud, la servidumbre y las medidas del régimen nazi que denegaban la condición de ser humano a varias categorías de individuos, así como el régimen segregacionista del Apartheid, constituyen la razón de ser para que este derecho fuera consagrado como un derecho fundamental de todos los seres humanos.²⁴ En ese sentido, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ha desarrollado estrechamente con los principios de igualdad y de no discriminación, pilares fundamentales del DIDH, y considerados normas *jus cogens* por la Corte IDH.²⁵

Resulta de gran interés el trabajo de Nowak sobre el PIDCP y, en particular, su comentario sobre el artículo 16 de este tratado, el cual consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Así, Nowak ha señalado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es uno de los derechos más esenciales del ser humano –de ahí su carácter no derogable– y constituye un prerrequisito para el goce efectivo de otros derechos y libertades.²⁶ Nowak señala que “[l]a protección de la existencia del individuo presupone, en un Estado de Derecho la protección [...] del reconocimiento de la personalidad jurídica”.²⁷

3. Definición, contenido y alcance del derecho a la personalidad jurídica

3.1. Definición y contenido del derecho

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere a la facultad del individuo de ejercer y gozar de sus derechos, la capacidad de asumir obligaciones, y la “capacidad de actuar”, como lo expresara el anterior juez de la Corte IDH Cançado Trindade:

[l]a personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como una categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas.²⁸

Si bien el artículo 3 de la CADH tiene una redacción lapidaria, la DADDH resulta de gran utilidad para el establecimiento de la definición y el contenido de este derecho, al prescribir que “[t]oda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”.²⁹ Así, lo ha precisado la Corte IDH al considerar que el artículo 3 de la CADH “debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la D[ADDH]”,³⁰ y ha concluido que:

[e]l derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento

23 *Idem*.

24 *Idem*.

25 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, p. 101.

26 Nowak, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, 2a. ed. rev., N. P. Engel Publisher, 2005, p. 282.

27 *Ibidem*, p. 294. (traducción libre)

28 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005. Voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 15.

29 Artículo XVII de la DADDH.

30 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 179.

supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.³¹

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que: “la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros”.³² De igual manera, de acuerdo con la Corte IDH, cuando un individuo ha sido “puesto en una situación de indeterminación jurídica, que [le] impidió [la] posibilidad de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, [se configura] una violación de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”.³³

3.2. Titularidad del derecho

El titular del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica es la persona, esto es el ser humano o la persona física o natural. El artículo 1.2. de la CADH es claro al precisar que “[p]ara los efectos de [la] Convención, persona es todo ser humano”. La jurisprudencia interamericana ha sido consistente en considerar que “el sistema de protección de los derechos humanos en este Hemisferio se limita a la protección de personas naturales y no incluye personas jurídicas”.³⁴ Así, la CIDH ha desestimado las peticiones en las que se alega la violación de un derecho cuya titularidad es reivindicada por una persona jurídica y no por una persona física.³⁵

Este ámbito de protección personal se encuentra también en los otros sistemas de derechos humanos. Así, por ejemplo, el PIDCP se refiere al “individuo”,³⁶ y al “ser humano”.³⁷ El CEDH también se refiere a los derechos de personas físicas o seres humanos. No obstante, el CEDH tiene una sola excepción a esta regla: reconoce la titularidad del derecho a la propiedad y, por ende de protección internacional, respecto de personas jurídicas o morales.³⁸

Sin embargo, cabe señalar dos evoluciones en este campo en el SIDH: las comunidades o pueblos indígenas o tribales, y las personas morales o jurídicas.³⁹

-
- 31 *Idem*. En el mismo sentido, ver: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 166. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 87. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 157. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 187.
- 32 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 166. En el mismo sentido ver Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 179. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 179. De la misma manera, la Corte IDH ha señalado que el Estado debe procurar los medios para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ejerza libremente, asimismo debe garantizar a las personas vulnerables y marginadas las condiciones jurídicas y administrativas para ejercer ese derecho. Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 189. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 167. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 88. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 156. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 101. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 249. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párrs. 97 y 101. Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 105. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 188.
- 33 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 188. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 323. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 190.
- 34 CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, Caso 10.169, en Informe Anual de la C[IDH] 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, de 22 de febrero de 1991, p. 452. En la misma vía, ver: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 29.
- 35 *Idem*. En sentido similar, ver CIDH. Informe n.º 88/03, *Caso Parque Natural Metropolitano vs. Panamá*, Caso 11.53, 2003. CIDH. Informe n.º 47/97, *Tabacalera Boquerón S.A. vs. Paraguay*, 1997.
- 36 Ver, por ejemplo, artículo 2 (1) del PIDCP.
- 37 Ver, por ejemplo, Preámbulo párrafo 3 del PIDCP.
- 38 Artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH.
- 39 Sobre el alcance del artículo 1.2., ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

En primer lugar, la Corte IDH ha abordado la cuestión del derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las comunidades indígenas.⁴⁰ La Corte IDH ha concluido que, tratándose de comunidades o pueblos indígenas:

[e]l reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho [...] [y que] el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que estos puedan gozar de sus territorios de acuerdo a sus tradiciones. Esta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.⁴¹

Estas consideraciones, y teniendo en cuenta el Convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989), son igualmente aplicables a las comunidades afrodescendientes.

En segundo lugar, en la última década se ha venido cristalizando una tendencia de la jurisprudencia internacional de derechos humanos a reconocer cierto nivel de protección internacional a las personas jurídicas. No se trata de un reconocimiento de estas personas como sujetos y titulares de derechos humanos, pues ello sigue radicado en cabeza del ser humano. Sin embargo, tanto el Comité DHONU⁴² como el TEDH⁴³ han considerado que *cabe brindar cierto nivel de protección a las personas jurídicas, cuando estas son la expresión, materialización y vehículo del ejercicio colectivo de derechos individuales*—como las libertades de expresión y de asociación así como los derechos políticos—. No se trata de una protección directa, toda vez que la persona jurídica no es en sí misma titular de derechos humanos ni bajo el PIDCP ni el CEDH. En ese contexto, es interesante destacar que el Comité DHONU ha ordenado la restitución de la personería jurídica a personas morales, en particular organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, que habían sido disueltas por el Estado en represalia por el ejercicio colectivo de las libertades de expresión de sus miembros.⁴⁴

El SIDH no ha sido ajeno a esta evolución y, en 2015, la Corte IDH reconoció la afectación del derecho a la libertad de expresión de un grupo de individuos quienes ejercían esa libertad a través de una persona moral constituida en un medio de comunicación.⁴⁵

40 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 167. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 189.

41 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párrs. 171-172. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 107-109.

42 Comité DHONU. Comunicación n.º 1383/2005, *Vladimir Katsora, Leonid Sudalenko e Igor Nemkovich vs. Belarús*, Dictamen de 25 de octubre de 2010. Comité DHONU. Comunicación n.º 1296/2004, *Aleksander Belyatsky y otros vs. Belarús*, Dictamen de 27 de julio de 2007. Comité DHONU. Comunicación n.º 1274/2004, *Viktor Korneenko y otros vs. Belarús*, Dictamen de 31 de octubre de 2006.

43 Entre otros, ver TEDH. *Partido Comunista Unificado vs. Turquía*, Caso n.º 133/1996/752/951, Sentencia de 30 enero de 1998. TEDH. *Partido Popular Demo-cristiano vs. Moldavia*, Caso n.º 28793/02, Sentencia de 14 de mayo de 2006. TEDH. *Partido de la Libertad y la Democracia (ÖZDEP) vs. Turquía*, Caso n.º 23885/94, Sentencia de 8 de diciembre de 1999. TEDH. *Gorzeli y otros vs. Polonia*, Caso n.º 44158/98, Sentencia de 17 de febrero de 2004. TEDH. *Sidiropoulos y otros vs. Grecia*, Caso n.º 57/1997/841/1047, Sentencia de 10 de julio de 1998.

44 Comité DHONU. Comunicación n.º 1274/2004, *Viktor Korneenko y otros vs. Belarús*, Dictamen de 31 de octubre de 2006. Comité DHONU. Comunicación n.º 1296/2004, *Aleksander Belyatsky y otros vs. Belarús*, Dictamen de 27 de julio de 2007.

45 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

3.3. Alcances del derecho

La Corte IDH ha precisado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica:

[...] representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer, por lo que su violación hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, a la obligación de no vulnerar dicho derecho.⁴⁶

Si bien el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es un derecho fundamental y que está íntimamente ligado con los principios de igualdad y de no discriminación, ello no significa que el goce y ejercicio de este derecho sea igual para todas las personas, ni impide un tratamiento diferenciado. En efecto, la Corte IDH ha precisado que:

[...] no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. [...] Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad en que se encuentran.⁴⁷

Ciertamente, tal trato diferenciado solo es legítimo si está basado en criterios razonables y objetivos y no establecen discriminaciones prohibidas por el DIDH o es aplicado de manera discriminatoria.⁴⁸ Así, la Corte IDH ha precisado que:

[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.⁴⁹

Así, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica —esto es, la facultad de ejercer y gozar de sus derechos, la capacidad de asumir obligaciones y la “capacidad de actuar”— puede tener un alcance distinto respecto de ciertas categorías de individuos.⁵⁰ No obstante, ello no significa que no gocen del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica ni tampoco altera la inderogabilidad del derecho.

Una primera categoría de sujetos son los menores de 18 años y las personas con discapacidad mental. Al respecto, la Corte IDH ha precisado que no existe “discriminación por razón de edad o condición

46 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 188. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 265.

47 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 45 y 46. En el mismo sentido, ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 89.

48 *Idem*. Ver, entre otros, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984. Ver el comentario al artículo 24 (igualdad ante la ley) a cargo de Uprimny y Sánchez.

49 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 57.

50 En ese sentido, cabe recordar que la CIJ señaló que “los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a la naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad”. ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, *op. cit.*

social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”.⁵¹

De igual manera, la Corte IDH ha precisado que:

[I]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de esta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.⁵²

Otra categoría de sujetos son los extranjeros. En efecto, el alcance del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es distinto tratándose de personas extranjeras, toda vez que son admisibles las limitaciones “en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad [y] pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos”.⁵³ Igualmente y según se trate de migrantes documentados o indocumentados, el goce de ciertos derechos –como por ejemplo, el derecho de circulación y residencia–⁵⁴ puede ser diferenciado. Sin embargo, como lo ha señalado la Corte IDH, tal tratamiento diferenciado no puede infringir el respeto de la dignidad humana y debe garantizar el debido proceso legal, independientemente del estatus migratorio de las personas.⁵⁵

Otra categoría de individuos que pueden ver limitado el goce de ciertos derechos humanos, son las personas privadas de libertad y las personas condenadas; en estos casos las limitaciones o restricciones a los derechos también deben ser legales y legítimas.

4. Naturaleza inderogable del derecho a la personalidad jurídica

El carácter fundamental del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se expresa en su carácter inderogable o intangible. En efecto, así como otros tratados de derechos humanos,⁵⁶ el artículo 27 de la CADH no autoriza la suspensión del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ni aun en “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”.⁵⁷ Asimismo, la CADH no autoriza a los Estados a suspender los recursos y garantías judiciales indispensables para la protección de este derecho.⁵⁸ La Corte IDH ha precisado que esta no autorización de los recursos y garantías judiciales –prescrita por el artículo 27 de la CADH–, debe interpretarse como prohibición, ya que este derecho, como los demás de carácter inderogable, son “consustanciales” a la persona humana.⁵⁹ Del mismo modo, la Corte IDH precisó que:

[I]a determinación de qué garantías judiciales son ‘indispensables’ para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales ‘indispensables’ para asegurar los derechos relativos a la integridad de la

51 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 56.

52 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*

53 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párrs. 89 y 119.

54 Artículo 22 de la CADH.

55 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párrs. 119 y ss. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párrs. 117 y ss.

56 Ver, por ejemplo, artículo 4 (2) del PIDCP.

57 Artículo 27.2.

58 *Idem*.

59 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987, párr. 18.

persona necesariamente difieren de aquellas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.⁶⁰

Esto último resulta de trascendental importancia tratándose del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que este abarca una multiplicidad de situaciones, en tanto derecho a ser sujeto de derechos y obligaciones. Así, más allá de una casuística para la determinación específica de los recursos y garantías judiciales que deben existir en todo tiempo y circunstancia para amparar el goce y ejercicio efectivo de este derecho, la Corte IDH ha precisado que estos deben ser judiciales, idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio del derecho, surtirse de conformidad con el “debido proceso legal” e implican la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial.⁶¹

4.1. El derecho a la personalidad jurídica y su relación con otros derechos así como con prácticas violatorias de los derechos humanos

Por definición, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica está estrechamente vinculado con la inmensa mayoría de los demás derechos humanos; esto ha sido constatado de manera puntual por la jurisprudencia interamericana. Nowak va un paso más allá y argumenta —con relación al PIDCP— que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser integrado en la interpretación sistemática de toda disposición del Pacto.⁶² Esa consideración debe ser igualmente válida para la CADH, en vista de la naturaleza y el alcance del derecho.

4.2. La desaparición forzada y otras graves violaciones de derechos humanos

La jurisprudencia internacional de derechos humanos es unánime en considerar que la desaparición forzada no constituye una simple violación a los derechos humanos, sino que es una práctica que viola numerosos derechos, muchos de ellos inderogables. Así, desde su trascendental sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte IDH señaló que: “[l]a desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la C[ADH] y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”.⁶³ No huelga recordar que la Corte IDH ha declarado que la prohibición de la práctica de la desaparición forzada ha alcanzado carácter de *jus cogens*.⁶⁴

Un elemento que caracteriza la desaparición forzada es que esta práctica sustrae al individuo de la protección de la ley.⁶⁵ Esta naturaleza específica de la desaparición forzada —y así se constata en la realidad— tiene como consecuencia *suspender el goce de todos los derechos del desaparecido y colocar a la víctima en una situación de indefensión total*. Así, la desaparición forzada conlleva de manera inherente

60 *Ibidem*, párr. 28.

61 *Ibidem*, párrs. 29 y 30. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párrs. 20 y ss.

62 Nowak, M., *op. cit.*, p. 286. Así, por ejemplo, Nowak señala que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser considerado al interpretar el artículo 17 del PIDCP, que ampara el derecho a no ser “objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en [la] vida privada, [la] familia, [el] domicilio o [...] correspondencia, ni de ataques ilegales a [la] honra y reputación”. Esta protección a la vida privada, como lo señala Nowak, tiene como objetivo preservar la identidad y autonomía del individuo. *Ibidem*, p. 294.

63 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 155.

64 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 84. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 86. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 61. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 105. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 75. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 186.

65 Ver párr. 3 del Preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y artículo 2 de la Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

la violación del derecho a la personalidad jurídica. Esta constatación de la jurisprudencia⁶⁶ y doctrina⁶⁷ internacionales ha sido cristalizada en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la cual estipula que todo acto de desaparición forzada “constituye una violación a las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica [...]”.⁶⁸

Por su parte, la Corte IDH ha concluido que:

[...] en casos de desaparición forzada de personas se viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la C[ADH], pues se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos.⁶⁹

Asimismo, en el contexto de casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha considerado que “la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica.”⁷⁰

Otras graves violaciones de derechos humanos implican inherentemente una vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano, aun cuando estos derechos sean amparados autónomamente por la CADH. Así, cabe mencionar la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos.⁷¹ Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “una situación de esclavitud representa una restricción sustancial de la personalidad jurídica del ser humano”.⁷² Igualmente, cabe destacar aquellas legislaciones o prácticas que, invocando motivos prohibidos de discriminación –como, por ejemplo, la raza, el sexo, la orientación sexual, la condición social, las opiniones políticas–, impidan o nieguen la calidad de sujeto de derecho, su capacidad para actuar, y/o el goce de sus derechos civiles fundamentales. Así, por ejemplo, el Comité contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas ha destacado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica que tiene todo ser humano:

[...] es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho

66 Ver, por ejemplo, CIDH. Informe n.º 55/96, *Caso Axel Raúl Lemus García vs. Guatemala*, de 6 de diciembre de 1996, Petición 8076. Comité DHONU. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argelia, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998, párr. 10. Comité DHONU. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Kuwait, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/69/KWT, de 27 de julio de 2000, párr. 11.

67 Ver, por ejemplo, ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1435, de 13 de marzo de 1981, párrs. 185 y ss. ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1492, de 31 de diciembre de 1981, párrs. 164 y ss. ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1996/38, párr. 43. ONU. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias. *Comentario sobre el artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/2001/68, de 18 de diciembre de 2000, párr. 31. ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias–Adición: *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en material de desapariciones forzadas*, Documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, párr. 29.

68 Artículo 1(2) de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.

69 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 92. En la misma dirección, ver Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 101. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 157. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 88.

70 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 106.

71 Artículo 6 de la CADH.

72 Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, párr. 273.

de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto.⁷³

4.3. El derecho al nombre

Aun cuando la CADH ampara como derecho autónomo el derecho al nombre,⁷⁴ este derecho está estrechamente relacionado con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano.⁷⁵ No huelga recordar que el derecho de toda persona “a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”, consagrado por la CADH,⁷⁶ es inderogable.⁷⁷

En el marco del PIDCP, la relación intrínseca entre ambos derechos ha sido destacada tanto por la jurisprudencia,⁷⁸ como por la doctrina.⁷⁹ Si bien este tratado no hace referencia expresa al derecho a tener un nombre (salvo en lo que se refiere a los niños),⁸⁰ la doctrina coincide en que el derecho a un nombre tiene su fundamento jurídico en el artículo 16 del mismo Pacto, que ampara el derecho al reconocimiento jurídico de la personalidad del individuo. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha igualmente destacado la íntima relación entre el derecho al nombre, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño,⁸¹ el derecho al reconocimiento jurídico de la personalidad: “[e]s menester dar prioridad a la inscripción de los nacimientos en el registro para que cada niño sea reconocido como persona y pueda disfrutar de todos sus derechos”.⁸²

4.4. El derecho a la identidad

Aunque la CADH no consagra expresamente en sus disposiciones normativas el derecho a la identidad, la Corte IDH ha considerado que el mismo está protegido bajo el derecho internacional, toda vez que es un elemento consustancial del ser humano.⁸³

El derecho a la identidad constituye un elemento inherente al ser humano tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad. La Corte IDH ha concluido que el derecho a la identidad puede ser conceptualizado: “[de manera] general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.⁸⁴

El derecho a la identidad ha sido expresamente reconocido por varios instrumentos y estándares internacionales en relación con los derechos del niño,⁸⁵ la Corte IDH ha precisado que:

73 Recomendación general XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, 2000, párr. 19. En el mismo sentido, ver ONU. Comité CEDAW. Recomendación general n.º 21. *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994.

74 Artículo 18 de la CADH.

75 Sobre la relación entre el derecho al nombre y la personalidad jurídica, ver el comentario al artículo 18 a cargo de Beloff.

76 Artículo 18 de la CADH.

77 Artículo 27 (2) de la CADH.

78 Comité DHONU. Comunicación n.º 400/1990, *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio y Ximena Vicario vs. Argentina*, Dictamen del Comité de Derechos Humanos, de 3 de abril de 1995, párr. 10(5).

79 Nowak, M., *op. cit.*, p. 432.

80 Artículo 24 (2) del PIDCP.

81 Artículo 7 (1) de la CDN.

82 ONU. Comité de los Derechos del Niño. “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Nepal”, en Documento de las Naciones Unidas CRC/C/54, párr. 180.

83 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

84 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 113. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 122.

85 Ver, entre otros: CDN (art. 8); Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño; ONU. Resolución n.º 58/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, párr. 12; y ONU. Comisión de Derechos Humanos. Resoluciones “Derechos del niño” 2003/86 y 2000/85.

[...] si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años.⁸⁶

El estrecho vínculo entre el derecho a la identidad y el derecho a la personalidad jurídica ha sido destacado por la Corte IDH:

[a]l respecto, la Asamblea General de la OEA señaló ‘que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la DADDH y la C[ADH]’.⁸⁷

Asimismo, la Corte IDH estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.⁸⁸ En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el:

[...] derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana [y que, en consecuencia,] es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la C[ADH].⁸⁹

Sobre la estrecha relación entre los dos derechos, cabe destacar el voto disidente del anterior juez de la Corte IDH Cançado Trindade, en el caso de *Las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, en donde señaló que:

[...] no hay cómo disociar el derecho a la identidad, de la propia personalidad jurídica del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional [...] El respeto al derecho a la identidad habilita al individuo a defender sus derechos, y tiene por lo tanto incidencia asimismo en su capacidad jurídico-procesal tanto en el derecho interno como en el derecho internacional [...] El derecho a la identidad viene a reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su ‘verdad personal’. El derecho a la identidad, abarcando los atributos y características que individualizan a cada persona humana, busca asegurar que sea esta representada fielmente en su proyección en el entorno social y el mundo exterior. De ahí su relevancia, con incidencia directa en la personalidad y capacidad jurídicas de la persona humana en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional.⁹⁰

86 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 113. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 122.

87 OEA. “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, Resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007. OEA. Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), de 3 de junio de 2008. OEA. Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), de 8 de junio de 2010. Sobre ese aspecto el Comité Jurídico Interamericano consideró que si bien la CADH no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Al respecto, *cfr.* OEA. Comité Jurídico Interamericano. Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2. y 18.3.3., ratificada mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010.

88 OEA. “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, Resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007.

89 OEA. Comité Jurídico Interamericano. Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2008, párr. 12. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 123.

90 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005. Voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 13 y 19.

4.5. El derecho a la nacionalidad

Si bien —como ocurre con el derecho al nombre— la CADH ampara el derecho a la nacionalidad como un derecho autónomo⁹¹ y distinto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano, ambos derechos están estrechamente relacionados. Asimismo, ambos derechos son inderogables;⁹² esta estrecha relación entre ambos derechos ha sido destacada por la Corte IDH en los siguientes términos:

[...] el derecho a la nacionalidad [...], en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerequisite para que puedan ejercerse determinados derechos [...]. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en esta.⁹³

La Corte IDH ha destacado que: “[u]na persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado”.⁹⁴ Así, la Corte IDH, ha concluido que:

[...] los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas[...] [...] [Toda vez que] [l]a apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.⁹⁵

Por su parte, la CIDH ha considerado que cuando un Estado se niega a registrar el nacimiento, en su territorio, de hijos de padres en situación migratoria irregular, se configura una violación del derecho a la personalidad jurídica.⁹⁶ Así, la CIDH ha declarado que el Estado debe garantizar que la entrega de los documentos de identidad a estas personas se realice sin ningún tipo de discriminación y evitando cualquier tipo de arbitrariedades y trabas administrativas de forma que ellas puedan ejercer los múltiples derechos vinculados al derecho a la personalidad jurídica.

91 Artículo 20 de la CADH.

92 Artículo 27(2) de la CADH. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 128. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, párr. 136. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 23.

93 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 128. En sentido similar, ver: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, párr. 136. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 265-269.

94 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, párr. 178. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 265.

95 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, párr. 142. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 257.

96 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II. Doc.45/15 31, resumen ejecutivo, diciembre de 2015, párr. 14.

Artículo 4. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gestación.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C n.º 5. En adelante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. F. 1989.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C n.º 20. En adelante: Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C n.º 28. En adelante: Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. 1996.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 42. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 80. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C n.º 92. En adelante: Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C n.º 94. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100. En adelante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C n.º 103. En adelante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109. En adelante: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 136. En adelante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C n.º 138. En adelante: Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147. En adelante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C n.º 150. En adelante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 166. En adelante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C n.º 169. En adelante: Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C n.º 196. En adelante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C n.º 204. En adelante: Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C n.º 217. En adelante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C n.º 226. En adelante: Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C n.º 237. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C n.º 251. En adelante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n.º 257. En adelante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C n.º 261. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277. En adelante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C n.º 281. En adelante: Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 285. En adelante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C n.º 286. En adelante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. En adelante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C n.º 297. En adelante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C n.º 306. En adelante: Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C n.º 307. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C n.º 314. En adelante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 340. En adelante: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Resoluciones

Corte IDH. *Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisionales. Resolución de 9 de febrero de 2006.

Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II*. Medidas Provisionales. Resolución de 30 de marzo de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Resolución n.º 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos de América), 6 de marzo de 1981.

CIDH. Informe n.º 52/01. *Caso Juan Raul Garza vs. Estados Unidos*. Caso 12.243, 4 de abril de 2001.

CIDH. Informe n.º 62/02, *Caso Michael Domingues vs. Estados Unidos*. Fondo. Caso 12.285, 22 de octubre de 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Case of McCann and Others vs. the United Kingdom*. Judgment of 27 September 1995. Series A n.º 324.

TEDH. *Case of Kakoulli vs. Turkey*. Judgment of 22 November 2005. Application n.º 38595/97.

TEDH. *Case of Erdogan and Others vs. Turkey*. Judgment of 25 April 2006. Application n.º 19807/92.

TEDH. *Case of Khadzhiyev et al. vs. Rusia*. Judgement of 6 November 2008. Application n.º 3013/04.

TEDH. *Case of G. N. et al. vs. Italy*. Judgement of 1 December 2009. Application n.º 43134/05.

TEDH. *Case of Oyal vs. Turkey*. Judgement of 23 March 2010. Application n.º 4864/05.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

Colombia

Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 24 de octubre de 2014 (expediente de prueba, folio 38278).

Estados Unidos de América

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. *Woodson vs. North Carolina*, 428 US 280, 304 (1976).

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

ONU. *Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública* adoptado por la Asamblea General de la ONU, Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

Comité DHONU. *Comentario General n.º 6 - Artículo 6 (Derecho a la vida)*, 30 de abril de 1982.

Comisión DHONU. Informe remitido por el Sr. Manfred Nowak, miembro experto en el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 4 de marzo de 1996, E/CN.4/1996/36.

Referencias académicas

MEDINA, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005.

PETER, C. M. *Standard of Living, Promotion of*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009.

Otras referencias no académicas

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Principios rectores. Modelo de Ley sobre las Personas Desaparecidas, artículo 2. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/model-law.missing-0907_spa.pdf. (fecha de último acceso: 08/10/2017).

Otras referencias sugeridas

GARCÍA RAMÍREZ, S. (coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001.

HUERTAS DÍAZ, O. *Convención Americana de Derechos Humanos: Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*. Universidad Autónoma de Colombia, 2005.

O'DONELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

Contenido

1. Introducción	127
1.1. El sujeto pasivo	127
1.2. El sujeto activo	130
2. Las obligaciones internacionales de los Estados	132
2.1. La obligación de prevención	133
2.2. La obligación de investigar y sancionar	135
2.3. La obligación de reparación integral	136
3. Consideraciones sobre la pena de muerte	137
3.1. Limitación procesal: cumplimiento estricto de las garantías judiciales	138
3.2. El ámbito reducido de aplicación: los delitos comunes más graves, no conexos con delitos políticos	139
3.3. Consideraciones propias del reo	139
4. Consideraciones sobre las ejecuciones extrajudiciales y el uso de la fuerza	140

5. Consideraciones sobre la desaparición forzada de personas.....	143
6. El contexto de las cárceles.....	147
7. La situación de riesgo y amenaza real a la vida como violación al artículo 4 de la CADH	148
8. El concepto de vida digna	149
9. La relación del ‘derecho a la vida digna’ con el artículo 26 de la CADH	150
10. El proyecto de vida	153

1. Introducción

El derecho a la vida que tiene toda persona humana es la condición previa necesaria para la realización y disfrute de todos los demás derechos.¹ En efecto, de no ser respetado y garantizado el derecho a la vida, los demás derechos de la persona se desvanecen, ya que se afecta la existencia misma de su titular.² Como consecuencia de ello, no son aceptables las restricciones del derecho a la vida que configuran, por tanto, una violación a la CADH,³ y que en consecuencia, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados partes.

1.1. El sujeto pasivo

El artículo 4 de la CADH reconoce el derecho de toda persona “a que se respete su vida” y, en consecuencia, “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”;⁴ a partir de este enunciado los Estados asumen la obligación de adoptar medidas para proteger y preservar el derecho a la vida.⁵ El titular de este derecho es “toda persona”, entendiendo por tal, al “ser humano”.⁶ Este reconocimiento respecto a toda persona está a su vez reforzado por la cláusula general de no discriminación, contenida en el artículo 1 de la CADH.

A diferencia del artículo 6 del PIDCP y del artículo 2 del CEDH, la CADH introduce en el reconocimiento del derecho a la vida, una referencia a la protección “en general, a partir del momento de la concepción”. En el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* de 2012, la Corte IDH analizó el contenido y alcance de los artículos 4.1. y 1.2. de la CADH, estableciendo por primera vez el alcance de la protección del derecho a la vida conforme a las siguientes pautas interpretativas: 1. el sentido corriente de los términos; 2. su interpretación histórica y sistemática así como su 3. interpretación evolutiva; y 4. el objeto y fin del tratado.⁷

1 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 124. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párrs. 82-83. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 150-152. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 119-120. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 156. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 128. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 152. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 144. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 172. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 262.

2 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 156. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 152. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 110. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 144.

3 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 144.

4 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 172.

5 *Idem*.

6 Artículo 1.2. de la CADH. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 219.

7 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 173.

El caso *Artavia Murillo y otros* trata sobre la prohibición de la fertilización *in vitro* en el año 2000 por la Sala Constitucional costarricense, la cual concluyó que los “[...] alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción”.⁸ Luego de analizar la limitación de los derechos involucrados por dicha sentencia, la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional de Costa Rica por la violación del derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.⁹

En la sentencia, la Corte IDH concluyó que la protección del derecho a la vida se inicia a partir del momento de la implantación, y que tal protección se incrementa conforme al desarrollo gestacional, el cual debe ponderarse con todos los derechos humanos involucrados.¹⁰ Sobre los términos “persona”, “concepción” y “en general”, la Corte IDH afirmó que:

El concepto de “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1. [de la CADH], la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.¹¹

[...]

El término “concepción” *no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer*, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede.¹²

[...]

El término “concepción” [se entiende] *desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la C[ADH]*. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.¹³

[...]

Es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.¹⁴

Sobre el momento en que inicia la vida humana, la Corte IDH señaló que:

Se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide [la propia Corte IDH] con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido [de] que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte [IDH] es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al

8 *Ibidem*, párr. 76.

9 *Ibidem*, párr. 317.

10 *Ibidem*, párr. 264.

11 *Ibidem*, párr. 176.

12 *Ibidem*, párr. 187. (énfasis agregado)

13 *Ibidem*, párr. 189. (énfasis agregado)

14 *Ibidem*, párr. 264.

momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la C[ADH], pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.¹⁵

Por último, la Corte IDH sostuvo “que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida”.¹⁶ Esta sentencia de la Corte IDH continúa con la línea argumentativa de la decisión de la CIDH en el caso de *Baby Boy vs. Estados Unidos*,¹⁷ que luego de hacer brevemente un recuento sobre los motivos que prevalecieron en la Conferencia Especializada de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida en la CADH,¹⁸ desestimó el argumento de los peticionarios según el cual “el artículo I de la D[ADDH] ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción”, afirmando que “[e]n realidad, la [Novena] Conferencia [Internacional Americana] enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio”.¹⁹ La CIDH agregó que:

Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de “desde el momento de la concepción”, con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, *inter-alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras “en general”. *Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 “1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción”* (Anuario, 1968, p. 321).²⁰

De esta manera, bajo la CADH el sujeto pasivo del derecho a la vida es toda persona, es decir, todo ser humano, y la obligación de su protección comienza en general desde la concepción, que en el caso de la implantación debe entenderse “[...] desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la CADH.”²¹ Por lo tanto, conforme a la Corte, en ese caso “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1. [...]”,²² así para la Corte IDH “el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”.²³

Si bien hasta este momento la Corte IDH no se ha pronunciado respecto al derecho interno de los Estados que reconocen la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) o el aborto, a través de su sentencia *Artavia Murillo y otros* avanza en el debate de los derechos reproductivos en la región, sobre todo en aquellos Estados que penalizan totalmente la IVE y la anticoncepción oral de emergencia. En este sentido, la Corte IDH explora preliminarmente la temática al: 1. Afirmar que el sujeto de protección no es el embrión, sino la mujer embarazada. 2. Realizar una interpretación de la protección más favorable a la persona, rechazando la noción de protección absoluta de derechos que obstaculizan el objeto y el fin de los derechos convencionales. 3. Establecer el vínculo entre la autonomía personal, la libertad

15 *Ibidem*, párr. 185.

16 *Ibidem*, párr. 253.

17 CIDH. Resolución n.º 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos de América), 6 de marzo de 1981. Aunque los Estados Unidos de América no son Estado parte de la CADH, el derecho a la vida se encuentra también reconocido en el artículo I de la DADDH, lo cual le otorga competencia a la CIDH para vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas por los Estados partes de ese instrumento.

18 Asimismo, ver Medina, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pp. 69 y ss.

19 CIDH. Resolución n.º 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos de América), 6 de marzo de 1981, párr. 20 (H).

20 *Ibidem*, párr. 25. Énfasis agregado.

21 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 264.

22 *Ibidem*, párr. 256.

23 *Ibidem*, párr. 187.

reproductiva y la integridad física y psicológica.²⁴ 4. Afirmar que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”.²⁵ y 5. Establecer el marco para ponderar los derechos en conflicto en el contexto de los derechos sexuales y reproductivos.²⁶

En este sentido, si bien la Corte IDH reconoce la procedencia de la “protección de la vida prenatal”, introduce un complejo test de ponderación, al afirmar que las limitaciones al derecho a la vida no deben:

[...] hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario, y si la satisfacción de este justifica la restricción del otro.²⁷

1.2. El sujeto activo

La contrapartida del derecho de toda persona a la vida es la obligación internacional de los Estados de respetarlo, garantizarlo y protegerlo. En consecuencia, el incumplimiento de esa obligación por la acción u omisión del Estado genera su responsabilidad internacional, y por tanto, su obligación de reparar los daños causados. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía del Estado, es evidente que el perpetrador de la violación al derecho a la vida –en el marco de las obligaciones previstas en el artículo 1.1. de la CADH– son los agentes del mismo Estado.

La Corte IDH ha realizado consideraciones sobre el momento en que las conductas de los agentes del Estado pueden constituir violaciones al derecho a la vida; por ejemplo, en el caso de la “*Masacre de Mapiripán*” vs. Colombia,²⁸ la Corte IDH reiteró que la responsabilidad internacional de los Estados ocurre con independencia de la jerarquía del órgano transgresor, del grado de culpabilidad de la persona perpetradora, e incluso no requiere a estos efectos la identificación individual del agente transgresor.²⁹ La Corte IDH estableció que:

[E]l origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en ‘actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la C[ADH]’, y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.³⁰

Adicionalmente, la responsabilidad del Estado se configura, no solo por la actuación directa de sus agentes, sino cuando terceros (particulares) actúan con el apoyo, tolerancia u omisión del propio Estado:

24 *Ibidem*, párr. 185.

25 *Ibidem*, párr. 147.

26 *Ibidem*, párrs. 273, 274 y 316.

27 *Ibidem*, párr. 274.

28 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

29 *Ibidem*, párr. 110.

30 *Idem*. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 71. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 142. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 163. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004, párr. 141. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 41. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 75.

Es suficiente la demostración de que ha habido *apoyo o tolerancia* del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.³¹

Asimismo, la Corte IDH reafirmó que la responsabilidad internacional del Estado incluso puede derivarse de conductas realizadas por particulares, *en la medida que se encuentren en posición de garantes con relación a dichas obligaciones*:

Dicha 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. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. *La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención.*³²

En el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, la Corte IDH estableció que deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares de riesgo y las obligaciones de garantía y prevención específicas, y determinó que:

[L]as obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.³³

En todo caso, conforme a la naturaleza de la responsabilidad internacional del Estado, dicha responsabilidad se genera adicionalmente cuando el Estado no ha reparado en el derecho interno las violaciones ocurridas por sus propios medios.³⁴

Por consiguiente, el Estado es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la vida de las personas, en términos generales, cuando incumple con sus obligaciones de garantizar y respetar dicho derecho convencional; y en concreto, por: 1. los actos u omisiones de cualquier poder u órgano del Estado, cometidos directamente por sus agentes; 2. por las conductas de terceros, cuando ha ocurrido el apoyo, la tolerancia o la omisión del Estado o cuando el Estado se encuentre en posición de garante con relación a dichas obligaciones; 3. cuando el Estado esté en conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y cuenta con posibilidades razonables para prevenir o evitar ese riesgo; y en todo caso, 4. por la falta de reparación en el derecho interno de las violaciones de derechos humanos.

31 Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 110. (énfasis agregado)

32 *Ibidem*, párr. 111. (énfasis agregado)

33 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 280.

34 Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 111 y 113.

2. Las obligaciones internacionales de los Estados

En el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*,³⁵ la Corte IDH recordó las obligaciones que tienen los Estados en relación con el derecho a la vida, afirmando que estas son tanto de carácter negativo como de carácter positivo:

[L]os Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1. de la C[ADH], no solo presupone que *ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)*,³⁶ conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.³⁷

Como ha establecido la Corte IDH, la protección del derecho a la vida no se limita formalmente “a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean estas sus fuerzas de policía y a sus fuerzas armadas”.³⁸ Por ende, el Estado no solo debe crear las condiciones necesarias adecuadas, sino que estas deben ser aplicadas de forma efectiva para asegurar el efecto útil del derecho. A este respecto, la Corte IDH ha afirmado que:

En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la C[ADH], los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo. El objeto y propósito de la CADH, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*).³⁹

Así, la Corte IDH ha concluido que:

[L]os Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares;⁴⁰ y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.⁴¹

35 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 187.

36 *Ibidem*, párr. 186, citando a: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 144. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 74. Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 245.

37 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 186. (énfasis agregado). Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 120. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 74. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 125. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 85. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 153. Igualmente, ver Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 127. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 168.

38 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 110. (notas al pie omitidas)

39 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 64. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 83. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999, párr. 36.

40 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 66. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 85. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 120.

41 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 66.

Con relación a la protección especial que deben recibir las mujeres y las niñas, es importante resaltar que en el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*,⁴² la Corte IDH recordó que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará instituye deberes al Estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,⁴³ los cuales especifican y complementan las obligaciones generales que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la CADH, tales como los establecidos en los artículos 4 y 5.⁴⁴ Esto demuestra que *en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, obligaciones específicas bajo la Convención de Belém do Pará*.

Finalmente, el derecho a la vida goza de una serie de especificaciones para su limitación por parte del Estado. Así, el derecho no admite regulación alguna de carácter restrictivo,⁴⁵ es un derecho que se encuentra enmarcado en los derechos no sujetos a suspensión por el Estado (orden público), de conformidad con el artículo 27.2. de la CADH “como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes”.⁴⁶ Esto implica que las obligaciones convencionales relativas al derecho a la vida no pueden ser restringidas ni suspendidas ni siquiera en estados de excepción; y que su regulación debe hacerse mediante ley, sujeta a los estrictos parámetros de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, atendiendo a los principios de progresividad y no discriminación.⁴⁷

2.1. La obligación de prevención

La Corte IDH ha establecido las obligaciones que tiene el Estado para prevenir las violaciones al derecho a la vida. Dentro de estas obligaciones el deber de prevención comprende las siguientes medidas:

[...] el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.⁴⁸

En el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, la Corte IDH estableció que:

[D]entro de los mecanismos de prevención de violaciones al derecho a la vida, el Estado debe establecer procedimientos efectivos para investigar seriamente y a profundidad las circunstancias en las que podría darse una violación del derecho a la vida.⁴⁹

42 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 202.

43 La Convención de Belém do Pará define la violencia contra la mujer en su artículo 1 como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

44 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 108. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 346. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 277.

45 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 186. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 144. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 63. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 78.

46 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 82. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 150.

47 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párrs. 83-86.

48 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 166. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 519. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 107.

49 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 133, citando a: Comité DHONU. *Comentario General n.º 6 - Artículo 6 (Derecho a la vida)*, 30 de abril de 1982, párr. 4.

En especial, la Corte IDH ha establecido que los Estados deben adoptar medidas integrales de prevención para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres:

[D]eben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.⁵⁰ *La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.* Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.⁵¹

La Corte IDH ha indicado que para establecer un incumplimiento del deber de prevenir violaciones a los derechos a la vida e integridad personal por parte del Estado:

[...] debe verificarse que las autoridades estatales sabían o debían [tener conocimiento] de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida y/o integridad personal de un individuo o grupo de individuos determinado, y que tales autoridades no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.⁵²

En este sentido, la Corte IDH ha analizado en casos de desaparición forzada de mujeres y niñas el deber de prevención en dos periodos: 1. antes de la desaparición de la víctima, donde evalúa el contexto de violencia contra la mujer, y 2. antes de la localización de su cuerpo sin vida, para verificar “el momento en que las autoridades estatales sabían o debían [tener conocimiento] de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida” de la víctima.⁵³

En el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH declaró la violación del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal reconocidos en los artículos 4.1. y 5.1. de la CADH, en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1., aplicando los elementos anteriormente expuestos y resaltando que:

[L]as autoridades guatemaltecas no actuaron con la debida diligencia *requerida para prevenir adecuadamente la muerte y agresiones sufridas* por Claudina Velásquez y no actuaron como razonablemente era de esperarse de acuerdo al contexto del caso y a las circunstancias del hecho denunciado. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado —el cual pone a las mujeres en una situación especial de riesgo— y a las obligaciones específicas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.⁵⁴

Por último, la impunidad en materia de violaciones al derecho a la vida configura en sí una violación a la obligación de prevención por parte del Estado.⁵⁵ La Corte IDH en el caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*,⁵⁶ resumió el mencionado estándar al indicar que para que surja la responsabilidad positiva del Estado en prevenir una violación al derecho a la vida, deben identificarse los siguientes elementos:

50 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 258.

51 *Idem.* (énfasis agregado). Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 136. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 108.

52 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 123. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 143. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 109.

53 Este análisis lo realizó en los casos: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párrs. 137 y ss. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párrs. 110 y ss.

54 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 133. (énfasis agregado)

55 Sobre la obligación de prevención, ver el comentario al artículo 1 a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

56 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

[Q]ue al momento de los hechos existía una situación de riesgo real e inmediato para la vida de [la víctima]; que las autoridades conocían o debían tener conocimiento de dicho riesgo, y que no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo. Dicha verificación deberá tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad, la causa de muerte y el correspondiente nexo causal entre estos.⁵⁷

2.2. La obligación de investigar y sancionar

2.2.1. Consideraciones generales

Cuando ocurre una violación del derecho a la vida de una persona, surge la obligación para el Estado de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Estas obligaciones estatales han sido desarrolladas por la Corte IDH desde su primera sentencia de fondo y de reparaciones. En las sentencias hito *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1988 y 1989, la Corte IDH tempranamente determinó esta obligación fundamental en los siguientes términos:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, *de investigar seriamente* con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción *a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación*.⁵⁸

La Corte IDH precisó que, aunque es de medios, esta obligación de investigar y sancionar no es una mera formalidad, ya que la misma debe ser asumida con “seriedad” conforme a estándares objetivos:

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, *debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁹

De allí en adelante, en aquellos casos en los cuales ha habido una violación grave a los derechos humanos y dicha violación no ha sido investigada, y/o no se han identificado a los responsables y estos no han sido sometidos a proceso o no han sido sancionados, la Corte IDH requiere al Estado el cumplimiento de esta obligación como parte de la reparación integral y del deber de prevención.

Así, la Corte IDH ha señalado que: “es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos sus responsables”.⁶⁰ De lo contrario, “se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida”.⁶¹ Asimismo, ha precisado que “una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida se refleja necesi-

57 *Ibidem*, párr. 265. (notas al pie omitidas)

58 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 174. (énfasis agregado)

59 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 177. (énfasis agregado). En el mismo sentido ver, entre otros, Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. 1996, párr. 61. Se recomienda revisar los conceptos y referencias de ese párrafo de la sentencia *Caso El Amparo vs. Venezuela*.

60 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 156.

61 *Idem*.

riamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho”.⁶² De tal manera que la obligación de investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central para determinar la responsabilidad estatal en un caso concreto.⁶³

2.2.2. La obligación de investigar y sancionar en el marco de un contexto general de violencia en contra de la mujer o por razón de género

La Corte IDH ha afirmado que “el deber de investigar tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres”.⁶⁴ De esta manera, la Corte IDH estableció que:

[...] en casos de sospecha de homicidio por razón de género, la obligación estatal de investigar con la debida diligencia incluye *el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual*.⁶⁵

De acuerdo con la Corte IDH dicha investigación no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual.⁶⁶ En el caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* la Corte IDH estableció que:

[d]icha investigación deberá incluir una perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, y posibilitar a los familiares de la víctima información sobre los avances en la investigación, de conformidad con la legislación interna, y en su caso, la participación adecuada en el proceso penal. Asimismo, la investigación debe realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.⁶⁷

Por último, deben existir reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas.⁶⁸

2.3. La obligación de reparación integral

Ante la violación al derecho a la vida la reparación integral requiere además de la investigación y sanción de los responsables, la exigencia al Estado de la indemnización monetaria a los familiares de la víctima, incluyendo no sólo el daño emergente y el lucro cesante (incalculables en muchos casos en lo que refiere al derecho a la vida), sino también teniendo en cuenta el proyecto de vida de la víctima.

Además de la reparación integral a la víctima, en algunos casos particulares, pueden resultar indispensables otros tipos de reparaciones complementarias a favor de las víctimas y sus familiares. En la sentencia sobre reparaciones del caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, la Corte IDH incluye como modalidades de reparaciones: (i) la consagración formal de delitos internacionales (en este caso la desaparición forzada) dentro del ordenamiento jurídico penal del Estado;⁶⁹ (ii) combatir la impunidad e investigar,

62 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 117.

63 *Ibidem*, párr. 137.

64 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 146. Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 293. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 242.

65 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 147. (énfasis agregado)

66 *Idem*. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 188.

67 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 251.

68 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 470. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 278.

69 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. RC. 2002, párr. 98.

identificar y sancionar a los responsables de los hechos que constituyen violación al derecho a la vida;⁷⁰ y (iii) ubicar los restos mortales de la persona víctima de la privación de la vida.⁷¹

De la misma manera, en la sentencia sobre reparaciones del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, en el marco de la violación sistemática al derecho a la vida del grupo de personas integrantes de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, se plasmó como modalidad de reparaciones la elaboración de un plan de exhumaciones.⁷²

En el 2009, en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, la Corte IDH estableció, por primera vez, la necesidad de ir más allá de las medidas de restitución en los casos de violencia contra la mujer, y de *elaborar reparaciones orientadas a abordar el contexto de la discriminación estructural que promueve la repetición de violencia en su contra*:

[E]l concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el [re]establecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...], *las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo*. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.⁷³

3. Consideraciones sobre la pena de muerte

En 5 de los 6 numerales del artículo 4, la CADH regula las restricciones a la pena de muerte, permitiendo excepcionalmente su aplicación, bajo ciertas circunstancias, por los Estados que al momento de firmar el instrumento convencional no la han abolido.

La regulación del artículo muestra la falta de consenso entre los Estados que participaron en la redacción del Pacto de San José en torno a la pena de muerte y su completa abolición. No obstante, en términos generales, la propia CADH contiene un propósito abolicionista que se desarrolló en la jurisprudencia, y se concretó en el Protocolo Adicional a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990.⁷⁴

Para la Corte IDH “[e]l asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo, según el cual ‘toda persona tiene derecho a que se respete su vida’ y por un principio procesal según el cual nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.⁷⁵ El numeral 2 del mismo artículo 4 señala que la pena de muerte “tampoco se extenderá [...] a delitos a los cuales no se la aplique actualmente” y, según el numeral 3: “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

De manera categórica, en su opinión consultiva sobre las *restricciones a la pena de muerte*, la Corte IDH señaló que:

[...] la CADH expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar

70 *Ibidem*, párr. 111.

71 *Ibidem*, párr. 114.

72 Aunado a que la Corte IDH ordenó también que la víctima del caso, el Sr. Efraín Bámaca Velásquez, fuera exhumado sin costo alguno para los familiares, y con el fin de que se le diera sepultura conforme a las costumbres y tradiciones de la comunidad indígena a la que pertenecía.

73 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 450. (énfasis agregado)

74 Este Protocolo fue adoptado el 8 de junio de 1990 y entró en vigor el 28 de agosto de 1991.

75 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983, párr. 53.

definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que este se vaya reduciendo hasta su supresión final.⁷⁶

Por tanto, las disposiciones de la CADH respecto a la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse a la luz del principio *pro persona*, es decir, a favor del derecho a la vida de las personas.⁷⁷ Así, la Corte IDH concluyó que:

La imposición de esta sanción está sujeta a ciertas garantías procesales y el cumplimiento de las mismas debe ser estrictamente observado y revisado. Debido a la naturaleza excepcionalmente seria e irreversible de la pena de muerte, la posibilidad de su imposición o aplicación está sujeta a ciertos requisitos procesales, cuyo cumplimiento debe ser estrictamente observado y revisado.⁷⁸

De conformidad con el artículo 4 de la CADH, la Corte IDH ha agrupado en tres categorías las limitaciones para la aplicación de la pena de muerte en los Estados donde todavía está vigente: 1. la aplicación de la pena está sujeta a ciertas reglas procesales, cuyo respecto debe vigilarse y exigirse de modo estricto; 2. solo debe aplicarse a los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos; y 3. deben tomarse en cuenta ciertas consideraciones propias de la persona del reo.⁷⁹

3.1. Limitación procesal: cumplimiento estricto de las garantías judiciales

El numeral 2 del artículo 4 de la CADH establece que, “en los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse [...], en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito”. Tal disposición supone el cumplimiento de todas las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la CADH, pero refuerza algunas como: 1. el ser juzgado por un tribunal competente, 2. la no aplicación retroactiva de la ley; y 3. la imposición mediante una sentencia firme.

La Corte IDH en su opinión consultiva relativa al *derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, relacionada a un proceso que puede llevar a la aplicación de pena de muerte, afirmó que “[s]iendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, a modo de evitar una violación de estas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida”.⁸⁰ Este es el test conocido como de “alto escrutinio” (*high scrutiny*).

A este respecto, la CIDH ha especificado que en los procesos que pueden culminar en aplicación de la pena capital se hace necesaria la estricta aplicación de las garantías fundamentales del debido proceso. Estos requisitos sustantivos básicos incluyen: el derecho a no ser condenado por acto u omisión alguno que no haya constituido un delito penal, de acuerdo con el derecho nacional o internacional en el momento en que fue cometido; y el derecho a no ser sometido a una pena más rigurosa que la aplicable en el momento en que se cometió el delito. También incluyen protecciones procesales fundamentales del debido proceso, entre ellas, el derecho a la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad de acuerdo con la ley, el derecho a la notificación previa de los cargos; el derecho al tiempo y a los medios adecuados para preparar la defensa; el derecho a ser juzgado por un tribunal competente,

76 *Ibidem*, párr. 57. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 99. Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, párr. 52. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 126.

77 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 125-126, citando a: Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, párr. 52. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párr. 49.

78 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 126, citando a: Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, párr. 50. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párr. 84. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83, *op. cit.*, párr. 55.

79 *Idem*.

80 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 136.

independiente e imparcial, establecido previamente por ley; el derecho del acusado a defenderse personalmente o con la asistencia de un asesor letrado de su propia elección y a comunicarse libre y privadamente con su asesor, y el derecho a no ser obligado a atestiguar en su contra ni a declararse culpable.⁸¹

3.2. El ámbito reducido de aplicación: los delitos comunes más graves, no conexos con delitos políticos

Hasta este momento, la jurisprudencia de la Corte IDH no ha establecido en detalle sobre cuándo se está en presencia de “uno de los delitos más graves”. En el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, la Corte IDH estableció algunas pautas al señalar que:

[A]l considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, ‘se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte.

[...]

[u]na de las formas que puede asumir la privación arbitraria de la vida, en los términos de la prohibición del artículo 4.1. de la CADH, es la que se configura cuando, en los países en que aún existe la pena de muerte, esta se utiliza para castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad.⁸²

La jurisprudencia de la Corte IDH, hasta este momento tampoco ha tenido oportunidad de determinar cuándo se está en presencia de un delito político o conexo con este. En la opinión consultiva sobre las *restricciones a la pena de muerte*, solicitada por Guatemala, con relación a la reserva realizada al artículo 4, el juez Rodolfo E. Piza señaló en su opinión separada “[q]ue el artículo 4.4 de la Convención, proscribe la aplicación de la pena de muerte a los delitos políticos y a los comunes conexos con los políticos, aun si ya la tuvieran prevista con anterioridad”.⁸³

3.3. Consideraciones propias del reo

El numeral 5 del artículo 4 establece, que no se podrá aplicar la pena cuando estén presentes algunas de las siguientes condiciones personales del reo: 1. menores de 18 años; 2. mayores de 70 años (en ambos casos al momento de la comisión del delito), y a las 3. mujeres embarazadas.

Con relación a los menores de edad, en un informe de fondo del 2001, la CIDH afirmó que:

[L]as evidencias descritas anteriormente ilustran claramente que, al persistir en la práctica de ejecutar a delinquentes menores de 18 años, Estados Unidos se singulariza entre las naciones del mundo desarrollado tradicional y en el sistema interamericano, y ha quedado cada vez más aislado en la comunidad mundial. Las pruebas abrumadoras de la práctica mundial de los Estados ilustra la congruencia y generalización entre los Estados del mundo en el sentido de que la comunidad mundial considera que la ejecución de delinquentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito es incongruente con las normas imperantes de decencia. Por lo

81 CIDH. Informe n.º 52/01. *Caso Juan Raul Garza vs. Estados Unidos*. Caso 12.243, 4 de abril de 2001, párr. 101.

82 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párrs. 105-106. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció que la condena obligatoria a la pena de muerte constituyó una violación de las garantías del debido proceso de la Enmienda XIV y del derecho a no ser sometido a un tratamiento cruel o inusual de la Enmienda VIII, en relación con la Constitución de Estados Unidos de América. En la misma sentencia, la Corte IDH indicó que la imposición de la pena de muerte generalmente requiere una consideración de los aspectos relevantes del carácter del acusado y las circunstancias del delito particular. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. *Woodson vs. North Carolina*, 428 US 280, 304 (1976).

83 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83, *op. cit.* Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, p. 2.

tanto, la Comisión opina que ha surgido una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito.⁸⁴

Por su parte, en el caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre las obligaciones de los Estados partes de la CADH con relación al derecho a la vida, en el marco de procesos de extradición, a fin de que las personas no sean sometidas a la pena de muerte:

Conforme a la obligación de garantizar el derecho a la vida, *los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden exponer a una persona bajo su jurisdicción al riesgo real y previsible de su aplicación, por lo cual no pueden expulsar, por deportación o extradición, a las personas bajo su jurisdicción si se puede prever razonablemente que pueden ser condenadas a muerte, sin exigir garantías de que dicha pena no les será aplicada*. Asimismo, *los Estados Parte de la Convención que no han abolido la pena de muerte no pueden exponer, mediante deportación o extradición, a ninguna persona bajo su jurisdicción que se encuentre bajo el riesgo real y previsible de ser condenado a pena de muerte, salvo por los delitos más graves y sobre los cuales se aplique actualmente la pena de muerte en el Estado Parte requerido*. En consecuencia, *los Estados que no han abolido la pena de muerte, no podrán expulsar a ninguna persona bajo su jurisdicción, por deportación o extradición, que pueda enfrentar el riesgo real y previsible de aplicación de pena de muerte por delitos que no están penados con igual sanción en su jurisdicción, sin exigir las garantías necesarias y suficientes de que dicha pena no será aplicada*.⁸⁵

4. Consideraciones sobre las ejecuciones extrajudiciales y el uso de la fuerza

El artículo 4 de la CADH claramente prohíbe la privación arbitraria a la vida, lo cual puede contraponerse a la privación ‘legal’ de la vida. Las privaciones legales pueden suceder en determinados casos autorizados por el derecho internacional humanitario en situaciones extremas de combate, y ante blancos militares justificados; asimismo, en un estado en el que no se aplique el derecho internacional humanitario, estas privaciones legales pueden ser el resultado del uso excepcional, necesario, razonable, proporcional y justificado de la fuerza por los agentes del orden público para salvar la vida de otras personas.⁸⁶

Es evidente que en todos los demás casos estamos ante privaciones arbitrarias de la vida. Un ejemplo es el caso de las ejecuciones extrajudiciales –prohibidas por la CADH–. Este acto genera la responsabilidad internacional del Estado tanto por el incumplimiento de su obligación de no hacer (no ejecutar arbitrariamente), como por el incumplimiento de sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar.

84 CIDH. Informe n.º 62/02, *Caso Michael Domingues vs. Estados Unidos*. Caso 12.285. Fondo. 22 de octubre de 2002, párr. 85.

85 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 134. (énfasis agregado)

86 Es importante recordar que en caso de conflicto armado de carácter internacional o no internacional, el derecho internacional de los derechos humanos seguirá vigente, por lo que ambas ramas del derecho internacional público –derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario– deberán ser aplicadas. En el caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, la Corte IDH analizó la ejecución extrajudicial en el marco de un conflicto armado no internacional invocando el *corpus juris* del derecho internacional humanitario. En particular, manifestó que en dichos casos “el análisis de la posible violación del artículo 4 de la Convención Americana deberá, por ende, considerar entre otros el principio de distinción [...], el principio de proporcionalidad y el principio de precaución [principios propios del derecho internacional humanitario].” Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 273. (notas al pie omitidas)

Con relación a la obligación de investigar las ejecuciones extrajudiciales ocurridas en un Estado, en el caso de la “*Masacre de Mapiripán*” vs. *Colombia*, la Corte IDH estableció estándares especiales para la realización de dicha investigación, fundando su criterio en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas. De acuerdo con la Corte IDH, en esos casos, la investigación debe conducir hacia: 1. la identificación de la víctima; 2. recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte; 3. identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; 4. identificar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, al igual que la existencia de algún patrón que pueda haberla causado; 5. distinguir los casos de muerte natural, accidental, suicidio y homicidio; y 6 investigar exhaustivamente la escena del crimen, realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más adecuados.⁸⁷

Además, en la misma sentencia de la “*Masacre de Mapiripán*”, la Corte IDH dispuso que dicha investigación debe ser iniciada de oficio y sin dilación, debe ser seria, imparcial y efectiva; se debe permitir la participación y garantizar el derecho a ser oído de las víctimas de violaciones de derechos humanos y los familiares durante todas las etapas del proceso (investigación, sanción y en la búsqueda de la compensación).⁸⁸ Esto no implica que la obligación de investigar recaer en las víctimas, sino todo lo contrario, pues la carga de encontrar la verdad es siempre del Estado.⁸⁹

En cuanto al uso de la fuerza: por fuerzas policiales del Estado, se debe tener en cuenta como premisa fundamental lo establecido por la Corte IDH en la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* en 1988:

[E]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.⁹⁰

Ahora bien, en la sentencia al caso *familia Barrios vs. Venezuela* de 2011, la Corte IDH desarrolló los principios y límites a los que está supeditado el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad y policía del Estado, y señaló que: 1. debe ser excepcional, planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades, de tal forma que sea el último recurso, cuando se hayan agotado y fracasado los demás medios de control; 2. se debe prohibir como regla general el uso de la fuerza letal y las armas de fuego, y su uso debe estar formulado por ley y ser interpretado restrictivamente, de tal forma que no exceda al absolutamente necesario; 3. debe ser proporcional y necesario, y debe atender al principio de humanidad; 4. se requiere que la legislación interna establezca las pautas para la utilización de la fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes del Estado; y 5. que en caso del uso de las armas de fuego con consecuencias letales, debe iniciarse una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva sobre los hechos.⁹¹

87 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 149. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párrs. 127 y 132.

88 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 219.

89 *Idem*. En la misma sentencia, la Corte IDH señaló que: “[...] algunos de los imputados han sido juzgados y condenados en ausencia. Además, la reducida participación de los familiares en los procesos penales, ya sea como parte civil o como testigos, es consecuencia de las amenazas sufridas durante y después de la masacre, la situación de desplazamiento que enfrentaron y el temor a participar en dichos procesos. Por tanto, mal podría sostenerse que en un caso como el presente deba considerarse la actividad procesal del interesado como un criterio determinante para definir la razonabilidad del plazo”.

90 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 162. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995, párr. 75. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 70.

91 Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 49.

De igual forma, la Corte IDH se ha referido a los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por parte de oficiales encargados de hacer cumplir la ley de la ONU, los cuales disponen que:

[L]as armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de ‘defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida’.⁹²

En este sentido, respecto a la prohibición –y la excepcionalidad– del uso de la fuerza letal por parte de los agentes del Estado, en el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*,⁹³ la Corte IDH afirmó lo siguiente:

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, [la Corte IDH] ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.⁹⁴ [...] En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el absolutamente necesario en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria.⁹⁵

En consecuencia, el Estado debe garantizar que sus agentes no hagan un uso arbitrario de la fuerza, de manera que pueda comprometer su responsabilidad internacional por violación del derecho a la vida de las personas; por lo cual, en el caso de que una violación ocurra, ya sea por órganos del Estado o por terceros, debe siempre proceder a investigar, sancionar, y en su caso, reparar integralmente a los familiares de la víctima; y adoptar las medidas necesarias de no repetición.

En el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, la Corte IDH se refirió en particular a que el uso de la fuerza debe realizarse en armonía con los principios de: 1. *legalidad*, “el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo”; 2. *absoluta necesidad*, “es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso;” y 3. *proporcionalidad*. Con relación al principio de proporcionalidad, la Corte IDH señaló en la misma sentencia que:

[...] el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando

92 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 69.

93 *Ibidem*, párr. 78. En este mismo caso, la Corte IDH ha señalado el deber del Estado de limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales.

94 *Ibidem*, párr. 67, citando a: Corte IDH. *Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisionales. Resolución de 9 de febrero de 2006, considerando décimo séptimo. Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare Iy II*. Medidas Provisionales. Resolución de 30 de marzo de 2006, considerando décimo quinto.

95 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párrs. 67-68. En el párrafo 68 de la sentencia, la Corte IDH cita las siguientes fuentes: TEDH. *Case of Erdogan and Others vs. Turkey*. Judgment of 25 April 2006. Application n.º 19807/92, párr. 67. TEDH. *Case of Kakoulli vs. Turkey*. Judgment of 22 November 2005. Application n.º 38595/97, párrs. 107-108. TEDH. *Case of McCann and Others vs. the United Kingdom*. Judgment of 27 September 1995. Series A n.º 324, párrs. 148-150 y 194. ONU. *Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública* adoptado por la Asamblea General de la ONU, Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, art. 3.

el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda.⁹⁶

Posteriormente, en el caso *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*, la Corte IDH estableció que *tales principios están dirigidos a situaciones en las cuales el uso de la fuerza tiene algún objetivo o fin preestablecido*,⁹⁷ y añadió que “en el análisis del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado se deben tomar en cuenta tres momentos fundamentales: las acciones preventivas, las acciones concomitantes a los hechos, y las acciones posteriores a los hechos”.⁹⁸

Recientemente, en el caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador* de 2015, la Corte IDH precisó que el análisis de esos tres momentos fundamentales no ha de ser tomado en cuenta ante situaciones *donde el uso de la fuerza no tiene base o apariencia alguna de legitimidad o legalidad*.⁹⁹ En esos casos, corresponde “analizar los alcances del uso ilegítimo de la fuerza a la luz de las obligaciones de respeto y garantía del derecho a la vida para determinar si la privación de la vida de la presunta víctima tiene carácter arbitrario”.¹⁰⁰

En el caso de los *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, con relación al deber de garantía, la Corte IDH reiteró:

[...] que tratándose del uso de la fuerza, resulta indispensable que el Estado: cuente con la existencia de un marco jurídico adecuado que regule el uso de la fuerza y que garantice el derecho a la vida; brinde equipamiento apropiado a los funcionarios a cargo del uso de la fuerza, y seleccione, capacite y entrene debidamente a dichos funcionarios.¹⁰¹

La Corte IDH precisó, además, que para determinar la proporcionalidad del uso de la fuerza se debe evaluar la situación a la que se enfrenta el funcionario, tomando en consideración, entre otras circunstancias: “la intensidad y peligrosidad de la amenaza”; “la forma de proceder del individuo”; “las condiciones del entorno, y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica”.¹⁰² Adicionalmente, este principio requiere que el funcionario busque reducir al mínimo los daños y “utilizar el nivel de fuerza más bajo para alcanzar el objetivo legal buscado”.¹⁰³

5. Consideraciones sobre la desaparición forzada de personas

En cuanto a la desaparición forzada de personas, la jurisprudencia de la Corte IDH reconoció en su sentencia del caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, que esta ha sido:

[P]recursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad.¹⁰⁴

Así, la Corte IDH, a lo largo de toda su jurisprudencia, ha tratado a este delito como una violación pluriofensiva de la CADH, de tal forma que genera la responsabilidad internacional del Estado

96 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 85.

97 Cfr. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 162.

98 *Ibidem*, párr. 78.

99 Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 109.

100 *Ibidem*, párr. 110.

101 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 126.

102 *Ibidem*, párr. 136.

103 *Idem*.

104 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párr. 92, citando a: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 59. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 195.

por violación al derecho a la vida (artículo 4), la integridad personal (artículo 5), la libertad personal (artículo 7) y el derecho a la personalidad jurídica (artículo 3).¹⁰⁵ La Corte IDH ha afirmado al respecto que:

La desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos [...] que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.¹⁰⁶

La Corte IDH añade, a tales efectos, que:

En lo que se refiere al artículo 4 de la [CADH], la Corte ha considerado que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida. Además, [la Corte IDH] ha establecido que la desaparición forzada ha incluido con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una violación del derecho a la vida [...].¹⁰⁷

La prohibición de la desaparición forzada ha obtenido el rango de *ius cogens*, siendo, por tanto, una prohibición de carácter inderogable, ya que su pluriviación “implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el SIDH”.¹⁰⁸

Asimismo, con relación al carácter continuado o permanente de la desaparición forzada, la Corte IDH, en el caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, afirmó que:

[E]n el derecho internacional la jurisprudencia de [la Corte IDH] ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad.¹⁰⁹

Es importante señalar que, en el caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, la Corte IDH precisó la diferencia entre la desaparición de personas y la desaparición forzada de personas, al recordar los elementos de esta última de la siguiente manera:

[L]a desaparición de una persona, porque no se conoce su paradero, no es lo mismo que una desaparición forzada. La desaparición forzada de personas es una violación de derechos humanos constituida por tres elementos concurrentes: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.¹¹⁰

105 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 74. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 59. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 63. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 112-113. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 161.

106 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 59. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 139. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 59. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 74.

107 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 185.

108 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 84. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 86. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 112. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 75.

109 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 103.

110 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 226. En este párrafo, la Corte IDH cita una decisión del Tribunal Superior de Bogotá: “[e]l Tribunal Superior de Bogotá señaló que el hecho que una persona esté desaparecida ‘significa que no se tiene noticia de ella, a pesar de que se tiene

En el caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, la Corte IDH añadió que la existencia de la desaparición forzada se perpetúa hasta tanto se conozca el paradero del desaparecido, se determine su identidad con certeza, y este análisis debe ser realizado de forma integral:

El fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere ser analizado desde una perspectiva integral en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la C[ADH]. De este modo, el análisis legal de la desaparición forzada debe ser consecuente con la violación compleja de derechos humanos que esta conlleva.¹¹¹

Es importante resaltar que en el caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, la Corte IDH concluyó que “resulta indistinta la manera que adquiere la privación de la libertad a los fines de la caracterización de una desaparición forzada, es decir, cualquier forma de privación de libertad satisface este primer requisito”.¹¹² De esta manera, la Corte IDH toma en cuenta lo establecido por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de la ONU, al aclarar que:

[...] la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal, es decir que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que ésta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad.¹¹³

La prohibición de desaparición forzada impone igualmente obligaciones positivas a los Estados. En el caso *Gelman vs. Uruguay* se dispuso que esta obligación incluye, “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos.”¹¹⁴ En este sentido, aduce la sentencia, la mera existencia de un centro clandestino de detención configura, en sí mismo, una violación al deber de garantía de protección contra las desapariciones forzadas.¹¹⁵

En cuanto a la obligación de investigar este delito, la Corte IDH ha destacado las siguientes características: 1. que dicha investigación sea de oficio, 2. sin dilación, 3. de manera seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles, y 4. orientada a identificar el paradero de la víctima, la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los perpetradores.¹¹⁶ Este deber

prueba y se acepta que estaba viva en el Palacio cuando comenzó la toma por los subversivos. Pudo morir allí y no haber sido identificado su cadáver, aun a pesar de que estuviera en condiciones de ser reconocido; pudo no ser identificada por imposibilidad debido a la degradación causada por el fuego, o por error o mal manejo de los restos; incluso pudo salir viva y no haberse registrado su salida. Simplemente no se sabe nada de ella, fuera de que estaba viva en ese sitio en el momento inicial”. Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 24 de octubre de 2014 (expediente de prueba, folio 38278). En el mismo sentido, ver Comisión DHONU. Informe remitido por el Sr. Manfred Nowak, miembro experto en el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 4 de marzo de 1996, E/CN.4/1996/36, párr. 83. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Principios rectores. Modelo de Ley sobre las Personas Desaparecidas, artículo 2. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/model-law-missing-0907_spa.pdf. (fecha de último acceso 08/10/2017). Asimismo, ver los casos de la Corte IDH: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 97. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 113.

111 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 129.

112 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 148.

113 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016. (énfasis agregado). En este párrafo, la Corte IDH cita los siguientes casos: Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 105. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 125.

114 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 77.

115 *Idem*.

116 *Ibidem*, párr. 186. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 219. Asimismo, de acuerdo con la línea jurisprudencial establecida desde el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte IDH señala que “esta obligación se mantiene, independientemente del agente al que se le pueda atribuir la violación, incluso si son particulares, ya que, [...] si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”. Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 291, citando a: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 145. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 78.

de investigar subsiste, hasta tanto se determine la suerte final de la persona que ha sufrido la desaparición forzada, “pues el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta, y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance”.¹¹⁷

Igualmente, la Corte IDH ha precisado la necesidad de un análisis global o de conjunto, ya que en estos casos:

[E]l análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que esta conlleva, con su carácter permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias.¹¹⁸

En casos de desaparición forzada de mujeres, la Corte IDH evaluó la responsabilidad del Estado y el conocimiento de una situación real de riesgo en dos momentos claves, el primero antes de la desaparición de las víctimas, y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida. Así, en *González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Veliz Franco y otros*, y *Velásquez Paiz y otros* –estos dos últimos casos en contra de Guatemala–, se evaluó el contexto del caso para determinar que “surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días”.¹¹⁹ Determinó también, que esta obligación de investigar, al ser de medios, es más estricta y por lo tanto:

[...] es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde [el comienzo].¹²⁰

Ahora es menester establecer algunas consideraciones sobre la prueba en materia de desapariciones forzadas. Por la naturaleza y características de este delito, es necesario un estándar probatorio propio para declarar su violación, pues el exigir la prueba plena traería como consecuencia la imposibilidad de declarar su violación en la mayoría de los casos. En este sentido, la Corte IDH ha afirmado que no es necesaria la prueba más allá de toda duda razonable, sino que “es suficiente demostrar que se han verificado acciones y omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que [fue incumplida]”.¹²¹ Además, la Corte IDH estima que, es “legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”.¹²² En definitiva, “la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre desaparición forzada, ya que esta forma de violación se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar la detención, el paradero y la suerte de las víctimas”.¹²³

En el caso *Desaparecidos del Palacio de Justicia*, la Corte IDH analizó con mayor detalle el criterio de la detención de la persona por autoridades estatales y estableció que: “no existe ningún

117 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 178.

118 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 146.

119 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 283. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 141. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 122.

120 *Idem*.

121 Corte IDH. *Caso Kwas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 73.

122 *Idem*.

123 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 131.

impedimento en utilizar prueba indiciaria para demostrar la concurrencia de cualquiera de los elementos de la desaparición forzada, incluyendo la privación de libertad”,¹²⁴ y afirmó que el criterio es:

[...] compartido por el T[EDH] el cual ha indicado que, en casos donde no se ha demostrado la detención de una persona por autoridades estatales, *se puede presumir o inferir dicha detención si se establece que la persona estaba en un lugar bajo control del Estado y no ha sido vista desde entonces*.¹²⁵

Por consiguiente, claramente la desaparición forzada de personas constituye una de las violaciones más graves al artículo 4 que reconoce el derecho a la vida. Por ello, es obligación del Estado, no solo evitar que tales violaciones sean cometidas dentro de su jurisdicción, sino que también debe crear las condiciones necesarias para prevenir que esta pluriviolación a los derechos humanos no ocurra.

6. El contexto de las cárceles

Dentro del estudio del artículo 4 de la CADH, es fundamental analizar las obligaciones del Estado en cuanto al derecho a la vida de las personas privadas de la libertad.

Las personas privadas de la libertad constituyen un grupo respecto del cual el Estado tiene una posición especial de garante en la tutela de sus derechos humanos, al estar directamente en custodia en establecimientos bajo su guardia y responsabilidad inmediata. Por ello, si bien este análisis podría corresponder en principio a los aspectos relacionados al tratamiento de reclusos, y las condiciones de detención, regulados en el artículo 5 de la CADH (derechos a la integridad personal), existen también aspectos sobre el derecho a la vida de las personas privadas de libertad que regula el artículo 4 de la CADH.

En el caso de *Neira Alegria y otros vs. Perú*, la Corte IDH vinculó al derecho a la vida con el uso proporcional de la fuerza en aras de garantizar la seguridad dentro del recinto penitenciario. En esa sentencia, si bien la Corte IDH empieza reconociendo que en situaciones excepcionales, y bajo ciertas circunstancias especiales, el uso de la fuerza para mantener el orden –incluso si este implica la privación de la vida– podría ser conforme a la CADH,¹²⁶ de inmediato aclara que dichas medidas deben ser proporcionales:

[L]a alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, no llegan a constituir, en opinión de [la Corte IDH], elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en este y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso [...], lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y en rescatar posteriormente los cadáveres.¹²⁷

En el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, la Corte IDH declaró la violación del derecho a la vida por el uso desproporcionado de la fuerza en perjuicio de los reos, haciendo suyo un criterio previo desarrollado –y citado *supra* en este comentario al artículo 4–, en las sentencias *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*, ambas contra Honduras, afirmando que independientemente de los delitos cometidos o del grado

124 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 233. En este mismo párrafo, la Corte IDH recordó que en el caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú* la Corte IDH “determinó que lo sucedido a la víctima constituyó una desaparición forzada, siendo que para ello fue necesario inferir que su detención había continuado más allá de una orden de libertad”.

125 *Idem*. (énfasis agregado). La Corte IDH cita a: TEDH. *Case of Khadzhiyev et al vs. Rusia*. Judgement of 6 November 2008. Application n.º 3013/04, párrs. 79-80.

126 Corte IDH. *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*. F. 1995, párr. 74.

127 *Idem*.

de culpabilidad de los individuos, “no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.¹²⁸

Por último, a tales efectos, la Corte IDH estableció que:

Como lo ha señalado en ocasiones anteriores, [se] reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles. [...]. Sin embargo, el Estado no puede desbordar el uso de la fuerza con consecuencias letales para los internos en centros penitenciarios justificándose en la sola existencia de la situación antes descrita. Lo contrario sería absolver al Estado de su deber de adoptar acciones de prevención y de su responsabilidad en la creación de esas condiciones.¹²⁹

En conclusión, para determinar el alcance de la violación del artículo 4 de la CADH, la Corte IDH toma en cuenta la posición del Estado como garante reforzado con relación a las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios –o de otra índole–, la cual no solo obliga al Estado de manera especial a usar la fuerza bajo los principios de necesidad y proporcionalidad, sino también afirma que el Estado debe adoptar medidas de prevención y crear condiciones para evitar el uso de la fuerza en dichos establecimientos.

7. La situación de riesgo y amenaza real a la vida como violación al artículo 4 de la CADH

La Corte IDH ha establecido la responsabilidad de los Estados por la violación del derecho a la vida en los casos en los cuales se ha puesto en situación de riesgo y amenaza real la vida de la víctima. Así, en circunstancias excepcionales, se permiten fundamentar y analizar la violación del artículo 4 de la CADH *respecto de aquellas personas que, si bien no han llegado a fallecer, su vida ha sido puesta en riesgo y amenaza, como consecuencia de los hechos violatorios de la CADH*.¹³⁰

En el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado por una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida de la comunidad creada por la aquiescencia y desprotección del Estado, así como por su falta de actuación diligente:

[L]a empresa petrolera realizó, con la aquiescencia y protección del Estado, el desbroce de senderos y sembró cerca de 1400 kg. de explosivo pentolita en el bloque 23, que incluye el territorio Sarayaku. Por ende, ha sido un riesgo claro y comprobado, *que correspondía al Estado desactivar, como en efecto fue ordenado mediante las medidas provisionales*. Es decir, el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo

128 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 69. Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. F. 1989, párr. 262. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 154.

129 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 70, citando a: Corte IDH. *Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisionales. Resolución de 9 de febrero de 2006, considerando décimo séptimo. Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II*. Medidas Provisionales. Resolución de 30 de marzo de 2006, considerando décimo quinto.

130 Así, por ejemplo en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la vida por considerar que, al no haber garantizado el derecho a la propiedad comunitaria, el Estado los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades, además de no haber adoptado las medidas positivas necesarias para asegurarles las condiciones de vida compatibles con su dignidad. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 158.d y 158.e. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 176. Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párrs. 124-125 y 127-128. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 130.

Sarayaku por parte del Estado, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, *ha significado la creación de una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida e integridad personal de sus miembros*.¹³¹

Asimismo, en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH estableció que la creación de esa situación de riesgo y peligro a la vida es una violación de la obligación negativa de no afectar la vida, y en el caso concreto, por la afectación a la salud por la contaminación de la sangre –incluso– en una entidad privada.¹³² En este sentido, la Corte IDH concluyó que:

Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada [VIH] y *el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad*. [...] Por otra parte, en algunos momentos de desmejora en sus defensas, asociada al acceso a antirretrovirales, lo ocurrido con la transfusión de sangre en este caso se ha reflejado en *amenazas a la vida y posibles riesgos de muerte* que incluso pueden volver a surgir en el futuro.¹³³

8. El concepto de vida digna

En diversas sentencias, la Corte IDH no se ha limitado a afirmar que el derecho a la vida se viola únicamente con la privación arbitraria de la misma. Tal y como se expuso previamente, el artículo 4 de la CADH implica también una *obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de dicho derecho*.

Pues bien, la Corte IDH en el caso de la *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, reconoció el *derecho a la vida digna o a la existencia digna, como la obligación del Estado de garantizar condiciones mínimas de vida a favor de las personas*:

[L]os Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las *condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho*.¹³⁴

Dicha obligación regula las medidas que el Estado debe tomar frente a situaciones de riesgo real e inmediato para la vida que son de su conocimiento o de las cuales deba conocer, pero no se extiende a casos que impliquen una carga imposible o desproporcionada para el propio Estado. En ese sentido, en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH indicó que:

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

131 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 248. (énfasis agregado)

132 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párrs. 184, 189-190.

133 *Ibidem*, párr. 190. (énfasis agregado). En este párrafo, la Corte IDH cita jurisprudencia del TEDH, la cual analiza violaciones al derecho a la vida relacionadas con afectaciones a las personas que, si bien no fallecen, sufren de secuelas y estragos en la salud como consecuencia de atenciones médicas indebidas, ver TEDH. *Case of Oyal vs. Turkey*. Judgement of 23 March 2010, Application n.º 4864/05, párr. 55. TEDH. *Case of G. N. et al. vs Italy*. Judgement of 1 December 2009. Application n.º 43134/05, párrs. 131-134.

134 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 153. (énfasis agregado)

de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, *juzgadas razonablemente*, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.¹³⁵

Con base en este criterio, para que opere la obligación de garantizar una vida digna a favor de una población específica, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: 1. que exista conocimiento por las autoridades sobre el riesgo existente a la vida de una o más personas; y 2. que no se hayan tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir dicho riesgo. Todo ello debe ser valorado, teniendo en cuenta que en ese supuesto la garantía de la vida es una obligación de medio y no de resultado.

Es pertinente observar que la obligación estatal antes descrita, ha sido reconocida por la Corte IDH en casos relativos a grupos vulnerables: 1. con relación a las comunidades indígenas (*Sawhoyamaza, Yakye Axa, Xákmok Kásek*, todos estos casos en contra de Paraguay); 2. niños de la calle (*Villagrán Morales vs. Guatemala*);¹³⁶ y 3. menores privados de la libertad (*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*).

9. La relación del 'derecho a la vida digna' con el artículo 26 de la CADH

La obligación de garantizar una vida digna conforme a los artículos 1.1. y 4 de la CADH ha estado estrechamente vinculada a la obligación de desarrollar progresivamente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales por los Estados, a su vez, establecida en el artículo 26 de la CADH.¹³⁷

El desarrollo del derecho a una vida digna, conjuntamente con el artículo 26 de la CADH, se hizo evidente en el caso de la comunidad indígena *Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005, en donde la Corte IDH sostuvo que:

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, *con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida*, es la de *generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan*. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.

[...] la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la C[ADH], en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1[.] y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio [n].º 169 de la OIT.¹³⁸

135 *Ibidem*, párr. 186. (énfasis agregado)

136 Sobre la obligación del Estado de garantizar vida digna a menores de edad, ver el comentario al artículo 19 (derechos del niño) a cargo de Beloff.

137 Sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26 de la CADH), ver el comentario a cargo de Courtis.

138 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 162-163. (énfasis agregado)

De esta manera, en el párrafo transcrito, la Corte IDH vincula el derecho a la vida digna con la obligación de desarrollo progresivo a cargo de los Estados, *extendiéndose la tutela del derecho a la vida para incluir dentro de su espectro a los derechos económicos, sociales y culturales*, reconocidos expresamente en el Protocolo de San Salvador.¹³⁹ El resultado de esta línea jurisprudencial adoptada por la Corte IDH es que el alcance del derecho a la vida digna permite cierta judicialización de los desarrollos consagrados en el Protocolo de San Salvador, instrumento que reconoce la competencia *ratione materiae* de la Corte IDH, en principio, únicamente con respecto a la presunta violación del derecho a organizar sindicatos y a afiliarse en ellos, y del derecho a la educación.¹⁴⁰

En otras palabras, de acuerdo con el desarrollo histórico de la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho a una vida digna constituía el vehículo jurídico que permitía a su vez declarar la violación –aunque de manera indirecta– de otros derechos más allá de la CADH, incluidos los consagrados en el Protocolo de San Salvador.

Así, en el 2011, en el caso *Vera Vera y otra vs. Panamá* con respecto a personas privadas de la libertad, la Corte IDH reconoció el derecho a la salud (consagrado en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador) como parte integrante del derecho a la vida, asegurando que:

Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo [de San Salvador] establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Así, [la Corte IDH] ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera.¹⁴¹

Esta línea jurisprudencial fue motivo de debate por la Corte IDH a partir del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* de 2015. Si bien en esta sentencia no se declaró la violación del derecho a la vida digna, los votos concurrentes de los jueces Humberto Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor mostraron posiciones en pugna sobre el desarrollo del derecho a una vida digna, y la posibilidad, o no, de judicializar de manera directa e independiente los derechos económicos, sociales y culturales.

El primero de ellos, el juez Humberto Sierra Porto expresó que “no se h[ubiera] demostrado que la utilización de la *conexidad* o del concepto de ‘vida digna’ como *mecanismos de protección indirecta de los DESC* no [fuese] efectivo para la protección y garantía de los derechos de las víctimas, o que no [fuera] una opción garantista”.¹⁴² Por su parte, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor,¹⁴³ recordó su voto en el caso *Suárez Peralta*,¹⁴⁴ en el cual aseveró que el:

139 El concepto del ‘derecho a una vida digna’ desarrollado por la Corte IDH coincide con el ‘derecho a un nivel adecuado de vida’ en el DIDH; ambos derechos implican contar con las condiciones mínimas necesarias para que una persona pueda llevar a cabo su vida, entre ellas: derecho a la alimentación, vivienda, educación, servicios de salud, vestido y seguridad social. De acuerdo con el Prof. Peter, la fuente jurídica del derecho a un nivel adecuado de vida se encuentra en el artículo 25 de la DUDH, el cual establece que todos tienen derecho a un nivel adecuado de vida que asegure, tanto a la persona como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El autor también establece que esa disposición debe ser leída conjuntamente con el artículo 22 de la misma Declaración, el cual señala el derecho de toda persona a obtener la satisfacción de sus “derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de la personalidad”. Cfr. Peter, C. M. *Standard of Living, Promotion of*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, párr. 4.

140 Arts. 8.a) y 13 del Protocolo de San Salvador, respectivamente.

141 Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 43.

142 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015. Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 30. (énfasis agregado)

143 Los jueces Roberto F. Caldas y Manuel E. Ventura Robles se adhirieron al voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

144 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

[C]oncepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de[l derecho a la salud con [...] derechos civiles [...] es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, *el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud*.¹⁴⁵

Los jueces protagonistas de este debate centraron sus diferencias en dos aspectos principales: 1. si la justiciabilidad a través del análisis por conexidad del concepto del derecho a la vida digna –en casos en los que claramente la controversia versa sobre la presunta violación a un derecho económico, social o cultural y no a un derecho civil–, permite la debida valoración y análisis del derecho en cuestión; y 2. sobre la técnica interpretativa que la Corte IDH pudiera emplear para justificar el análisis de un derecho económico, social o cultural tomando en cuenta la limitada competencia que le reconoce el Protocolo de San Salvador.

Este debate parece haber llegado a su fin en 2017 con el inicio de una nueva línea jurisprudencial. En el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, la Corte IDH declaró, por primera vez en su historia, la violación directa e independiente del derecho a la estabilidad laboral. Con esta sentencia, la Corte IDH adopta la nueva línea jurisprudencial en torno a la interpretación del artículo 26 de la CADH,¹⁴⁶ al determinar la violación directa de este derecho social, con lo cual se aparta de la argumentación basada en el derecho a una vida digna como herramienta interpretativa para declarar la violación de un DESC. Así, la Corte IDH afirmó que:

[...] ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la C[ADH], como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1[...] confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados [...]. Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, *con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la C[ADH]*, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de [la CADH].¹⁴⁷

A partir de esta sentencia, la Corte IDH está en posibilidad de declarar la violación de un derecho económico, social, cultural o ambiental, por la vía de declarar la violación del artículo 26 de la CADH.¹⁴⁸

Esta nueva aproximación mayoritaria de la Corte IDH no incluyó a los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Sierra Porto, quienes expresaron su oposición en votos disidentes, en los cuales cuestionan la interpretación adoptada por la Corte IDH en cuanto a la naturaleza jurídica del artículo 26 de

145 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot. (énfasis agregado)

146 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, punto resolutivo 5.

147 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 154. La Corte IDH determinó que el derecho a la estabilidad laboral se deriva del artículo 26 de la CADH mediante una interpretación de lo dispuesto en la Carta de la OEA, la DADDH, la legislación interna de los países de la región, y diversos instrumentos del *corpus juris* internacional. *Ibidem*, párrs. 143-148. Sobre una explicación de las reglas de interpretación que la Corte IDH empleó para considerar el derecho a la estabilidad laboral como un derecho protegido, ver el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor en los párrafos 4 y 22 de la misma sentencia.

148 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017. Voto razonado del juez Roberto F. Caldas, párrs. 1 y 6.

la CADH, las obligaciones estatales que del mismo se desprenden,¹⁴⁹ y los métodos de interpretación empleados para justificar el viraje jurisprudencial.¹⁵⁰

En todo caso, con esta línea jurisprudencial adoptada por la Corte IDH en la sentencia *Lagos del Campo*, queda pendiente cómo será el desarrollo del derecho a la vida digna en el futuro. Es de suponer que el fin de la interpretación por conexidad no implicará a su vez el fin del desarrollo al derecho a una vida digna, o que el mismo no será más invocado por la Corte IDH. Ello, toda vez que el concepto de vida digna implica una serie de derechos y libertades, así como de obligaciones estatales, que acompañan al ser humano en todas las etapas de su vida hasta su muerte –incluyendo situaciones en las que la intervención del Estado resulta necesaria para garantizar la supervivencia de las personas–¹⁵¹, por lo que el desarrollo de este derecho, en el marco del artículo 4 de la CADH, seguirá en la agenda de la Corte IDH.

10. El proyecto de vida

La Corte IDH ha desarrollado la figura del ‘proyecto de vida’ que “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.¹⁵² En la sentencia sobre reparaciones del caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte IDH dispuso una aceptación limitada del concepto de proyecto de vida:

[...] es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo

149 En su voto disidente, el juez Sierra Porto considera que la pregunta ‘central’ es: “¿contiene el artículo 26 de la CADH derechos subjetivos?”, sobre lo cual concluye que la obligación que el artículo implica, y que la Corte IDH puede supervisar de manera directa, es “el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su conducente deber de no regresividad”. El mismo juez advierte también sobre las consecuencias de tratar de establecer un catálogo de derechos para el artículo 26 a partir de diversos instrumentos internacionales más allá de la Carta de la OEA (único instrumento al cual remite el artículo), en los siguientes términos: “[s]i de por sí, intentar construir un catálogo de DESC a partir de la Carta es una tarea interpretativa compleja, entrar a utilizar cuanto tratado de derechos humanos existe para llenar de contenido al artículo 26 de la CADH, lo único que puede generar es una dinámica de “vis expansiva” de la responsabilidad internacional de los Estados. Es decir que al no tener presente un catálogo definido de los DESC cuya infracción genera responsabilidad de los Estados, estos no pueden prevenir ni reparar internamente las posibles infracciones porque básicamente la Corte IDH p[odría] modificar el catálogo de los derechos dependiendo del caso”. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017. Voto parcialmente disidente del juez Humberto A. Sierra Porto, párrs. 7-8, 12-14.

150 El juez Vio Grossi afirma que, de acuerdo con una interpretación armónica de la CADH y del Protocolo de San Salvador, y de lo dispuesto por los Estados partes de la CADH, en particular el procedimiento del artículo 31 de la CADH para la ampliación del catálogo de derechos sobre los que tiene competencia la Corte IDH, es evidente que los DESC quedan descartados de la judicialización ante la Corte IDH “más únicamente en lo pertinente a las específicas materias que dispone el Protocolo de San Salvador”. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017. Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, pp. 8-9, secciones C y D. Asimismo, para una crítica del método de interpretación evolutiva y *pro persona* empleados por la Corte IDH, ver los párrafos. 21, 24 y 25 del voto parcialmente disidente del juez Humberto A. Sierra Porto en la misma sentencia.

151 Por ejemplo, tratándose de individuos en situación de calle, los adultos de avanzada edad, las personas con alguna discapacidad, o las afectaciones a las condiciones de vida a consecuencias de desastres naturales, entre otras situaciones.

152 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 147.

depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.¹⁵³

El proyecto de vida no se cuantifica a raíz de los hechos sobre los cuales se tiene certeza, sino sobre aquellos probables dentro del normal desarrollo del individuo, y cuyo desenvolvimiento fue drásticamente modificado a raíz del hecho constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado, modificando “los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”.¹⁵⁴

No obstante, en cuanto a la reparación autónoma del proyecto de vida de las víctimas, la Corte IDH aún no ha establecido la procedencia de su especificidad como una indemnización diferente o complementaria al resto de las reparaciones que forman parte del concepto de la “reparación integral”, sino que las ha considerado incluidas en esta.¹⁵⁵ En este sentido, la Corte IDH ha señalado que “el proyecto de vida se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales”.¹⁵⁶ Y ha indicado que “la reparación integral del daño al ‘proyecto de vida’ generalmente requiere medidas reparatorias que vayan más allá de una mera indemnización monetaria, consistentes en medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición”.¹⁵⁷

153 *Ibidem*, párr. 150.

154 *Ibidem*, párr. 149.

155 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párrs. 153-154. Asimismo, se recomienda ver el comentario al artículo 63 (reparaciones y medidas provisionales) a cargo de Correa.

156 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 285. (notas al pie omitidas)

157 *Idem*.

Artículo 5. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 1988.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. 1993.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. 1997.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36. En adelante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. 1998.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. 1999.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. 2000.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75. En adelante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. 2001.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100. En adelante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109. En adelante: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C n.º 119. En adelante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C n.º 123. En adelante: Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C n.º 137. En adelante: Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C n.º 150. En adelante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C n.º 152. En adelante: Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 164. En adelante: Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 180. En adelante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186. En adelante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192. En adelante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C n.º 196. En adelante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C n.º 217. En adelante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C n.º 236. En adelante: Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C n.º 237. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 241. En adelante: Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C n.º 244. En adelante: Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 248. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C n.º 251. En adelante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C n.º 258. En adelante: Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C n.º 260. En adelante: Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C n.º 261. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 267. En adelante: Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277. En adelante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C n.º 281. En adelante: Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C n.º 286. En adelante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. En adelante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. En adelante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C n.º 297. En adelante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C n.º 300. En adelante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 303. En adelante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C n.º 308. En adelante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310. En adelante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C n.º 312. En adelante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C n.º 314. En adelante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. 2002.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 2014.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Caso el Internado Judicial de Monagas ("La Pica")*. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004.

Corte IDH. *Caso de las Penitenciarias de Mendoza*. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2005.

Corte IDH. *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complejo do Tatuapé" de FEBEM*. Medidas Provisionales. Resolución de 30 de noviembre de 2005.

Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisionales. Resolución de 30 de marzo de 2006.

Corte IDH. *Caso Asunto del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*. Medidas Provisionales. Resolución de 2 de febrero de 2007.

Resolución de la Corte IDH de 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Castigo Corporal a Niños, Niñas y Adolescentes.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 1/95, *Caso 11.006 Perú*, 7 de febrero de 1995, publicado en Informe Anual 1994.

CIDH. Informe n.º 5/96, *Caso n.º 10.970*, 1 de marzo de 1996.

CIDH. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Adoptados durante el 131º Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Irlanda c. Reino Unido*. Sentencia de 18 de enero de 1978, Serie A, n.º 25.

TEDH. *Campbell and Cosans*. sentencia del 25 de febrero de 1982, Serie A, n.º 48.

TEDH. *Caso Tyrer c. Reino Unido*. Sentencia de 25 de abril de 1978.

TEDH. *Caso Aydın c. Turquía*. Sentencia de 25 de septiembre de 1997.

TEDH. *Caso Kilic c. Turquía*. Sentencia de 28 de marzo de 2000.

TEDH. *Caso I.I c. Bulgaria*. Sentencia de 9 de junio de 2005. Denuncia n.º 44082/98.

TEDH. *Caso Poltoratskiy c. Ucrania*. Sentencia de 29 de abril de 2003. Denuncia n.º 38812/97.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

CIJ. *East Timor (Portugal vs. Australia)*. Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 90.

TPIR. *Caso Prosecutor vs. Akayesu*. sentencia de 2 de septiembre de 1998.

TPIEY. *Caso Celebici*. n.º IT-96-21-T, Sentencia de 16 de noviembre de 1998.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

ONU. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por resolución n.º 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de noviembre de 1985. En adelante Reglas de Beijing.

Comité DHONU. Observación General n.º 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), Sustituye la Observación General n.º 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10), 44º periodo de sesiones 1992.

Comisión DHONU. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. “Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict”; Reporte Final de Ms. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998.

Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra, 2001.

Referencias académicas

BARQUIN SANZ, J. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Edersa, Madrid, 1992.

CEBADA ROMERO, A. “Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

LANGBEIN, J. “The legal history of torture”, en SANFORD, L. *Torture. A Collection*. Oxford University Press, 2004.

Mc GOLDRICK, D. *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Clarendon Press – Oxford, 1994.

MEDINA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Centro de Derechos Humanos, 2003.

NASH, C. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2ª ed., Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

RODLEY, N. *The Treatment of Prisoners under International Law*. 2ª ed., Oxford University Press, 2002.

SCHWELB, E. "Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission", en *American Journal of International Law*; Vol 61, 1967, pp. 946-975.

VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4ª ed., SIM, Kluwer Law International, La Haya - Londres - Boston, 2006.

Otras referencias

Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2004. Presentado a la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 9 de agosto de 1999 por diversas organizaciones e instituciones. En adelante: Protocolo de Estambul.

Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). *Guía sobre la Legislación contra la Tortura*. Disponible en: http://www.apth.ch/content/files_res/anti-torture-guide-es.pdf [fecha de último acceso 15/12/2016].

Contenido

1. Introducción	161
2. El derecho a la integridad personal	162
2.1. El derecho a la integridad personal y su relación con la dignidad humana	162
2.2. Contenido y alcance	163
2.3. Los mecanismos de protección del derecho a la integridad personal	167
3. La prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes	168
3.1. Necesidad de distinguir entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal	169
3.2. Jurisprudencia sobre la definición de tortura	171
3.3. Otras formas de afectación de la integridad personal	177
4. Las obligaciones del Estado respecto del derecho a la integridad personal	179
4.1. Violación a la obligación de investigar como una afectación al derecho a la integridad personal	179
4.2. Deber de cooperación internacional	181
4.3. El derecho a la salud y su relación con la integridad personal	182
4.4. La situación de las personas desplazadas	184
4.5. Abstención de expulsar a países en donde exista riesgo de sometimiento a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes	184
4.6. Obligaciones institucionales (tipificación)	186
5. Personas privadas de la libertad	186
5.1. Consideraciones generales sobre el alcance de las obligaciones del Estado	186
5.2. Temas particulares sobre las personas privadas de la libertad	190
6. La pena no puede trascender de la persona del delincuente	194
7. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas	195
7.1. La separación entre procesados y condenados	195
7.2. Migrantes privados de libertad	195

8. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento	196
8.1. Sistema especializado.....	196
8.2. Separación entre niños y adultos privados de libertad	197
9. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados	198
10. A modo de síntesis	198

1. Introducción

El sistema internacional de derechos humanos, en general, y el SIDH, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad del ser humano, uno de estos pilares es el derecho de toda persona a que se respete su integridad personal.

Lo anterior pareciera ser una cuestión ampliamente reconocida y aceptada, pero no ha sido a lo largo de la historia. La actual perspectiva corresponde a un logro luego de un largo proceso de limitación del poder y, en particular, en su expresión más dramática, como es prohibir toda forma de la aplicación deliberada de tormentos a una persona que se encuentra sujeta a su jurisdicción. Dicho proceso ha evolucionado desde un uso constante de dichas prácticas como forma de sanción, pasando por un uso regulado como forma de obtener confesiones que en sí fue un avance, a los intentos por controlar las formas en que se infligía sufrimiento deliberado a una persona en el proceso de inquisición, también como expresión de un medio de control de dichas prácticas; y, finalmente, las ideas de prohibición absoluta o abolicionistas, que son de reciente data.¹

En el DIDH, la prohibición absoluta de la tortura es un imperativo moral y no admite un debate desde el punto de vista utilitarista, la Corte IDH ha señalado:

[...] la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el D[IDH]. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del jus cogens internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.²

De esta forma, hoy el derecho a la integridad personal y, en particular, la prohibición de afectaciones ilegítimas al mismo, se reconoce, acepta y protege. Lo que se prohíbe explícitamente es una afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a la integridad personal, pero que no necesariamente son una violación de este derecho al considerarse afectaciones legítimas, tales como tratamientos médicos, tatuajes, entre otros.³

En el marco de la regulación internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la integridad personal, surge una serie de temas relevantes para su efectiva protección. Es importante precisar

1 Langbein, J. "The legal history of torture", en Sanford, L. *Torture. A Collection*. Oxford University Press, 2004.
 2 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 271. En el mismo sentido, en el año 2015, ver: Corte IDH. *Caso Quisipalaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 126.
 3 En este sentido, en el sistema europeo de derechos humanos, ver Van Dijk, P, y Van Hoof, G. J. H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4ª ed., SIM, Kluwer Law International, La Haya - Londres - Boston, 2006. pp. 316-317. En el Comité DHONU, ver Mc Goldrick, D. *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Clarendon Press – Oxford. 1994, p. 366. En el SIDH, ver Medina, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Centro de Derechos Humanos, 2003. pp. 154-155.

correctamente qué es la integridad personal, cuáles son los actos que serán considerados prohibidos, las consecuencias de considerar la tortura como un acto prohibido y su caracterización como norma *ius cogens* desde un punto de vista sustantivo y procedimental, las formas de violación de este derecho y las víctimas. Estos temas han sido desarrollados paulatinamente en la jurisprudencia de la Corte IDH. En este comentario, nos centraremos en los que tienen especial impacto para el ejercicio de la aplicación práctica de la jurisprudencia en el ámbito nacional.

2. El derecho a la integridad personal

2.1. El derecho a la integridad personal y su relación con la dignidad humana

Debido a la vinculación directa entre el derecho a la integridad personal y la dignidad humana, las formas de afectación al derecho son variadas y muchas de ellas no tan evidentes como lo son las más agravadas. Así lo ha entendido la Corte IDH, pues desde sus primeros casos estableció una visión amplia sobre el vínculo entre dignidad humana e integridad personal:

La Corte da por probado con las declaraciones de los testigos presenciales, que el señor Castillo Páez, después de ser detenido por agentes de la Policía fue introducido en la maletera del vehículo oficial. Lo anterior constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.⁴

Con posterioridad, la Corte IDH expandió esta idea:

ya [se] ha establecido que “[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, y por ende, incrementar el sufrimiento ya el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana.⁵

Una violación a la dignidad a través de la integridad personal puede adquirir diversas formas y llevarse a cabo mediante distintas entidades.⁶ Existen afectaciones a la integridad personal en sus facetas física, psíquica y moral y actos expresamente prohibidos. La Corte IDH ha determinado que cualquier violación del artículo 5.2. acarreará necesariamente la violación del artículo 5.1. de la misma,⁷ pero no viceversa.

Además, en relación con este derecho se ha desarrollado una serie de discusiones sobre el contenido y alcance de las obligaciones ¿qué es integridad?, ¿qué es tortura?, ¿qué son otras formas de

4 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. 1997, párr. 66.

5 Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 52.

6 Sobre la afectación del derecho a la integridad personal de las víctimas de un bombardeo en donde la Corte IDH interpretó las disposiciones de la CADH a la luz del DIH, a saber, el principio de distinción, proporcionalidad y precaución, ver Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012. Sección B.1 de la sentencia.

7 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 118.

afectación del derecho?, y respecto de las obligaciones de garantía y no discriminación asociadas al mismo.

El derecho a la integridad personal puede ser afectado por distintos actos,⁸ los más graves son los de tortura, que son actos específicos, y una forma de violación de la integridad personal que causa mayor rechazo, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que son actos más genéricos.⁹ En general, los instrumentos internacionales se centran en la prohibición de estas últimas conductas, y si bien salvo en la CADH no se consagra explícitamente un derecho a la integridad personal,¹⁰ todos los actos prohibidos son formas de afectación de este derecho.

2.2. Contenido y alcance

2.2.1. Diferencia entre afectaciones físicas, psicológicas y morales

Al comenzar el estudio sobre el contenido y alcance del derecho a la integridad personal lo primero que se debe atender son las diversas manifestaciones en sus distintos ámbitos físico, psicológico y moral.

En el caso *Pacheco Tineo vs. Bolivia*, la Corte IDH señaló que la expulsión de la familia Pacheco Tineo a Perú como consecuencia del rechazo de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados, sin la posibilidad de interponer recursos contra esa decisión, y luego de que el gobierno de Chile les había autorizado el ingreso a ese país, generó entre los miembros de la familia zozobra, temor y desprotección, lo cual constituyó una violación a la integridad psíquica y moral contraria al artículo 5.1. de la CADH.¹¹

Otro ejemplo de la utilidad de la distinción entre integridad física, y psíquica y moral, es el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, donde la Corte estimó que si bien no procedía pronunciarse sobre una supuesta afectación de la ‘integridad cultural’ de la comunidad,¹² consideró que la falta de restitución de sus tierras tradicionales constituía una violación a la integridad personal de sus miembros, debido a los efectos psíquicos y morales que padecían a consecuencia de ello:

En el presente caso, varias de las presuntas víctimas que declararon ante la Corte expresaron el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad. Todo ello constituye una violación del artículo 5.1. de la Convención [...].¹³

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que las condiciones de abandono que sufre una comunidad puede constituir una forma de afectación a la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad:

[...] las malas condiciones de vida que padecen los miembros de una comunidad y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan

8 En el *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, la Corte IDH concluyó que no obstante las distintas afectaciones a la integridad personal que generó la huelga de hambre a miembros del pueblo, quienes protestaban por la detención y el procesamiento de las presuntas víctimas y la aplicación de la Ley Antiterrorista del Estado, este hecho no podía ser imputado al Estado. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 392.

9 Ver Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 162.

10 Medina C., *op. cit.*, pp. 154 y ss.

11 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párrs. 207-208.

12 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 242.

13 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 244.

la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad. Este es el caso de las víctimas sobrevivientes de las masacres que actualmente residen en la colonia Pacux.¹⁴

En un caso en el que nacionales haitianos en situación irregular perdieron la vida por disparos de arma de fuego llevados a cabo por personal militar de República Dominicana en su persecución tras ingresar a ese país, la Corte IDH concluyó que el tratamiento que se le había dado a los cuerpos de las personas fallecidas luego del incidente, “al ser inhumadas en fosas comunes, sin ser claramente identificadas ni entregadas a sus familiares, [constituyó] un trato denigrante, en contravención del artículo 5.1. [...] en perjuicio de las personas fallecidas y sus familiares”.¹⁵

En el caso de amenazas de violación de derechos humanos, el Tribunal Interamericano ha señalado:

La Corte se remite a esas consideraciones sobre los factores que repercuten en la gravedad de los hechos. Es claro que el uso de esa fuerza por los agentes estatales contra los internos implicó la violación de la integridad física de estos.

Este Tribunal ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede constituir en sí misma una transgresión a la norma de que se trata. Para determinar la violación al artículo 5 de la Convención, debe tomarse en cuenta no solo el sufrimiento físico sino también la angustia psíquica y moral. La amenaza de sufrir una grave lesión física puede llegar a configurar una ‘tortura psicológica’.¹⁶

En el caso de los *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH concluyó que la situación de privación ilegal de la libertad de una de las víctimas, en ausencia de control judicial, aunado a la situación de riesgo puesta en conocimiento de las autoridades, así como la muerte de su hermano en manos del mismo cuerpo policial, le habían generado sufrimiento y angustia, y derivaron en su muerte, y tomando en cuenta su condición de menor de edad, evidenciaron la falta de garantía y respeto, por parte del Estado, del derecho a la integridad psíquica y moral, reconocido en el artículo 5.1. de la CADH.¹⁷

En el caso *Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, el Tribunal Interamericano determinó la violación al artículo 5.1. de la CADH ya que con base en un peritaje psiquiátrico se determinó que las víctimas sufrían de trastorno crónico por estrés postraumático y depresión mayor, lo cual se debía tanto a “los hechos de agresión contra el señor Vélez [...]”, a las amenazas, intimidaciones e intento de privación de libertad, pero también se relaciona[ba] en gran medida con las consecuencias de haber tenido que salir de Colombia a vivir a los Estados Unidos de América en condición de asilados”.¹⁸

Por último, es importante destacar las formas de afectación a la integridad psíquica y moral vinculada con violencia sexual. Al respecto, la Corte señaló en el caso del *Penal Miguel Castro y Castro vs. Perú*:

El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha

14 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 164.

15 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 117.

16 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párrs. 278 y 279, respectivamente. En este mismo sentido, ver: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 147. En el caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, el Tribunal Interamericano, citando al TEDH en el caso *Campbell and Cosans*, sentencia del 25 de febrero de 1982, Serie A, n.º 48, p. 12, § 26, señaló que: “la mera amenaza de una conducta prohibida [...] cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras: crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano”. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. 1999, párr. 165.

17 Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párrs. 202-203.

18 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 180.

violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2. de la Convención Americana [...].¹⁹

2.2.2. Familiares como víctimas por propio derecho de la violación al derecho a la integridad personal

Es claro que hay una visión integral de la persona humana en los instrumentos de derechos humanos, una consecuencia importante de esta amplitud es la forma en que la jurisprudencia de la Corte IDH ha tratado a los familiares de las víctimas de violaciones, al reconocer que ellos también tienen el derecho a que se respete su integridad psíquica y moral.

La Corte IDH ha considerado que ciertas violaciones de derechos humanos producen un impacto directo en los familiares de las víctimas.²⁰ En particular en casos de graves violaciones de derechos humanos, como la desaparición forzada de personas, los familiares se convierten en víctimas directas de una violación a su derecho a la integridad personal. Un ejemplo del razonamiento de la Corte en este sentido lo encontramos en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, en donde el Tribunal distingue dos categorías de personas cercanas a las víctimas que pueden ser consideradas a su vez como víctimas por la violación de su derecho a la integridad personal. En la primera categoría, correspondiente a los familiares directos de las víctimas, la Corte señaló:

En varias oportunidades, la Corte[IDH] ha declarado la violación del derecho a la integridad personal de familiares de víctimas de ciertas violaciones de los derechos humanos u otras personas con vínculos estrechos con aquellas. Al respecto, en el caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* [sic] este Tribunal consideró que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción *iuris tantum* respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, compañeros y compañeras permanentes (en adelante “familiares directos”), siempre que ello responda a las circunstancias particulares en el caso. En el caso de tales familiares directos, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción.²¹

De igual manera, este reconocimiento se ha hecho a hijos de víctimas que en el momento de la desaparición forzada de sus padres no habían nacido:

el Tribunal advierte que dos de los hijos de las víctimas desaparecidas no habían nacido al inicio de la desaparición de sus padres [...]. Al respecto, tal como lo ha hecho la Corte en otros casos [...], y teniendo en consideración los términos del reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte considera que los mismos también sufrieron una violación a su integridad psíquica y moral, ya que el hecho de vivir en un entorno que padece del sufrimiento y la

19 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 308.

20 El ejemplo más claro de este razonamiento es ver Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. 1993.

21 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 128. En el mismo sentido, ver Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 249. La Corte IDH ha declarado que la violación a la integridad personal de familiares no se presume en todo tipo de casos, ni respecto de todos los familiares: “si bien [la Corte IDH] ha determinado que se puede declarar la referida violación en perjuicio de los familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción *iuris tantum* respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, compañeros y compañeras permanentes, esto sería una posibilidad siempre que ello responda a las circunstancias particulares del caso, conforme ha sucedido, por ejemplo, en algunos casos de masacres, desapariciones forzadas de personas o ejecuciones extrajudiciales [...]. No se presume, por tanto, la violación a la integridad personal de familiares en todo tipo de casos, ni respecto de todos los familiares”. Ver Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 145.

incertidumbre por la falta de determinación del paradero de las víctimas desaparecidas, causó un perjuicio a la integridad de los niños que nacieron y vivieron en semejante ámbito.²²

En el caso *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, la Corte IDH amplió la presunción *juris tantum* a las hermanas y hermanos de las víctimas desaparecidas "salvo se demuestre lo contrario por las circunstancias específicas del caso".²³

La segunda categoría está conformada por aquellas personas que tienen un vínculo particularmente estrecho con la víctima, como lo señaló la Corte IDH:

En los demás supuestos, el Tribunal deberá analizar si de la prueba que consta en el expediente se acredita una violación del derecho a la integridad personal de la presunta víctima, sea o no familiar de alguna otra víctima en el caso. Respecto de aquellas personas sobre quienes el Tribunal no presumirá una afectación del derecho a la integridad personal por no ser familiares directos, la Corte evaluará, por ejemplo, si existe un vínculo particularmente estrecho entre estos y las víctimas del caso que permita a la Corte declarar la violación del derecho a la integridad personal. El Tribunal también podrá evaluar si las presuntas víctimas se han involucrado en la búsqueda de justicia en el caso concreto, o si han padecido un sufrimiento propio como producto de los hechos del caso o a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos.²⁴

La sentencia del caso *Blake vs. Guatemala* constituye un antecedente de esta línea jurisprudencial:

Esta cuestión que plantea la Comisión, solo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos.²⁵

2.2.3. Desapariciones forzadas

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido también una relación especial entre el derecho a la integridad personal y la desaparición forzada de personas, esta última catalogada como una forma pluriofensiva de violación a los derechos humanos.²⁶

La Corte IDH ha considerado que la figura de la desaparición forzada es contraria no solo al derecho a la libertad personal de la víctima, sino también al derecho a la integridad personal, el derecho a la vida, y al reconocimiento de la personalidad jurídica. En el caso *Radilla Pacheco vs. México*,²⁷ la Corte IDH afirmó que las desapariciones forzadas, llevadas a cabo en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, presuponen la afectación del derecho a la integridad personal en los siguientes términos:

22 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 287, en el mismo sentido ver Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 258.

23 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 286. Ver también Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 227. Sobre la violación a la integridad personal del hermano de la víctima por los sufrimientos padecidos en relación con la ejecución extrajudicial de su familiar y la ausencia de investigaciones efectivas ver Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 450.

24 Corte IDH. *Caso Kaway Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 129.

25 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. 1998, párr. 114. Este criterio fue posteriormente reiterado, ver Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. 1999, párr. 174. El tema fue sin duda desarrollado en la sentencia Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. 2000, párrs. 162-164.

26 Esta línea jurisprudencial inicia desde la primera sentencia de fondo emitida por el Tribunal Interamericano, ver Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 1988, párrs. 155 y ss.

27 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 139.

[...] la desaparición del señor Radilla Pacheco no solo es, a todas luces, contraria al derecho a la libertad personal, sino, además, se enmarca en un patrón de detenciones y desapariciones forzadas masivas [...], lo cual permite concluir que aquella lo colocó en una grave situación de riesgo de sufrir daños irreparables a su integridad personal y a su vida.

[...] esta Corte ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque “[e]l solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención.”²⁸

En el caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, la Corte IDH determinó:

Respecto del artículo 5 de la C[ADH], en primer lugar la Corte considera que, al haberse privado de la libertad al señor Tenorio Roca en un contexto de desapariciones forzadas llevadas a cabo de manera generalizada entre los años 1983 y 1984, el Estado lo colocó en una situación de especial vulnerabilidad y riesgo de sufrir daños a su integridad personal y vida. Asimismo, el Tribunal estima que resulta evidente que las víctimas de esta práctica ven vulneradas su integridad personal en todas sus dimensiones [...]. En particular, de acuerdo con la declaración de la señora Cipriana Huamaní Anampa, el señor Tenorio Roca fue sometido a maltratos físicos al momento de su detención y traslado en el convoy militar. Además, la Corte considera que el sufrimiento físico y mental inherente a una desaparición forzada debido al aislamiento prolongado, a la incomunicación coactiva y a la incertidumbre de lo que ocurriría, generaron en el señor Tenorio Roca sentimientos de profundo temor y ansiedad. De igual manera, esta Corte ha considerado que, luego de su detención, el señor Tenorio Roca habría sido llevado a la Base Militar de la Marina instaurada en el Estadio Municipal de Huanta, lugar que funcionaba como un centro de detención donde se ha establecido que se practicaba la tortura de las personas detenidas [...]. Por lo antes expuesto, la Corte concluye que actos deliberados de violencia se perpetraron contra la víctima, los cuales constituyeron actos de tortura. Por la tanto, el Estado es responsable por la violación del artículo 5.1. y 5.2. de la Convención Americana.²⁹

2.3. Los mecanismos de protección del derecho a la integridad personal

Finalmente, un tercer tema general son los mecanismos de protección de este derecho. Desde un punto de vista procesal, es interesante ver la ampliación que se ha hecho en la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los objetivos de la institución del hábeas corpus. El Tribunal Interamericano ha determinado que este recurso es un instrumento eficaz para la protección de la integridad personal, y ha ampliado sus alcances más allá de la protección de la libertad personal:

En situaciones de privación de la libertad como las del presente caso, el hábeas corpus representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo, para asegurar que el detenido sea presentado ante al órgano judicial encargado de constatar la legalidad de la detención, así como para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención y protegerlo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos criterios son reflejados en los artículos X y XI de la [CIDFP], específicamente en lo que se refiere a la desaparición forzada de personas.³⁰

En síntesis, la CADH consagra un principio general: el derecho a la integridad personal que tiene distintas facetas (física, psíquica y moral). Este derecho puede ser afectado de distintas formas, alguna de las cuales se encuentran expresamente prohibidas (tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes). Además, surgen otros temas que se han vinculado con la integridad personal, como

28 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párrs. 152 y 153.

29 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 158.

30 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 72.

violaciones pluriofensivas de derechos (desaparición forzada) y las medidas de protección jurisdiccional efectiva de este derecho en el marco de violaciones de otros derechos relacionados (hábeas corpus).

3. La prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

El lugar primordial que la prohibición de la tortura ocupa en todo el derecho internacional es reflejo del número de tratados e instrumentos internacionales destinados específicamente a ella,³¹ así como del carácter de norma imperativa de derecho internacional o *jus cogens*.³²

Esto implica que a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los derechos humanos consagrados internacionalmente, la prohibición de tortura no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia.³³ De igual modo, ningún Estado puede sustraerse de esta prohibición, por ejemplo, mediante una reserva al momento de obligarse por un tratado internacional.³⁴

De acuerdo con la Corte IDH,³⁵ la especial naturaleza de la prohibición de tortura tiene efectos en relación con las obligaciones del Estado, principalmente la de garantía:

[...] los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional [jus cogens], en particular las prohibiciones de tortura y de desaparición forzada de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus

31 Ver Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 [resolución n.º 3452 (XXX)]; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), aprobada el 10 de diciembre de 1984 (resolución n.º 39/46) ONU Doc. A/39/51 (1984), entró en vigor el 26 de junio de 1987; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 9 de diciembre de 1985, entró en vigor el 28 de febrero de 1987; Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, aprobada en el marco del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 1987, entró en vigor el 1 de febrero de 1989. Otros instrumentos internacionales que se refieren a la tortura son: las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957, y n.º 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución n.º 43/173 de 9 de diciembre de 1988; los Principios de Ética Médica aplicables a la función del Personal de Salud, especialmente, los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptados por la Asamblea General de la ONU en su resolución n.º 37/194 de 18 de diciembre de 1982; la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución n.º 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975; los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

32 *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 90, párr. 29. Comisión de Derecho Internacional, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra, 2001, pp. 208 y 284 (comentarios sobre los arts. 26 y 40).

33 Art. 27 de la CADH y art. 4 del PIDCP.

34 Ver Schwelb, E. "Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission", en *American Journal of International Law*, Vol 61, 1967, pp. 946-975. Cebada Romero, A. "Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

35 A modo de ejemplo, ver Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*: FRC. 2012, párr. 147.

responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.³⁶

Todas estas características particulares de la prohibición de tortura han hecho surgir la discusión sobre qué es exactamente un acto de tortura y de qué manera lo podemos distinguir de otras formas de afectación de la integridad personal que también se encuentran especialmente prohibidas.

3.1. Necesidad de distinguir entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal

La distinción entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal es compleja. Si bien en ocasiones la violación al derecho se hace sin diferenciar los actos que implica,³⁷ el propósito de realizar dicha distinción es, particularmente, destacar la tortura en atención a la gravedad del acto.

A partir de la lectura de los instrumentos generales en derechos humanos adoptados a nivel internacional e interamericano es posible concluir que los mismos se han limitado a establecer la prohibición de diferentes formas en que se puede afectar la integridad personal: tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin hacer mayor distinción entre las mismas.³⁸ En donde se ha hecho un esfuerzo por definir la tortura ha sido en los instrumentos específicos sobre la materia adoptados tanto en Naciones Unidas como en el SIDH. Ambos instrumentos parten de una definición sobre tortura, y si bien son similares, guardan ciertas diferencias. A continuación analizaremos cada una de ellas:

La CCTONU señala en su artículo 1:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

Por su parte, el artículo 2 de la CIPST señala:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

36 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

37 Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). *Guía sobre la Legislación contra la Tortura*. Disponible en: http://www.apr.ch/content/files_res/anti-torture-guide-es.pdf [fecha de último acceso 15/12/2016].

38 El artículo 3 del CEDH dispone: “[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. El PIDCP, en su artículo 7 señala: “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. El artículo 5 de la CADH dispone: “1. [t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

De esta forma, a partir de los elementos comunes y las diferencias entre ambas definiciones, podemos extraer las siguientes conclusiones. Primera, la tortura debe ser un acto intencional. Segunda, el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental. Es interesante, por una parte, señalar que respecto de este requisito ambos instrumentos difieren en un elemento central: la CCTONU exige que el padecimiento sea ‘grave’, cuestión que no es exigida por la CADH. Este es un punto muy relevante al momento de realizar una distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal, ya que podría pensarse, como lo hizo el SEDH en algún momento, que este sería el elemento clave de distinción. Por otra parte, nos encontramos con un segundo aspecto diferenciador. En el SIDH se ha agregado un elemento que amplía la noción del padecimiento, mediante el cual también se considerará tortura un acto que sin provocar este dolor o sufrimiento, esté destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

Tercera, el acto debe perseguir una finalidad. Aquí hay un punto interesante de distanciamiento entre ambos sistemas: en el caso del SIDH este requisito es prácticamente fútil ya que se establece que ‘cualquier otro fin’, aparte de los mencionados expresamente en el texto, podrán ser considerados como suficientes para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. En cambio, en el sistema universal de NU la finalidad es más restringida, al abordar el tema lo hace de la siguiente forma: “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. De este modo, sigue siendo una apertura acotada, ya que esta finalidad deberá estar basada en algún tipo de discriminación.

Cuarta, en cuanto a los sujetos activos, ambos instrumentos mantienen una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal. Sin embargo, en el art. 3.2. de la CAPST hay un esfuerzo por vincular a privados de forma más categórica.

No hay duda que el ilícito de la tortura es uno de los crímenes que mayor repudio provocan, tanto a nivel nacional como internacional.³⁹ En este sentido es relevante que los actos de tortura sean calificados como tales, tanto para los efectos de las víctimas como de los procesos que a partir de estos hechos puedan generarse, y no queden en un terreno incierto como es la afectación genérica de la integridad personal. Con ello se justifica hacer la distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal, y reservar este mayor repudio para las acciones más graves de afectación al principio general resguardado.

La tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado, en materia de reparaciones, y es relevante para la activación de mecanismos de protección a nivel de la CCTONU.

Existe consenso sobre la obligación de investigar actos de tortura por parte del Estado, independientemente de las actuaciones que puedan desarrollar las víctimas o sus representantes. Sin embargo, a nivel interamericano, en donde se ha desarrollado ampliamente esta materia, aún no se ha establecido con claridad si toda afectación a la integridad personal es considerada un ‘delito grave’, o si solamente lo es la tortura. En este sentido, es relevante la distinción entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal conforme a la obligación de garantía expresada en la obligación de investigar y sancionar penalmente estos ilícitos.

39 En este sentido, ver la redacción del artículo 19 del proyecto de responsabilidad internacional de los Estados por actos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional en 1996, el cual fue finalmente eliminado de la versión final presentada a la Asamblea General de la ONU. Sin perjuicio de ello, en la jurisprudencia interamericana es una calificación a ciertas violaciones graves de derechos humanos que puede tener relevancia en el campo de la conceptualización de la tortura, ver Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006. En particular los votos de los jueces Sergio García Ramírez y Antonio A. Cançado Trindade.

Otra cuestión en donde también es relevante la distinción es en materia de reparaciones. La Corte IDH ha hecho suyo el razonamiento del Comité DHONU al establecer que la reparación en estos casos debe ser “suficiente, efectiva y completa”.⁴⁰ En la medida en que las indemnizaciones en el ámbito internacional, particularmente la indemnización del daño material, se encuentren estrechamente ligadas a la idea de sufrimiento, es relevante determinar si la víctima de una violación al derecho a la integridad personal ha sido víctima de tortura.⁴¹

Otro aspecto en donde también es relevante hacer una adecuada distinción es en materia de procedimientos de control y protección internacional. En particular, la CCTONU ha diseñado un procedimiento especialmente dirigido a hacer frente a casos de tortura.⁴² Este procedimiento especial contemplado en el artículo 20 hace referencia en su numeral 1 a ‘prácticas sistemáticas de tortura’. Si bien podría pensarse que este es un mecanismo diseñado exclusivamente para hacer frente a la forma más cuestionada de violación a la integridad personal, sería relevante hacer la distinción entre tortura y otras formas de afectación en el ámbito de la protección que otorga esta Convención.

3.2. Jurisprudencia sobre la definición de tortura

3.2.1. Elementos en la jurisprudencia del TEDH

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha hecho una serie de distinciones conceptuales, calificando ciertos casos como tortura, otros como tratos inhumanos, y otros como tratos degradantes.⁴³ Un caso paradigmático sobre las dificultades de la distinción en esta materia es la sentencia dictada en el caso *Irlanda c. Reino Unido*, en donde estableció que un trato degradante era aquél capaz de “crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral”.⁴⁴

En este mismo caso, el TEDH sostuvo que las ‘cinco técnicas’ que se aplicaban en Irlanda del Norte, a saber: tener a los individuos en puntas de pie por largas horas, cubrirles la cabeza con capuchones, sujetarlos a un intenso y constante ruido y privarlos de sueño, de comida y bebida en cantidad suficiente, no alcanzaban a constituir tortura sino tratamiento inhumano, ya que al término tortura se le adscribía un estigma particular que denotaba “tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel”.⁴⁵

40 Ver Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párrs. 187-192.

41 Ver Nash, C. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2a. ed., Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

42 Artículo 20: “1. El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la *tortura* en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate. 2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité. 3. Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte de que se trate; de acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio. 4. Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación. 5. Todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente conforme al artículo 24”. (énfasis agregado)

43 Van Dijk, P. y Van Hoof, G. J. H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4a. ed., SIM, Kluwer Law International, La Haya - Londres - Boston, 2006, pp. 406 y ss.

44 TEDH. *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, Serie A n.º 25, párr. 167, citado por Barquin Sanz, J. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Edersa, Madrid, 1992, p. 89.

45 Refleja la dificultad y subjetividad de la distinción el que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el procedimiento que precedió el estudio del caso por el TEDH, había calificado estas técnicas como “tortura” (Informe de 25 de

De esta sentencia se desprende que el elemento central para delimitar ambos tipos de conductas es la severidad del daño. La dificultad en la práctica está en establecer este parámetro a partir de los elementos que tiene en consideración la Corte IDH.

3.2.2. Elementos en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, la Corte IDH determinó los elementos constitutivos de tortura. Si bien el Tribunal Interamericano había tenido oportunidad de revisar violaciones al derecho a la integridad personal en casos anteriores,⁴⁶ en dicha sentencia se sistematizan por primera vez los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito.⁴⁷ En particular se desarrollan los elementos de la tortura y los actos cometidos por agentes del Estado que configuraron la conducta prohibida. Para estos efectos, el Tribunal Interamericano utilizó como fuente de interpretación el artículo 5 de la CADH y lo dispuesto en el artículo 2 de la CIPST,⁴⁸ y señaló:

[...] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.⁴⁹

Estos requisitos son los que habitualmente cita la doctrina y la jurisprudencia internacional para efectos de conceptualizar la tortura y distinguirla de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.⁵⁰ Sin embargo, surgen algunas dudas sobre el análisis.

3.2.2.1. Intencionalidad

Respecto del primer elemento de intencionalidad, la Corte IDH señaló que “[...] los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito.”⁵¹ Si bien este es un requisito ampliamente aceptado, resulta pertinente analizar el impacto que el mismo puede tener en el ejercicio de demandas de las víctimas ante el SIDH.

Para satisfacer este requisito el Tribunal Interamericano exige que, tras la conducta lesiva, exista una intención o ánimo del agente Estado, y excluye la posibilidad de considerar como tortura un acto que sea resultado de la negligencia grave o del caso fortuito, lo cual tiene un impacto en el ámbito probatorio.

enero de 1976, B.23-I (1980) p. 411, citado en Van Dijk P. y Van Hoof, G. J. H., *op. cit.*, p. 309.

46 En nuestro continente, los gobiernos autoritarios de las postrimerías del siglo XX desarrollaron e implementaron políticas y prácticas contrarias a los derechos humanos en aras de neutralizar a la población civil o los grupos que consideraban peligrosos para sus intereses. Entre estas prácticas se encontraban las más diversas y graves formas de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. V.g. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 1988. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. 2001. Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

47 Hasta la dictación de la sentencia en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, la Corte IDH no distinguía en forma precisa los elementos constitutivos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero utilizaba en su argumentación los elementos o categorías de otros sistemas de protección. Al respecto ver Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 149. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 221.

48 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, párr. 78. El artículo 2 de la CIPST dispone: “[p]ara los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin [...]”. Este no es el primer caso en que la Corte se atribuye competencia y aplica la CIPST. En la misma sentencia, el Tribunal Interamericano hace referencia a las siguientes sentencias: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 156. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yake Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 126. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 144.

49 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, párr. 79. Este caso trata sobre los ataques a la integridad del Señor Bueno Alves en un interrogatorio conducido por agentes del Estado en el marco de un procedimiento de carácter civil entre particulares.

50 Ver Rodley, N. *The Treatment of Prisoners under International Law*. 2a ed., Oxford University Press, 2002, pp. 75-106. Medina, C., *op. cit.*, pp. 138-210.

51 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, párr. 81.

La rigurosidad en un juicio de atribución de responsabilidad de un particular es, no solo deseable, sino exigible en virtud del principio de legalidad, sin embargo en la adjudicación de responsabilidad al Estado el criterio es diferente y no debe confundirse. En este segundo supuesto se debe exigir una respuesta efectiva del Estado ante la gravedad de los sufrimientos padecidos por la víctima, ocasionados por un agente del Estado o con su consentimiento, así como en las acciones emprendidas por el Estado para reparar dicha afectación, y no en la intencionalidad del autor concreto de la conducta. Una interpretación estricta de este requisito puede impactar negativamente en la efectiva y eficaz protección de las víctimas.

Así, la cuestión puede resolverse a través de las reglas de atribución de responsabilidad y no como un requisito particular de la tortura.

3.2.2.2. Severos sufrimientos físicos y mentales

En relación a los ‘severos sufrimientos físicos y mentales’, resulta interesante destacar la forma en la que se aborda este segundo elemento:

[...] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, *teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos*. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.⁵²

A efectos de analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, la Corte IDH atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima.⁵³ Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca.

En particular, el análisis de la situación del titular de derecho concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos establecidos en la CADH. Una calificación que se centre solo en los elementos objetivos del acto resulta problemática, ya que ignora las particularidades individuales y establece estándares vinculados a elementos objetivos donde el parámetro se fija a partir de un paradigma que permite formas de trato desigual y discriminatorio a partir de prejuicio o estereotipos que surgen desde las visiones predominantes en un momento histórico determinado.⁵⁴

52 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, párr. 83. (destacado añadido). En el mismo sentido ver: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

53 Esta forma de ponderación se desarrolló a partir del caso Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas]. 2006. Un resumen del actual razonamiento del Tribunal Interamericano es: “[a]simismo, [...] la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y [...] abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos”. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 127. Este criterio fue posteriormente reiterado Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 381.

54 El mejor ejemplo de este peligro es el caso Griego, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que: “[u]na cierta dureza de tratamiento de los detenidos, tanto por la policía y las autoridades militares es tolerada por la mayoría de los detenidos e incluso esperada por ellos. Esta dureza puede tener la forma de palmadas o golpes de mano en la cabeza o en la cara. Esto subraya el hecho de que el punto hasta el cual los prisioneros y el público aceptan la violencia física como no necesariamente cruel o excesiva varía según las diferentes sociedades y aún entre diferentes grupos de la misma” citado en Van Dijk P. y Van Hoof, G. J. H., *op. cit.*, pp. 412-413. El TEDH aplicó este criterio en

3.2.2.3. *Finalidad*

Sobre la finalidad como tercer elemento, la Corte IDH indicó que “los maltratos tuvieron como finalidad específica *forzar la confesión* del señor Bueno Alves.”⁵⁵ A partir de esto la Corte IDH establece un umbral de exigencia en el cual debe existir una orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito —como es el obtener una confesión—, no nos encontraremos ante tortura. Sobre el particular resulta importante destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la CIPST, los ataques que se perpetren pueden realizarse “con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”. Esta última causal es formulada en términos tan amplios que parece fútil detenerse en este elemento a la hora de determinar un caso como tortura.

Entre los elementos que menciona la Corte IDH no se hace referencia a la calidad del autor de las torturas. Lo anterior puede deberse a que la CAPST no hace referencia a este elemento en la definición de la tortura, sino en su artículo 3 al referirse a quienes pueden ser responsables de la tortura.⁵⁶ En el caso en comento, los autores de la tortura eran funcionarios del Estado, por lo que no generó mayores problemas al momento de establecer la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁷

3.2.2.4. *Tortura y violencia sexual*

El Tribunal Interamericano analizó por primera vez la violación sexual de una mujer como posible tortura en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sin embargo declinó hacerlo tras estimar que no había sido suficientemente acreditada la violación sexual de la víctima.⁵⁸ El criterio fue revertido posteriormente en el caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, en donde la Corte IDH dio un paso destacable, no solo al afirmar que la violación sexual de una mujer podía constituir tortura, sino al admitir también un concepto amplio de violación sexual:⁵⁹

[...] tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar [...] constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura.⁶⁰

Posteriormente, el caso *Fernández Ortega y otros vs. México* es un precedente de gran importancia en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de género y su vinculación con la prohibición de tortura. En esta sentencia se confirma y desarrolla el criterio del caso del *Penal Miguel Castro Castro vs.*

el caso *Tyrer v. United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978.

55 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, párr. 82.

56 Artículo 3: “Serán responsables del delito de tortura: a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

57 Ahora bien, en la sentencia del caso *Ximenes Lopes*, el Tribunal Interamericano condenó al Estado por la violación del artículo 5 cometida por funcionarios de un hospital privado en contra de uno de sus pacientes que padecía esquizofrenia, relativizando este requisito del art. 3 CIPST. Este criterio funda la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de la obligación de garantía: “por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes”, ver Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas]. 2006, párr. 150.

58 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo, párr. 58.

59 En la sentencia del caso del *Penal Miguel Castro Castro*, la Corte IDH consideró “[...] que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 310.

60 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 312. Este criterio fue posteriormente reiterado en el caso Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 359.

Perú. Asimismo es una expresión clara sobre los alcances de la obligación general de no discriminación aplicable también a este derecho. En esta sentencia, la Corte IDH determina que una violación sexual, bajo ciertas circunstancias, constituye tortura:

[...] Esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos [...].⁶¹

En este último precedente, la Corte IDH avanza unos pasos más respecto del caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, pues desarrolla los elementos que configuran la práctica de tortura,⁶² y los aplica a la violación sexual de la Sra. Fernández Ortega, fundamentando así su calificación jurídica. Por otra parte, es importante destacar que el precedente adquiere un valor adicional al explicitar que la violación sexual vulnera el derecho a la vida privada y constituye violencia de género en los términos de la Convención de Belém do Pará:

[...] la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2., 11.1. y 11.2. de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1. del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.⁶³

En fallos posteriores, la Corte IDH ha tratado de manera particular los efectos de la violencia sexual en la integridad personal:

Adicionalmente, la Corte ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.⁶⁴

Desde la perspectiva de género, resulta relevante otorgar una connotación especial a la violación sexual de la mujer como infracción grave a los derechos humanos, y distinguirla de otras afectaciones a la integridad personal.⁶⁵ El reconocimiento de esta necesidad, por parte de órganos de protección

61 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 128.

62 De conformidad con los criterios establecidos por el propio Tribunal Interamericano desde la sentencia Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, párr. 79.

63 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 131.

64 Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 195.

65 En este mismo sentido en el *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, la Corte IDH estableció que: “[...] la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores [...]. En esta línea, el Tribunal [subrayó] el contexto en el que fueron perpetradas las violaciones sexuales reconocidas por el Estado, esto es, en el transcurso de un operativo militar en el cual las mujeres se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado y en una situación de absoluta indefensión. Además, [de acuerdo con el Tribunal] llegar a una conclusión distinta permitiría al Estado ampararse en la impunidad en que se encuentra la investigación penal de los hechos del presente caso para sustraerse de su responsabilidad por la violación del artículo 5 de la Convención [...]. [Asimismo señaló que] es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, y en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona

internacional, no es del todo novedoso. La calificación de la violación sexual como tortura en el derecho internacional es de larga data. Organismos internacionales como la CIDH,⁶⁶ el TEDH,⁶⁷ la Relatoría Especial de la ONU sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y formas Conexas de Intolerancia,⁶⁸ y los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*,⁶⁹ desde hace más de una década consideraron que la violación sexual, especialmente en contextos de conflicto armado o violencia doméstica, podía constituir tortura.⁷⁰

3.2.2.5. Falta de proporcionalidad de las penas

De manera reciente, el Tribunal Interamericano determinó que las penas que son consideradas radicalmente desproporcionadas pueden ser contrarias a la prohibición de tortura y los tratos crueles, inhumanos, y degradantes:

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la mayoría de los tratados en la materia solo establecen, mediante fórmulas más o menos similares, que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”[...]. Sin embargo, el carácter dinámico de la interpretación y aplicación de esta rama del derecho internacional ha permitido desprender una exigencia de proporcionalidad de normas que no hacen ninguna mención expresa de dicho elemento. La preocupación inicial en esta materia, centrada en la prohibición de la tortura como forma de persecución y castigo, así como la de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha ido extendiéndose a otros campos, entre ellos, los de las sanciones estatales frente a la comisión de delitos. Los castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación desde el punto de vista del [DIDH]. Por lo tanto, este ámbito no solo atiende a los modos de penar, sino también a la proporcionalidad de las penas [...]. Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes [...]. Al respecto, la Corte observa que, en la sentencia de los casos *Harkins y Edwards vs. Reino Unido*, el T[EDH] estableció que la imposición de una pena que adolece de grave desproporcionalidad puede constituir un trato cruel y, por lo tanto, puede vulnerar el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que corresponde al artículo 5 de la Convención Americana [...].⁷¹

que la sufre. Para calificar una violación sexual como tortura deberá atenderse a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, tomando en consideración las circunstancias específicas de cada caso [...]. En este sentido, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión [...]. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección [...].” Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. FRC. 2012, párrs. 164-165. (énfasis agregado). Asimismo, ver Corte IDH. Caso J. vs. Perú. EPFR. 2013, párrs. 358 y ss. y Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. EPFR. 2014, párrs. 194 y ss.n.

66 CIDH. Informe n.º 5/96, Caso n.º 10.970, 1 de marzo de 1996.

67 TEDH. Aydin c. Turquía, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrs. 80 y ss.

68 Comisión DHONU. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. “Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict”; Reporte Final de Ms. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párr. 55.

69 TPIEY. Caso Celebici, n.º IT-96-21-T, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, párrs. 495-497. TPIR. Caso Prosecutor vs. Akayesu, sentencia de 2 de septiembre de 1998, en este último caso el Tribunal consideró la violación sexual como un acto constitutivo de genocidio.

70 En el Estatuto de la CPI se decidió reconocer la gravedad especial de la violación sexual tipificándola, dentro de los crímenes de lesa humanidad, de manera explícita y separada del delito de tortura. Ver artículo 7 del Estatuto de Roma.

71 Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. EPFR. 2013, párr. 174. En el caso en cuestión, la Corte IDH determinó que la falta de proporcionalidad de las penas impuestas a los adolescentes, y el alto impacto psicológico producido por las consideraciones señaladas por la propia Corte IDH, solamente constituyeron tratos crueles e inhumanos, debi-

3.3. Otras formas de afectación de la integridad personal

La Corte IDH ha seguido un criterio casuístico para determinar qué actos constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, el Tribunal Interamericano establece una aproximación general en los siguientes términos:

La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (cf. *Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A n.º 25, párr. 167). Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida (cf. *Case Ribitsch v. Austria*, Judgment of 4 December 1995, Series A n.º 336, párr. 36). Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (cf. *Ibid.*, párr. 38) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.⁷²

De manera más reciente, la Corte IDH ha desarrollado un criterio respecto a la evaluación del sufrimiento:

Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que estos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales.⁷³

Como ejemplos de tratos crueles, inhumanos o degradantes, destacan los casos en que (i) las violaciones son perpetradas en un contexto de extrema gravedad con efectos en las víctimas que inclusive se prolongan en el tiempo,⁷⁴ (ii) las víctimas son tratadas de cierto modo que les hizo temer y prever que serían privadas de la vida de manera arbitraria y violenta o sometidas a tortura,⁷⁵ (iii) existió una

do a que “el artículo 13 del Código Penal de la Nación [Argentina] aplicable al [...] caso señala[ba] que las personas condenadas a prisión y reclusión perpetuas p[odían] obtener la libertad una vez que hubieren cumplido veinte años de condena, “por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones [...]” [...]. La Corte [...] determinó que este plazo fijo imp[edía] el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permit[iría] obtener la libertad anticipada en cualquier momento. En concreto, [la disposición] no permit[ía] una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad. Además, [...] que la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas por delitos cometidos siendo menores de 18 años no [había] consider[ado] los principios especiales aplicables tratándose de los derechos de los niños, entre ellos, los de la privación de la libertad como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda. La Corte estableció, además, que la prisión perpetua a menores no cumpl[ía] con el fin de la reintegración social previsto por el artículo 5.6. de la Convención [...]. En suma, este Tribunal estimó que la prisión y reclusión perpetuas no [resultaban] proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores”, párrs. 175 y 183.

⁷² Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. 1997, párr. 57.

⁷³ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 112.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 174.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 256. Corte IDH.

privación continua de la verdad acerca del destino de un familiar desaparecido,⁷⁶ (vi) los familiares de las víctimas sufrieron una afectación a su integridad personal como consecuencia del tratamiento que se dio a los restos de las víctimas,⁷⁷ (v) personas se ven privadas de toda comunicación con el mundo exterior por largo tiempo y, particularmente, con su familia,⁷⁸ (vi) la víctima vivió una situación de “temor y tensión constante y una ‘angustia agobiante’” que lo afectó psíquicamente,⁷⁹ y actos de violencia contra la mujer.⁸⁰

Como se señaló anteriormente, las ‘amenazas y el peligro real’ de verse expuesto a graves lesiones físicas, en determinadas circunstancias puede constituir, a juicio de la Corte IDH, una afectación al derecho a la integridad personal.⁸¹

Respecto a las penas que apliquen las autoridades, se parte del criterio que toda sanción implica, de cierta manera, una afectación legítima a la integridad personal, sin embargo debe existir un límite sustantivo a la imposición de penas. Un ejemplo de esta evaluación es el caso *Cesar vs. Trinidad y Tobago* en el cual la Corte IDH determinó lo siguiente:

La propia jurisprudencia de este Tribunal así como de otros tribunales y autoridades internacionales, llevan a la Corte a concluir que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos estos violatorios de normas perentorias de derecho internacional. Asimismo, la Corte es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Consecuentemente, un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1., 5.1. y 5.2. de dicha Convención, tiene una obligación erga omnes de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante.⁸²

En síntesis, podemos afirmar que, al igual que la tortura, la prohibición de tratos y penas, inhumanos o degradantes es una forma especial de protección a la integridad personal. Que si bien estas distintas conductas han sido tratadas muchas veces en forma indiferenciada, la jurisprudencia de la Corte IDH ha aplicado los criterios de la CIPST para conceptualizar la tortura sobre la base de los elementos de intencionalidad, severidad del sufrimiento y la finalidad perseguida. Finalmente, hemos reseñado algunas conductas que han sido consideradas por la jurisprudencia como otras formas de violación de la integridad personal que también están especialmente prohibidas: tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.

Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. FRC. 2004, párr. 149.

76 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004, párr. 267. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 130. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 221. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 166.

77 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. 1999, párr. 174. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. 2000, párr. 161.

78 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. 1997, párr. 91.

79 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 178.

80 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 427. En este caso, la Corte IDH determinó que el corte forzado de cabello, o la amenaza de hacerlo, implicaba un cambio en la apariencia de la persona sin su consentimiento, por lo cual dependiendo de las circunstancias del caso podría constituir un trato contrario al artículo 5.2. de la CADH.

81 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 292. Inclusive, la Corte IDH ha determinado que esto puede constituir una forma de “tortura psicológica”. En este sentido, ver Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 147. Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 185.

82 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2005, párr. 70.

4. Las obligaciones del Estado respecto del derecho a la integridad personal

La especial regulación internacional de la prohibición de la práctica de la tortura ha obligado a ciertos desarrollos jurisprudenciales que resultan interesantes en relación con las obligaciones del Estado, particularmente con la obligación de garantía.

Por una parte, es evidente que de acuerdo con el mandato normativo el Estado no puede incurrir en actos que puedan ser considerados violatorios de la integridad personal, cualquiera sea la faceta de dicho derecho. Por otra parte, se deben considerar los alcances de la obligación de garantía respecto del derecho a la integridad personal.

En este comentario, nos centraremos en los principales aspectos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH, entre los que destacan la obligación de investigar bajo un estándar de mayor acuciosidad, el deber de colaboración internacional, el acceso a la salud y su relación con la integridad personal, la situación de las personas desplazadas, la abstención de deportar a países en donde exista riesgo de sometimiento a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y las obligaciones institucionales (tipificación).

4.1. Violación a la obligación de investigar como una afectación al derecho a la integridad personal

La Corte IDH ha reiterado la obligación que tiene el Estado de investigar las violaciones graves de derechos humanos como parte de su deber de garantía.⁸³ Desde su primera sentencia contenciosa, el Tribunal Interamericano ha señalado que como consecuencia de la obligación general de garantía, los Estados deben investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y también se deben adoptar medidas de prevención.⁸⁴

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, este deber de prevenir constituye una obligación de medio o comportamiento que abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos.⁸⁵ En virtud de este deber de prevención se ha afirmado que, en algunos casos, corresponde a los Estados otorgar una protección especial y más personalizada, con el fin de prevenir posibles violaciones dirigidas a personas específicas que se encuentran expuestas a un peligro claro e individualizado del cual tiene conocimiento el Estado, especialmente, cuando aquel se enmarca en un contexto generalizado de violaciones de derechos humanos.⁸⁶

En el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, el Tribunal Interamericano señaló que si bien la falta de prevención de la desaparición de las víctimas no conllevaba *per se* la responsabilidad internacional del Estado, toda vez que no había sido establecido que las autoridades tuvieran conocimiento de un riesgo real e inmediato para ellas,⁸⁷ una vez denunciada su desaparición la situación era distinta. A partir de ese momento se configuraba para el Estado un 'deber de debida diligencia estricta' de investigación, prevención y protección, dado que este había tomado conocimiento de la existencia de un peligro cierto e inminente de que las víctimas sufrieran ataques a su vida e integridad personal:

[...] La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras

83 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párrs. 124-125.

84 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 1988, párr. 166.

85 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 1988, párr. 175.

86 Ver Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 280. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 123. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 155. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 78. En el mismo sentido: Medina, C., *op. cit.*, 2003, p. 96.

87 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 283. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 159.

horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad [...].⁸⁸

Aunado a lo anterior, la Corte IDH ha señalado que las deficiencias en la investigación, en la adopción de medidas adecuadas de prevención y protección, o la impunidad de los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos,⁸⁹ pueden importar una violación del derecho a la integridad personal, por cuanto tales deberes se desprenden de la obligación de garantizar efectivamente este derecho:

[...] ante el incumplimiento de las obligaciones de prevención, protección e investigación respecto de la ejecución extrajudicial cometida, la Corte declara la responsabilidad agravada del Estado por la violación de los derechos a la vida e integridad personal [...] en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio del Senador Manuel Cepeda Vargas.⁹⁰

Un aspecto central en este desarrollo ha sido clarificar que la obligación de activar la investigación en estos casos es del Estado y no de las víctimas. La obligación de investigar, a juicio de la Corte IDH tiene un carácter procedimental, ya que se debe activar la investigación, y sustantivo, pues debe cumplir con ciertos requisitos para que sea compatible con las obligaciones internacionales:

[...] Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida.⁹¹

El Tribunal Interamericano ha afirmado que la obligación de investigar las violaciones a los derechos reconocidos en la CADH debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.⁹² Aunado a esto, en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Corte IDH explica que cuando se trata de investigar las amenazas dirigidas en contra de personas expuestas a un contexto de violencia y aquellas han sido denunciadas ante las autoridades estatales, el deber de investigar adquiere características especiales que imponen al Estado exigencias reforzadas de prevención y protección, mediante acciones particularmente diligentes, inmediatas y efectivas:

[...] En efecto, ante el contexto de violencia que enfrentaba la UP y el PCC en Colombia al momento de los hechos, el deber de debida diligencia frente a las denuncias de amenazas de muerte adquirió un carácter especial y más estricto, en tanto exigía del Estado prevenir la vulneración de los derechos del Senador Cepeda Vargas. Esta obligación de medio, al ser más

88 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 283.

89 En el *Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte IDH concluyó que el Estado había violado el artículo 5.1. en perjuicio de los sobrevivientes de la masacre ya que estos "[...] padec[ían] un profundo sufrimiento y dolor como resultado de la impunidad en que se enclontraban] los hechos, los cuales se enmarcaron dentro de una política de estado de "tierra arrasada" dirigida hacia la destrucción total de dicha comunidad". Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 244.

90 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 126. En el mismo sentido, ver caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia* en donde el Tribunal Interamericano señaló que: "[...] la falta de una investigación diligente de las amenazas y hostigamientos implicó también una violación a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal del señor Vélez Restrepo, su esposa e hijos, y a su vez constituyó una violación al deber de prevenir ya que en el [...] caso la investigación habría podido constituir un medio de prevención para impedir la continuación y escalamiento de las amenazas que llegó hasta el intento de privación de la libertad del señor Vélez Restrepo que causó que tuviera que salir del país para proteger su vida e integridad y la de su familia". Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 180.

91 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 88. En el mismo sentido, ver Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 143. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 256.

92 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 1988, párr. 177.

estricta, exigía la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación de los responsables de las amenazas y de los crímenes acontecidos en el mismo contexto.⁹³

En diversas oportunidades, la Corte IDH ha señalado que, para que una investigación pueda ser considerada diligente y efectiva, las autoridades encargadas deben valorar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.⁹⁴ En el caso *Veliz Franco vs. Guatemala*, señaló:

[...] De ese modo, en relación con el aducido incumplimiento del Estado en cuanto a la prevención de lo sucedido a María Isabel Veliz Franco [...], la consideración de información contextual coadyuvará (junto con elementos fácticos propios del caso) a la precisión sobre el grado en que era exigible al Estado considerar la existencia de un riesgo para la niña, y actuar en consecuencia. Asimismo, en el aspecto indicado, como también en relación con la actuación estatal en la investigación de los hechos, permitirá una mejor comprensión de las aducidas violaciones, como de la procedencia de ciertas medidas de reparación.⁹⁵

De ahí, el rol relevante del Protocolo de Estambul sobre investigación de actos de tortura,⁹⁶ y el desarrollo de protocolos de actuación a nivel nacional.⁹⁷ En este mismo sentido, la Corte IDH ha señalado ciertos criterios que deben guiar las investigaciones cuando una persona acusa haber sido sometida a tortura para obtener una declaración o confesión:

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que en los casos que la persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia. Asimismo, la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria. Del mismo modo, de acuerdo a lo dispuesto en el Protocolo de Estambul, en cuanto a la investigación de casos de tortura y a la realización del examen médico, este ‘debe realizarse independientemente del tiempo que haya transcurrido desde el momento de la tortura’.⁹⁸ Además, las “declaraciones de testigos y supervivientes son componentes necesarios de la documentación de la tortura” y las “pruebas físicas, en la medida en que existan, son importantes informaciones que confirman que la persona ha sido torturada. De todas formas, en ningún caso se considerará que la ausencia de señales físicas indica que no se ha producido tortura, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes”.⁹⁹

4.2. Deber de cooperación internacional

Otra consecuencia de la prohibición de la tortura, es el papel de la comunidad internacional como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos. Según la Corte IDH, en aquellos casos de violaciones graves de derechos humanos –donde se hayan infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de tortura y de desapariciones forzadas de personas–, se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para perseguir la responsabilidad penal de los responsables. El fundamento para esta actividad internacional

93 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 101.

94 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 156. Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 78. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 154.

95 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 65.

96 Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 86. Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 208.

97 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 322.

98 Cfr. Protocolo de Estambul, párr. 104. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 255.

99 Cfr. Protocolo de Estambul, párr. 161. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 86.

estaría en el hecho que este tipo de crímenes “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional.”¹⁰⁰ La Corte IDH ha señalado que ante violaciones graves de derechos humanos involuntarias surge “la necesidad de erradicar la impunidad” y “se presenta ante la comunidad internacional [...] un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos”.¹⁰¹

4.3. El derecho a la salud y su relación con la integridad personal

En casos recientes, la Corte IDH ha desarrollado algunos estándares relativos a la relación entre el derecho a la salud y la integridad personal.¹⁰² Debido a que el primero de estos derechos no está reconocido en la CADH, en el marco de su competencia la Corte IDH ha declarado la violación al derecho a la integridad personal por afectaciones a la salud.

En términos generales, el Tribunal Interamericano ha señalado que conforme al deber de garantía, el derecho a la integridad personal está íntimamente vinculado con la atención a la salud y que la falta de esta puede llevar a una violación del art. 5.1.,¹⁰³ por lo cual el Estado debe adoptar una serie de medidas para dar efectividad a ese derecho,¹⁰⁴ las mismas que están vinculadas con la posibilidad

100 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

101 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 131.

102 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 171.

103 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 130. En el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* quedó acreditado que el Estado había trasladado a un número de personas haitianas a un hospital tras ser heridas en la persecución por su ingreso al país de forma ilegal. La Corte IDH señaló que la atención médica en casos de emergencia: “debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables [...]”. En este sentido, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1. de la Convención [...] En el presente caso [...] la falta de registro de ingreso y egreso en el centro de salud, la falta de atención médica en favor de las cinco víctimas gravemente heridas, y la omisión de un diagnóstico sobre su situación y prescripción de su tratamiento, denotan omisiones en la atención que se debió brindar a los heridos para respetar y garantizar su derecho a la integridad personal, en contravención del artículo 5.1. en relación con el artículo 1.1. de la Convención”. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párrs. 108-109.

104 En este sentido, la Corte IDH ha señalado que “[...] a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto”. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 132. En este mismo orden de ideas es importante señalar la conclusión del Tribunal Interamericano en el *Caso Duque vs. Colombia*, en el que a la víctima se le había negado la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, y por lo cual se le había excluido del beneficio del régimen contributivo en salud, lo cual, de acuerdo con los Representantes de la víctima, representaba una vulneración de su derecho a la integridad personal. La Corte IDH concluyó que de los hechos no se desprendía que el régimen subsidiado (del cual sí era beneficiario) le hubiera brindado una protección de menor calidad que el régimen contributivo, por lo cual no había tal afectación al derecho a la integridad personal. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 191.

de un ejercicio real a través del acceso a la justicia en condiciones de igualdad,¹⁰⁵ sin la cual pueden verse afectada no solo la víctima directa sino también su entorno familiar.¹⁰⁶

El respeto y garantía del derecho a la salud están íntimamente relacionados con el derecho a la vida y a la integridad personal, y en algunos casos la afectación a la salud traerá como consecuencia la violación de ambos derechos. En el caso *González Lluy y otros vs. Ecuador* en el que la víctima había sido contagiada con VIH al contar con tres años de edad tras una transfusión de sangre en una institución privada, la Corte IDH que declaró que:

el daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida [...]. En efecto, en el presente caso se ha violado la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía Gonzales Lluy en una entidad privada. Por otra parte, en algunos momentos de desmejora en sus defensas, asociada al acceso a antirretrovirales, lo ocurrido con la transfusión de sangre en este caso se ha reflejado en amenazas a la vida y posibles riesgos de muerte que incluso pueden volver a surgir en el futuro. [...] dado que son imputables al Estado el tipo de negligencias que condujeron al contagio con VIH de Talía Gonzales Lluy, el Ecuador es responsable por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida, lo cual vulnera los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1. de la misma.¹⁰⁷

Otro aspecto interesante que aborda la Corte IDH es la responsabilidad del Estado por no adoptar una serie de medidas relativas al registro y atención médica en un recinto hospitalario:

[...] De lo anterior se desprende que la falta de registro de ingreso y egreso en el centro de salud, la falta de atención médica en favor de las cinco víctimas gravemente heridas, y la omisión de un diagnóstico sobre su situación y prescripción de su tratamiento, denotan omisiones en la atención que se debió brindar a los heridos para respetar y garantizar su derecho a la integridad personal, en contravención del artículo 5.1. en relación con el artículo 1.1. de la Convención.¹⁰⁸

105 “El Tribunal ha hecho referencia a la situación agravada de vulnerabilidad de Sebastián Furlan, por ser menor de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos económicos, razón por la cual correspondía al Estado el deber de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación. En efecto, ha sido precisado el deber de celeridad en los procesos civiles analizados, de los cuales dependía una mayor oportunidad de rehabilitación. Además, la Corte concluyó que era necesaria la debida intervención del asesor de menores e incapaces o una aplicación diferenciada de la ley que reguló las condiciones de ejecución de la sentencia, como medidas que permitirían remediar de algún modo las situaciones de desventaja en las que se encontraba Sebastián Furlan. Estos elementos demuestran que existió una discriminación de hecho asociada a las violaciones de garantías judiciales, protección judicial y derecho a la propiedad ya declaradas. Además, teniendo en cuenta los hechos reseñados en el capítulo sobre la afectación jurídica producida a Sebastián Furlan en el marco del proceso civil [...], así como el impacto que la denegación al acceso a la justicia tuvo en la posibilidad de acceder a una adecuada rehabilitación y atención en salud [...], la Corte considera que se encuentra probada, a su vez, la vulneración del derecho a la integridad personal. En consecuencia, la Corte declara que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal en los términos de los artículos 5.1., 8.1., 21, 25.1. y 25.2.c, en relación con los artículos 1.1. y 19 de la Convención Americana en perjuicio de Sebastián Claus Furlan”. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 269.

106 “Por tanto, la Corte encuentra probado que el accidente sufrido por Sebastián Furlan, así como el transcurso del proceso civil, tuvieron un impacto en el núcleo familiar conformado por Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Furlan y Sabina Furlan. Dicho impacto generó un estado de angustia y desesperación permanente en la familia, lo cual terminó quebrantando los lazos familiares y generando otro tipo de consecuencias. Además, la familia Furlan Fernández no contó con asistencia para desarrollar un mejor apoyo a Sebastián Furlan, lo cual desencadenó una serie efectos negativos en el normal desarrollo y funcionamiento familiar”. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 256.

107 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*: EPFRC. 2015, párrs. 190-191.

108 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 109.

4.4. La situación de las personas desplazadas

Recientemente, el Tribunal Interamericano ha tratado el tema de la relación entre el desplazamiento de personas y la integridad personal. Respecto de las condiciones generales en que se produce la situación de desplazamiento, la Corte IDH ha señalado:

Las medidas de asistencia básicas proporcionadas por el Estado durante el periodo del desplazamiento fueron insuficientes, toda vez que las condiciones físicas y psíquicas que debieron enfrentar durante casi cuatro años no son acordes con estándares mínimos exigibles en este tipo de casos. El hacinamiento, la alimentación, el suministro y manejo del agua, así como la falta de adopción de medidas en materia de salud evidencian incumplimiento de las obligaciones estatales de protección con posterioridad al desplazamiento, con la consecuencia directa de la vulneración del derecho a la integridad personal de quienes sufrieron el desplazamiento forzado.¹⁰⁹

4.5. Abstención de expulsar a países en donde exista riesgo de sometimiento a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes

La obligación de garantía ha sido también desarrollada en la obligación que tiene el Estado de abstenerse de deportar o expulsar a una persona a otro Estado en donde exista riesgo de que vea afectada su integridad personal. Este criterio fue específicamente abordado por la Corte IDH en su opinión consultiva sobre los *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración*, en donde el Tribunal Interamericano señaló:

Desde sus primeras sentencias [...], la Corte se ha pronunciado acerca de la intrínseca conexión existente entre las obligaciones generales de respeto y garantía señaladas en el artículo 1.1. de la Convención y los derechos específicos protegidos por este instrumento que impone, respecto de cada uno de los derechos y libertades reconocidos, deberes concretos que deben ser determinados caso por caso y según el derecho o libertad de que se trate. Una de las obligaciones internacionales asociadas con la prohibición de la tortura es el principio de no devolución o *non-refoulement*. Dicho principio busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens* [...]. Es así que a partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹¹⁰

En el caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, el Tribunal Interamericano analizó la actitud del Estado frente a una solicitud de extradición de la víctima quien era requerida por las autoridades judiciales de Hong Kong, República Popular de China, por el delito de contrabando. En el momento en que había sido requerido a nivel internacional, el Código Penal de China establecía la posibilidad de la pena de muerte por el delito que se le acusaba. En este caso, el Tribunal Interamericano señaló que cuando una persona

109 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 323. En esta misma sentencia, la Corte IDH determinó la violación del artículo 5.2. de la CADH, ya que el Estado había incumplido con la obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a no ser desplazado forzadamente, en perjuicio de una parte de los miembros de las Comunidades que se encontraba presente al momento de las incursiones paramilitares, párr. 209.

110 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 2014, párrs. 225-226. En el mismo sentido, ver Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 127-165.

sujeta a un proceso de extradición alegue el riesgo de ser sujeta a tortura o tratos, crueles, inhumanos o degradantes, los Estados Parte de la CADH tienen la obligación de evaluar efectivamente dicha posibilidad en el marco de sus procesos de extradición.¹¹¹ Esto incluye la obligación de examinar toda la información posible,¹¹² “[s]i una vez realizado el examen de la información presentada, el Estado determina que los alegatos carecen de una fundamentación adecuada o de las pruebas necesarias, entonces podrá descartarse la situación de riesgo alegada por la presunta víctima”.¹¹³

Debido a la naturaleza mixta del proceso de extradición en el Perú, que incluía una fase judicial y una fase política, la Corte IDH determinó que: “[s]i el derecho a ser oído del extraditable se garantiza mediante su participación en la fase judicial del proceso, es en esa fase donde se deben resolver las objeciones a su extradición en virtud de la situación contextual de posible violación de derechos humanos en el Estado requirente”.¹¹⁴

Sobre el examen de la situación de riesgo en el país requirente la Corte IDH estableció su propio criterio, a partir de referencias al TEDH, y señaló que:

para examinar la posible situación de riesgo a los derechos humanos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado Parte [de la CADH] en un país de destino, puede hacer uso de fuentes nacionales, así como de informes de organizaciones internacionales o no gubernamentales [...]. En el examen de una posible situación de riesgo para el extraditable en el país de destino, se deben tener en cuenta las condiciones reales de dicho país y no solo formales, por lo cual la mera ratificación de tratados no es suficiente para garantizar el no ser sometido a tortura [...]. Asimismo, la existencia de normas internas que garanticen el respeto de los derechos humanos o la prohibición de tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no es suficiente por sí mismo para garantizar una protección adecuada contra tratos contrarios a la

111 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 163. La Corte IDH hace amplias referencias al Comité DHONU, ver nota al pie 218 de la sentencia.

112 En el caso en estudio, la Corte IDH analizó las garantías diplomáticas otorgadas por la República Popular de China al gobierno de Perú, y concluyó que estas solo son un elemento adicional para evaluar la situación de riesgo del extraditable, por lo cual deben ser “valoradas y consideradas con prudencia y atendiendo a todas las circunstancias del caso, en una evaluación caso por caso [...]”. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 179-180. La Corte IDH se refirió a los factores relevantes señalados por el TEDH en el caso *Othman (Abu Qatada) vs. Reino Unido*, al momento de evaluar la calidad y confiabilidad de las garantías diplomáticas: “(i) [e]l hecho de que los términos de las garantías que le hayan sido comunicados o no [a la Corte] [...] (ii) [e]l carácter, bien sea preciso, bien sea general y vago de las garantías diplomáticas [...] (iii) [e]l autor de las garantías y su capacidad, o no, de comprometer al Estado de acogida [...] (iv) [e]n los casos en que las garantías diplomáticas han sido ofrecidas por el Gobierno central del Estado de acogida, la probabilidad de que las autoridades locales las cumplan [...] (v) [e]l carácter legal o ilegal en el Estado de acogida de los tratamientos respecto de los cuales las garantías diplomáticas han sido dadas [...] (vi) [e]l hecho de que procedan, o no, de un Estado contratante [...] (vii) [l]a duración y la fuerza de las relaciones bilaterales entre el Estado de envío y el Estado de acogida, incluida la actitud anterior del Estado de acogida frente a garantías similares [...] (viii) [l]a posibilidad, o no, de verificar objetivamente el cumplimiento de las garantías ofrecidas mediante mecanismos diplomáticos u otros mecanismos de control, incluida la posibilidad ilimitada de reunirse con los abogados del demandante [...] (ix) [l]a existencia, o no, de un verdadero sistema de protección contra la tortura en el Estado de acogida y la voluntad de este Estado de cooperar con los mecanismos internacionales de control (entre los que se encuentran las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos), de investigar las denuncias de tortura y de sancionar a los autores de tales actos [...], (x) [e]l hecho de que el autor haya, o no, sido maltratado en el Estado de acogida [...] (xi) [e]l examen o la ausencia de examen por los Tribunales internos del Estado de partida [y/o] del Estado contratante de la fiabilidad de las garantías diplomáticas [...]”. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC, párr. 180, citando al TEDH.

113 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC, párr. 164. Al analizar la última garantía del gobierno de China, la Corte IDH determinó que la misma era suficiente para permitir la entrega pues se refería específicamente a la persona posible de expulsión, era confiable, y podía verificarse después de la entrega. Sin embargo, tanto el representante de la víctima como la CIDH se habían opuesto a su consideración por estimarla extemporánea, a este respecto la Corte IDH advirtió que “no existe un límite en el derecho internacional en cuanto al número de garantías que pueden ser ofrecidas por el Estado requirente o solicitadas por el Estado requerido. Tampoco existe un impedimento para que las garantías suficientes sean otorgadas de forma escalonada o progresiva.” Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 184-185.

114 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 165.

Convención [...]. Sin embargo, el T[EDH] ha indicado que: “al evaluar si existe el riesgo de malos tratos en el país solicitante, el Tribunal valora la situación general en el país, teniendo en cuenta cualquier indicación de mejoría o empeoramiento de la situación de derechos humanos en general o respecto de un grupo particular o área que pueda ser relevante frente a las circunstancias particulares del peticionario[...]”. [L]a Corte[IDH] advierte que en el análisis de una posible situación de riesgo en el país de destino, no basta la referencia a las condiciones generales de derechos humanos del respectivo Estado, *sino que es necesario demostrar las circunstancias particulares del extraditabile que, en virtud de dichas condiciones, lo expondrían a un riesgo real, previsible y personal de ser sometido a tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes en caso de ser extraditado, tales como la pertenencia a un grupo perseguido, la experiencia previa de torturas o malos tratos en el Estado requirente, el tipo de delito por el cual es solicitado, entre otras, dependiendo de las circunstancias particulares del país de destino.*¹¹⁵

4.6. Obligaciones institucionales (tipificación)

La Corte IDH ha establecido la obligación de tipificar los actos de tortura en el ámbito interno de acuerdo con los estándares internacionales, a través de las garantías de no repetición:

De conformidad con lo señalado en el Capítulo X de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno y, al respecto, tipifique los delitos de desaparición forzada y tortura, en los términos y en cumplimiento de los compromisos asumidos en relación a la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura, a partir del 28 de marzo de 1996 y del 28 de agosto de 1991, respectivamente.¹¹⁶

En síntesis, podemos afirmar que las obligaciones del Estado de respeto y garantía, adquieren ciertas características particulares en casos de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. En estos casos, más allá de los alcances normales de estas obligaciones generales, es necesario que el Estado adopte medidas especiales que permitan dar plena efectividad a este derecho. Así, hemos revisado las medidas vinculadas con la investigación y sanción de los actos de tortura que se desarrollan en forma masiva y sistemática, tanto en cuanto a aspectos procedimentales como de fondo. Asimismo, la necesidad de adoptar medidas de prevención efectivas, particularmente, la obligación de tipificación de este delito en el ámbito interno.

5. Personas privadas de la libertad

5.1. Consideraciones generales sobre el alcance de las obligaciones del Estado

La CADH no trata de manera directa los temas vinculados con las personas privadas de libertad en el artículo 7 relativo a la libertad personal, sino que lo hace a través del artículo 5, lo que es decisorio sobre el riesgo que la privación de la libertad conlleva a la integridad física y psíquica de las personas.

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 171-173. (énfasis agregado) En la misma sentencia, la Corte IDH señaló que de acuerdo con el TEDH “la referencia a un problema general sobre la situación de derechos humanos en un país determinado no puede por sí sola servir de base para la denegación de una extradición. Cuando las fuentes disponibles al Tribunal describen una situación general, los alegatos específicos de un peticionario en un caso particular requieren ser corroborados por otras pruebas, con referencia a las circunstancias individuales que acrediten su temor de malos tratos. El Tribunal no requerirá pruebas de tales circunstancias individuales solo en los casos más extremos en que la situación general de violencia en el país de destino es de tal intensidad como para crear un riesgo real de forma que cualquier devolución a ese país violaría necesariamente el artículo 3 [del CEDH] [...]”, párr. 173.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 259.

De la lectura del texto del artículo 5 parecería evidente que la Corte IDH centra su análisis en el numeral 2, el cual se refiere de manera explícita al tema, sin embargo ha aplicado tanto los numerales 1 y 2 (en lo referente a la prohibición de tortura o tratos y/o penas crueles, inhumanos o degradantes) para establecer el alcance de los derechos y obligaciones del Estado.

Así, el vínculo entre las condiciones carcelarias y el artículo 5 ha sido desarrollado por la Corte IDH en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal.¹¹⁷

La Corte IDH ha señalado la obligación del Estado de garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, en particular porque estas se encuentran en una situación de vulnerabilidad:

el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad en centros penitenciarios o de detención, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre estas. Además, “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a estas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”.¹¹⁸

En particular, la Corte IDH se ha referido a la prohibición de mantener centros de detención clandestinos:

la privación de libertad en centros legalmente reconocidos y la existencia de registros de detenidos, constituyen salvaguardas fundamentales, *inter alia*, contra la desaparición forzada [...]. A *contrario sensu* la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica [...]. Este principio, reiterado de forma constante por la Corte, está codificado en el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.¹¹⁹

El Estado, en atención a su condición de garante de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad y como responsable final de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos, atendiendo a las particularidades de la condición carcelaria:

Por otro lado, el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado,

117 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 102.

118 Corte IDH. *Caso Asunto del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*, Medidas Provisionales. Resolución de 2 de febrero de 2007, párr. 7. En el mismo sentido, ver: Corte IDH. *Caso el Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004, párr. 11; Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisionales. Resolución de 30 de marzo de 2006, párr. 9; Corte IDH. *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM*. Medidas Provisionales. Resolución de 30 de noviembre de 2005, párr. 7; *Caso de las Penitenciarias de Mendoza*. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2005, párrs. 7 y 11; Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 159.

119 Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 102.

caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.¹²⁰

Esto implica para el Estado, incluso, un deber de prevención respecto de las personas que están sometidas a su control:

[...] La jurisprudencia constante de esta Corte reconoce que las personas sometidas a privación de libertad que se encuentren bajo la custodia de cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones al derecho a la integridad personal.¹²¹

Asimismo, se ha referido a varios aspectos relativos a las personas privadas de libertad, los cuales sintetizó en la sentencia *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*:

Este Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad.¹²² En particular, como ha sido establecido por esta Corte: a) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal,¹²³ asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;¹²⁴ b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;¹²⁵ c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;¹²⁶ d) la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;¹²⁷ e) la atención médica debe ser propor-

120 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 87. En el mismo sentido, ver Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 314 y ss. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 150. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 168.

121 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 149.

122 Cfr. ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y n.º 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución n.º 43/173, de 9 de diciembre de 1988; ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución n.º 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Ver también: ONU, Observación General n.º 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP). Sustituye la Observación General n.º 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10): 44º periodo de sesiones 1992, y CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Adoptados durante el 131º Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Citado en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

123 Cfr. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 150. Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. 2011, párr. 85. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

124 Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 20. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 204. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

125 Cfr. Artículo 5.4. de la CADH. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 263. Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 200. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

126 Cfr. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 216. Fuente citada en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

127 Cfr. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006, párr. 209. Fuente citada en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

cionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario¹²⁸ y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario; f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios,¹²⁹ las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos; g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;¹³⁰ h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;¹³¹ i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;¹³² j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano,¹³³ y k) las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales,¹³⁴ la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas¹³⁵ [...].¹³⁶

De acuerdo con la Corte IDH, las malas condiciones de los centros de detención pueden por sí mismas acarrear una violación al artículo 5.¹³⁷ De manera más concreta en la sentencia del caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. Paraguay, la Corte IDH estableció que si las condiciones de vida material no satisfacen ciertos estándares mínimos, pueden afectar la salud mental de las personas reclusas y, de esta forma, provocar responsabilidad internacional del Estado por afectación a la integridad psíquica.¹³⁸ En el caso *Tibi vs. Ecuador*, la Corte IDH reiteró este razonamiento y señaló que la situación personal de las personas privadas de libertad se enmarca en el ámbito del artículo 5.2. de la CADH y, por tanto, se consagra el derecho de toda persona “a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal,”¹³⁹ lo cual se encuentra íntimamente ligado con las condiciones de vida del detenido.¹⁴⁰

128 Cfr. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 156. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. 2006. FRC, párr. 301. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

129 Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 146. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 204. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

130 Cfr. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. 1998, párr. 58. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 315. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

131 Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 146. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 315. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

132 Cfr. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 319. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

133 Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 85. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 198. Fuentes citadas en Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

134 Cfr. Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2005, párr. 70. Resolución de la Corte IDH de 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Castigo Corporal a Niños, Niñas y Adolescentes, considerando 14.

135 Cfr. Corte IDH. *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM*. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de 30 de noviembre de 2005, considerando 13, y Corte IDH. Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de 1 de septiembre de 2011, considerando 21.

136 Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

137 En esta sentencia, el Tribunal Interamericano determinó que esto será dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y características de quien las sufre. Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012, párr. 135.

138 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 168.

139 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 150, esta sentencia es en relación a la detención de un ciudadano francés acusado de narcotráfico.

140 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 150.

5.2. Temas particulares sobre las personas privadas de la libertad

Ahora corresponde analizar cuestiones particulares sobre las que la Corte IDH se ha pronunciado, tales como la prohibición de ciertos castigos, el derecho a atención médica de las personas privadas de libertad, y la obligación de investigar en caso de denuncia de malos tratos o torturas sufridas por los detenidos.

La Corte IDH ha señalado la prohibición de cierta clase de castigos, como el aislamiento, maltrato e incomunicaciones, y que el solo hecho de verse bajo la amenaza seria de sufrir dichas formas de castigo constituye una violación del artículo 5.¹⁴¹ De esta manera, la Corte IDH ha ampliado el ámbito de protección.

Respecto de la obligación del Estado de brindar atención médica a los detenidos, en la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador* la Corte IDH estableció algunas particularidades de este derecho. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 5, “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera [y garantizar que] los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.”¹⁴² En su análisis, la Corte IDH va más allá y señala expresamente que una deficiente atención médica de un detenido, en caso de requerir de tratamiento o atención médica adecuada y oportuna, implicaba una violación del artículo 5 de la CADH.¹⁴³ En el caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* ahondó este criterio al señalar que:

En consecuencia, de conformidad con el artículo 5.1. y 5.2. de la C[ADH], toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma.

[...]

Por ello, con base en el principio de no discriminación, el derecho a la vida de las personas privadas de libertad también implica la obligación del Estado de garantizar su salud física y mental, específicamente mediante la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran las personas detenidas en cuestión.

El T[EDH] también ha identificado la obligación de los Estados de proveer atención médica a los privados de libertad y de proporcionar cuidados especiales en situaciones de emergencia o debido cuidado en caso de enfermedad severa o terminal. Asimismo, el Comité[DH]ONU ha establecido que cuando los Estados detienen a una persona asumen una especial responsabilidad de su vida, por lo que corresponde asegurar una protección de este derecho, incluyendo la atención médica adecuada, la cual debe ser ofrecida de oficio, sin necesidad de que sea haga un requerimiento especial por parte de quien se encuentra detenido.

El TEDH también ha identificado la obligación de los Estados de proveer atención médica a los privados de libertad y de proporcionar cuidados especiales en situaciones de emergencia o debido cuidado en caso de enfermedad severa o terminal. Asimismo, el Comité[DH]ONU ha establecido que cuando los Estados detienen a una persona asumen una especial responsabilidad de su vida, por lo que corresponde asegurar una protección de este derecho, incluyendo la

141 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 279. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 167.

142 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 156. Ver también Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 193.

143 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 157.

atención médica adecuada, la cual debe ser ofrecida de oficio, sin necesidad de que sea haga un requerimiento especial por parte de quien se encuentra detenido.¹⁴⁴

En el mencionado caso *Sandoval Chinchilla vs. Guatemala*, el Tribunal Interamericano analizó las acciones y omisiones del Estado frente a la situación de salud de la Sra. Chinchilla durante su internamiento en el Centro de Orientación Femenina para cumplir una condena penal, y concluyó que el Estado había violado el artículo 5.1. de la CADH. Los hechos del caso se relacionan con la condición de salud de la víctima, quien padecía diabetes al momento de ser recluida, lo cual fue agravándose teniendo como consecuencia, entre otros padecimientos, la amputación de una de sus piernas, culminando en su fallecimiento tras sufrir una caída de su silla de ruedas sin haber recibido la atención médica adecuada ni el tratamiento hospitalario requerido en circunstancias de emergencia. Con este contexto, la Corte IDH señaló que las obligaciones del Estado de proteger la salud se incrementan respecto de personas que padecen enfermedades graves o crónicas:

La Corte considera que la necesidad de protección de la salud, como parte de la obligación del Estado de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida, se incrementa respecto de una persona que padece enfermedades graves o crónicas cuando su salud se puede deteriorar de manera progresiva. Bajo el principio de no discriminación (art. 1.1. de la Convención), esta obligación adquiere particular relevancia respecto de las personas privadas de libertad. Esta obligación puede verse condicionada, acentuada o especificada según el tipo de enfermedad, particularmente si esta tiene carácter terminal o, aún si no lo tiene *per se*, si puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por las condiciones de detención o por las capacidades reales de atención en salud del establecimiento carcelario o de las autoridades encargadas. Esta obligación recae en las autoridades penitenciarias y, eventual e indirectamente, en las autoridades judiciales que, de oficio o a solicitud del interesado, deban ejercer un control judicial de las garantías para las personas privadas de libertad.

Las autoridades deben asegurarse de que, cuando lo requiera la naturaleza de una condición médica, la supervisión sea periódica y sistemática dirigida a la curación de enfermedades del detenido o a prevenir su agravamiento, en lugar de tratarlos de forma meramente sintomática. El T[EDH] ha tomado en cuenta el principio de equivalencia de la atención médica, señalado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos Crueles o Degradantes, con base en el cual el servicio de salud en los recintos de privación de libertad debe poder proveer tratamiento médico y de enfermería así como dietas apropiadas, fisioterapia, rehabilitación y otras facilidades necesarias especializadas *en condiciones comparables con aquellas disfrutadas por pacientes en la comunidad exterior*. La falta y/o deficiencia en la provisión de dicha atención médica, o un tratamiento médico negligente o deficiente, no es acorde con la obligación de proteger el derecho a la vida de las personas privadas de libertad.¹⁴⁵

Ante esta situación, la Corte IDH concluyó que no había sido comprobado que el Estado:

mantuviera un registro o expediente sobre el estado de salud y tratamientos otorgados a la presunta víctima desde su ingreso al COF, ya fuera en el propio lugar o en los hospitales o centros de atención donde fue atendida [...]. Ante el deterioro progresivo de su salud, los propios médicos que la examinaron señalaron que existía una situación de riesgo latente para su vida e integridad personal, dado que ella padecía una enfermedad grave, crónica y eventualmente fatal. Sin embargo, no consta[ba] que las autoridades se h[ubieran] asegurado de que, dada la naturaleza de [la condición de salud de la víctima], la supervisión médica fuera periódica, adecuada y sistemática dirigida al tratamiento de sus enfermedades y de su discapacidad y a prevenir su agravamiento, en particular mediante la provisión de dietas apropiadas, rehabilitación y otras facilidades necesarias. [De acuerdo al Tribunal Interamericano s]i el Estado

144 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párrs. 169, 171-172.

145 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párrs. 188-189.

no podía garantizar tales atenciones y tratamientos en el centro penitenciario en que se encontraba, *estaba obligado a establecer un mecanismo o protocolo de atención ágil y efectivo para asegurar que la supervisión médica fuera oportuna y sistemática, particularmente ante alguna situación de emergencia*. En este caso, los procedimientos establecidos para la consulta externa en hospitales no tenían la agilidad necesaria para permitir, de manera efectiva, un tratamiento médico oportuno.¹⁴⁶

Sobre la respuesta del Estado frente a la condición de discapacidad de la Sra. Chinchilla, la Corte IDH enfatizó las siguientes obligaciones tomando en consideración los criterios del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

8.5 [...] los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, incluyendo la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, a fin de que las personas con discapacidad privadas de libertad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida diaria del lugar de detención, entre otras, asegurando su acceso, en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, a los diversos ambientes físicos y servicios, tales como baños, patios, bibliotecas, talleres de estudio o trabajo, servicios médico, psicológico, social y legal [...].¹⁴⁷

Por otro lado, para determinar si la falta de atención médica puede ser considerada una afectación al numeral 1 o 2 del artículo 5 se debe atender a las circunstancias concretas de la persona, entre las que se encuentran “su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma, entre otros.”¹⁴⁸ De igual forma, de acuerdo con la Corte IDH, es claro que:

en razón del control que el Estado ejerce sobre la persona en situación de detención y el consecuente control de los medios de prueba sobre su condición física, condiciones de detención y eventual atención médica, el Estado tiene la carga probatoria de verificar que ha respetado y garantizado adecuadamente los derechos de la persona privada de libertad en caso que se presente un padecimiento de salud que requiera la prestación adecuada y eficiente del servicio médico.¹⁴⁹

146 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 199.

147 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 213, citando al Comité ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También en la sentencia en comentario el Tribunal Interamericano señaló: “el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación puede funcionar y gozar de la mayor independencia posible, a efectos de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de personas con dificultades de movilidad física, el contenido del derecho a la libertad de desplazamiento implica el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de las personas con discapacidad a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible. [...] [E]l Estado tenía la obligación de garantizar accesibilidad a las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad, en este caso a la presunta víctima, de conformidad con el principio de no discriminación y con los elementos interrelacionados de la protección a la salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que pudiera vivir con la mayor independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad. [Asimismo] debió facilitar que pudiera acceder, conforme al principio de equivalencia, a medios a los cuales razonablemente hubiera podido acceder para lograr su rehabilitación si no hubiera estado bajo custodia estatal, así como para prevenir la adquisición de nuevas discapacidades. En este sentido, el perito Carlos Ríos Espinosa, miembro del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se refirió a la importancia de que el Estado hubiese tomado determinadas medidas, tales como otorgarle una prótesis o asegurar que ella contara con apoyo de profesionales que le permitieran comprender y aceptar su nueva condición. Además, señaló que los Estados tienen la carga de acreditar que adoptaron las medidas necesarias para eliminar las barreras que enfrentan y garantizar igualdad de condiciones en el goce de sus derechos”, párrs. 214-216.

148 Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012, párr. 137.

149 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 173. En esta misma sentencia, el Tribunal Interamericano señaló que “numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos a fin de interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de

Sobre la obligación del Estado de investigar aquellos casos en que pueda estarse ante una situación de tratos que afecten la integridad personal,¹⁵⁰ en primer lugar es jurisprudencia constante del Tribunal Interamericano que siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud “corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación [...] y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados [...] la falta de tal explicación lleva a la presunción de responsabilidad estatal por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales [...]”¹⁵¹

El Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables “cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana.”¹⁵² La base de esta obligación es el artículo 1.1. de la CADH en concordancia con el artículo 5. El solo hecho de que la persona privada de libertad presente lesiones en el periodo en que ha estado bajo custodia directa del Estado es “motivo suficiente para que las autoridades competentes inici[en], de oficio, una investigación sobre lo ocurrido [...]”¹⁵³

En el caso *J. vs. Perú*, la Corte IDH establece un importante criterio jurisprudencial al señalar que dentro del deber de garantía de los derechos del detenido, el Estado debe obtener y asegurar toda prueba que pueda acreditar los actos contrarios a su integridad personal:

La Corte considera que la evidencia obtenida durante los exámenes médicos tiene un rol crucial durante las investigaciones realizadas contra los detenidos y en los casos cuando este alega maltrato [...]. En este sentido, los alegatos de maltratos ocurridos en custodia policial son extremadamente difíciles de sustanciar para la víctima si estuvo aislada del mundo exterior, sin acceso a médicos, abogados, familia o amigos quienes podrán apoyar y reunir la evidencia necesaria [...]. Por tanto, corresponde a las autoridades judiciales el deber de garantizar los derechos del detenido, lo que implica la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar los actos de tortura, incluyendo exámenes médicos [...]. Adicionalmente, es importante enfatizar que en los casos en los que existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas y, en consecuencia, los elementos de evidencia pueden ser escasos. De ello se desprende que para que una investigación sobre hechos de tortura sea efectiva, la misma deberá ser efectuada con prontitud [...]. Por tanto, la falta de realización de un examen médico de una persona que se encontraba bajo la custodia del Estado, o la realización del mismo sin el cumplimiento de los estándares aplicables, no puede ser usado para cuestionar la veracidad de los alegatos de maltrato de la presunta víctima [...]. En el mismo sentido, en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima [...].¹⁵⁴

la libertad a un trato digno y humano, como normas básicas respecto de su alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio físico, entre otros”, párr. 174.

150 Sobre malos tratos y tortura, ver Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párrs. 343-348. En el *Caso Sandoval Chinchilla vs. Guatemala*, la Corte IDH ha establecido que “los Estados deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de las personas privadas de libertad”. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 179.

151 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 203.

152 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 159.

153 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 159. Asimismo, la Corte IDH ha sostenido que la falta de investigación de oficio de la muerte de una persona en custodia constituye una violación al derecho a la integridad personal. Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 271.

154 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 333.

Un punto relevante para nuestro análisis es la forma en que la Corte IDH aborda el tema de la falta de recursos para el respeto de la integridad personal de las personas privadas de libertad en el momento de determinar las obligaciones del Estado. En el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* señaló Corte:

El artículo 5 de la Convención consagra uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática: el derecho a la integridad personal, según el cual “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y quedan expresamente prohibidos la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2. de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2. de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Parte. En tal sentido, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.¹⁵⁵

De acuerdo con este panorama, a juicio de la Corte IDH, el Estado tiene obligaciones agravadas en el caso de las personas privadas de libertad que se encuentran bajo su completa tutela y en condiciones particulares de vida, sujetas al control estatal. Además, es importante destacar que el Tribunal Interamericano señala expresamente que las condiciones económicas no son una excusa para el incumplimiento de las obligaciones mínimas del Estado en materia de derechos humanos. En este sentido, es relevante la norma a través de la cual se produce el control internacional. La Corte IDH parte de los actos prohibidos de la primera parte del artículo 5.2. convencional, pues las medidas que puede disponer para el Estado son más intensas que si lo hace solo a partir de la segunda parte del mismo precepto, o del derecho genérico contemplado en el artículo 5.1. del mismo instrumento.

6. La pena no puede trascender de la persona del delincuente

De acuerdo con el numeral tercero del artículo 5, la pena no puede trascender de la persona del delincuente. Esta es una clara consecuencia de la restricción impuesta al poder punitivo del Estado quien no podrá castigar sino a la persona que haya sido juzgada conforme a un debido proceso que haya determinado su responsabilidad personal frente a un ilícito penal.

Hasta el momento, la Corte IDH no ha examinado casos en que se haya alegado el incumplimiento de esta norma, sin embargo la CIDH, sí lo ha hecho, aunque de forma indirecta, en el caso de Alan García contra Perú. Ahí, la CIDH estableció que la casa de Alan García fue allanada por las fuerzas militares de Perú y la mujer e hijos menores del expresidente del Perú fueron sometidos a arresto domiciliario por esas mismas fuerzas. Asimismo, señaló que:

[...] en el ámbito de los derechos consagrados en la mencionada Convención se encuentra especialmente prohibida la extensión de sanciones a la familia del presunto responsable de un delito. De este modo, cabe señalar que si el Gobierno de Perú entendía que el Dr. García Pérez debía ser detenido en razón de haber cometido un ilícito tipificado por la ley penal, la imposibilidad de su captura no justificaba que las sanciones dirigidas contra él se hicieran efectivas contra su esposa e hijos.¹⁵⁶

155 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 85. Con respecto a la frase final empleada en la sentencia sobre las dificultades económicas para el cumplimiento, la Corte IDH cita los siguientes casos del TEDH: *Caso I.I v Bulgaria*. Sentencia de 9 de junio de 2005. Denuncia n.º 44082/98, párr. 77; *Caso Poltoratskiy c. Ucrania*. Sentencia de 29 de abril de 2003. Denuncia n.º 38812/97, párr. 148.

156 CIDH. Informe n.º 1/95, Caso 11.006 Perú, 7 de febrero de 1995, publicado en Informe Anual 1994.

7. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas

7.1. La separación entre procesados y condenados

Si bien podría resultar incierto el motivo por el cual este derecho fue consagrado dentro de las normas relativas a la integridad personal, es evidente que esto tiene una relación directa con la dignidad de las personas como un “corolario del derecho de una persona procesada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad,”¹⁵⁷ y el trato que dicha situación amerita. En particular, la Corte IDH ha señalado la necesidad de que en los recintos penitenciarios exista un ‘sistema de clasificación de los detenidos’ que permita hacer efectivo este derecho de separación.¹⁵⁸

En cuanto al fundamento material de esta medida, la Corte IDH señaló en el caso *Tibi vs. Ecuador* que la falta de un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario en donde había sido recluso el Sr. Tibi, lo obligó a convivir con sentenciados y lo había expuesto a mayor violencia, lo cual implicó una violación del artículo 5.4. de la CADH.¹⁵⁹

Por último, en cuanto a las circunstancias concretas de la separación, el Tribunal Interamericano ha señalado que “la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible.”¹⁶⁰

7.2. Migrantes privados de libertad

Un tema que la Corte IDH ha analizado bajo los numerales 1 y 2 del artículo 5, pero que claramente mantiene relación con el numeral tercero que se analiza en la presente sección, es la situación de las personas indocumentadas que son sujetas a un proceso sancionatorio a partir de su situación migratoria.

La Corte IDH ha señalado que la situación de particular vulnerabilidad de las personas migrantes se ve incrementada “cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son reclusas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos”. El fundamento de esta apreciación está en el hecho de que “dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual de facto de desprotección respecto del resto de los detenidos”.¹⁶¹

De acuerdo con la Corte IDH, en casos en que sea estrictamente necesario privar de libertad a una persona atendiendo a su situación migratoria “los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación

157 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008, párr. 146.

158 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 158. Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008, párr. 146.

159 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 158.

160 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008. 147. Al respecto, en un caso individual, el Comité DHONU estableció que el hecho de que los procesados y los condenados estén en el mismo edificio pero en secciones separadas, teniendo los procesados contacto con los condenados porque algunos de estos servían las comidas o limpiaban las secciones donde estaban los procesados, no constituía una infracción del artículo 10.2.a del PIDCP, que es similar al artículo 5.4. de la CADH. Comité DHONU, *Larry James Pinkney v. Canada*, Comunicación n.º R./27 de 25 de noviembre de 1977 (UN Doc. Supp. n.º 40 (A/37/40), (1982), p. 101.

161 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC, párr. 207.

de libertad”.¹⁶² De esta forma, la necesidad de separación se hace más intensa y ya no solo será entre procesados y condenados, sino respecto a cualquier tipo de población penal.

8. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento

El numeral 5 del artículo 5 regula no solo la separación de menores y adultos, sino que también consagra la obligatoriedad de una justicia especializada para los niños y niñas, a donde deberán ser llevados con la mayor celeridad posible para su tratamiento. La formulación de este inciso puede ser equívoca. El término tratamiento tiene una clara raíz tutelar donde los ‘menores’ son ‘tratados’ y no juzgados. La experiencia histórica demuestra que esto trae aparejado procesos en que los adolescentes que entran en contacto con la justicia penal no son tratados como sujetos de derecho y, por lo tanto, hay un menoscabo significativo en el ejercicio y goce de sus derechos humanos.¹⁶³

8.1. Sistema especializado

La CADH exige el establecimiento de tribunales especiales para procesar a los niños infractores de la ley. Con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños, niñas y adolescentes necesitan no solo tribunales especiales sino también normas especiales y personal capacitado para comunicarse con ellos, ya que el proceso por una infracción penal debe terminar con sanciones y medidas que promuevan la reintegración del niño y tener como propósito que “asuma una función constructiva en la sociedad”.¹⁶⁴

En el caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, la Corte IDH se refirió a los fines que debe perseguir la intervención penal “[...] la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.”¹⁶⁵ La pena no puede tener otro fin sino el de la reintegración del joven a la sociedad y para ello es esencial que esta sea proporcional.¹⁶⁶

Asimismo, en la *opinión consultiva sobre condición jurídica y derechos humanos del niño*, la Corte IDH estableció criterios generales:

[u]na consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos. [...] Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes” (art. 40.3).

162 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC, párr. 208.

163 Ver artículo 40 de la CDN y artículo 7 de las Reglas de Beijing.

164 Artículo 40 de la CDN.

165 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 113.

166 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 165.

Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.¹⁶⁷

En el caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*, la Corte IDH fijó estándares específicos:

A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.¹⁶⁸

En síntesis, tal como lo ha expuesto recientemente el Tribunal Interamericano:

[...] Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, en caso de que no sea posible evitar la intervención judicial, deberán quedar sujetos, para los fines de conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.¹⁶⁹

8.2. Separación entre niños y adultos privados de libertad

Sobre el derecho que tienen los niños a estar separados de los adultos privados de libertad, la Corte IDH señaló en el caso *Bulacio vs. Argentina*:

Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido. Finalmente, el derecho de los detenidos de establecer comunicación con terceros, que les brindan o brindarán asistencia y defensa, se corresponde con la obligación de los agentes estatales de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aun cuando este no lo haya solicitado.¹⁷⁰

Sobre el mismo tema, en el mencionado caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*, el Tribunal Interamericano señaló:

En cuanto al cumplimiento de la disposición del artículo 5.5. de la Convención, ha quedado establecido [...] que en diversas oportunidades algunos internos fueron trasladados como castigo o por necesidad del Instituto a las penitenciarías de adultos y compartían espacio físico con estos, situación que exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales

167 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. 2002, párrs.109-111. En el último párrafo, la Corte IDH establece un criterio general.

168 Corte IDH. Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 211.

169 Corte IDH. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 147.

170 Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 136.

para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad.¹⁷¹

Por ello, la Corte IDH concluye en la parte resolutive de la misma sentencia:

Además, ha quedado establecido que los internos del Instituto procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados y, por tanto, todos los internos eran sometidos al mismo trato sin distinción alguna [...]. Esta situación coadyuvó a que en el Instituto existiera un clima de inseguridad, tensión y violencia. El propio Estado ha reconocido la falta de separación entre procesados y condenados y ha señalado que esta existía en el Instituto por “la falta de disponibilidad de medios”. Finalmente, no existían oportunidades efectivas para que los internos se reformasen y reinsertasen a la sociedad [...]. Estas circunstancias, atribuibles al Estado, son constitutivas de una violación al artículo 5 de la Convención Americana respecto de todos los internos que permanecieron en el Instituto.¹⁷²

En una resolución sobre medidas provisionales, en el caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatuapé”, solicitadas por la CIDH respecto de Brasil de Febem, la Corte IDH estableció criterios más específicos: [...] para proteger la vida e integridad personal de los niños residentes en el “Complexo do Tatuapé”, debe existir, como mínimo, una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida y entre jóvenes procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta.

9. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados

Sin lugar a duda, una de las cuestiones más discutidas en el derecho penal es determinar cuál es el sentido de la pena, lo cual se torna aún más complejo si observamos la realidad del sistema penitenciario en Latinoamérica. Al respecto, el numeral 6 del artículo consagra que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados. La Corte IDH se ha pronunciado sobre este tema en el sentido de reafirmar el propósito de la pena como una medida de readaptación social.¹⁷³

En el caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, el Tribunal Latinoamericano señaló que las condiciones en las que se encontraban los reclusos impedía el cumplimiento de los objetivos de la privación de libertad y señaló que esto es una cuestión que debe ser observada por los jueces tanto al momento de fijar la pena, como al momento de evaluarla:

Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas”.¹⁷⁴

10. A modo de síntesis

El derecho a la integridad personal es hoy un punto central en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, esto se refleja tanto en las normas que buscan su protección como en el acervo jurisprudencial que ha desarrollado la Corte IDH.

171 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 175.

172 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párrs. 169-171.

173 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 156.

174 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 101. En el mismo sentido se pronuncia en Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 223.

La CADH consagra un principio general de protección de la integridad personal en sus facetas física, psíquica y moral. Además establece ciertas prohibiciones específicas como la de tortura y otros tratos y penas crueles inhumanas y degradantes.

A consecuencia de la especial naturaleza de la prohibición de tortura se ha hecho necesario que la Corte IDH no solo distinga dicha práctica de otras formas de afectación a la integridad personal, sino que ha detallado las diversas consecuencias de una violación a este derecho.

Dentro de las obligaciones del Estado en esta materia destacan las obligaciones de prevención (orgánicas, normativas y procedimentales), como las formas de protección frente a las amenazas a este derecho (hábeas corpus), y las obligaciones de respuesta en caso de violación del derecho (investigar y sancionar). Esto cobra especial relevancia en casos de violencia institucionalizada y casos de violaciones graves y sistemáticas.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tratado una serie de temas relacionados con la integridad personal como son los derechos de las personas privadas de libertad, migrantes, niños y niñas, entre otros grupos en condiciones de especial vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos.

Artículo 6. Prohibición de la esclavitud y servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.
3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
 - a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
 - b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
 - c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
 - d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C n.º 56. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C n.º 119. En adelante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. En adelante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C n.º 318. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, Washington, 1973.

CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.53 Doc. 22, de 30 de junio de 1981.

CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.77 rev.1, de 8 de mayo de 1985.

CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, de 29 septiembre de 1997.

CIDH. *Informe Anual de la CIDH 1999*. OEA/ Ser.L/V/II.106 Doc. 3, de 13 de abril de 2000.

CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú*. Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., de 2 junio de 2000.

CIDH. *Informe Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/ Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002.

CIDH. Petición 12.219, *Caso Cristián Daniel Sahlin Vera y otros vs. Chile*, Informe n.º 43/05, de 10 de marzo de 2005.

CIDH. Petición 712-03, *Caso Elena Téllez Blanco vs. Costa Rica*. Informe de Admisibilidad n.º 29/07, de 26 de abril de 2007.

CIDH. Petición n.º 844/05, *Caso Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros vs. Guatemala*. Informe de Admisibilidad n.º 13/08, de 5 de marzo de 2008.

CIDH. Petición n.º 1/06, *Caso Masacre y desplazamiento forzado de los Montes de María vs. Colombia*. Informe de Admisibilidad n.º 15/09, de 19 de marzo de 2009.

CIDH. *Informe de seguimiento- Acceso a la Justicia e inclusión social: el Camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II.135 Doc. 40, de 7 de agosto de 2009.

CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. OEA/ Ser.L/V/II Doc. 58, de 24 de diciembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Van der Mussele vs. Bélgica* (Caso n.º 8919/80). Sentencia de 23 de noviembre de 1983.

Sentencias, resoluciones y decisiones emanadas de otros tribunales internacionales

ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgement, ICJ Rep. 1970, p. 3.

ICJ. *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgement, ICJ Rep. 1995, p. 90.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organización de las Naciones Unidas

Asamblea General

ONU. *Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU en sus resoluciones n.º 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y n.º 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

ONU. Asamblea General, Resolución n.º 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

ONU. Asamblea General, Resolución n.º 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Comité DHONU

Comité DHONU. *Caso Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof vs. Países Bajos*, Comunicación n.º 402/1990, decisión de 11 de abril de 1990.

Comité DHONU. Comentario General n.º 22. El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18). CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de septiembre de 1993.

Comité DHONU. *Observaciones finales – España*, CCPR/C/79/Add.61, 3 de abril de 1996.

Comité DHONU. *Observaciones finales – Francia*, CCPR/C/79/ Add.80, 4 de agosto de 1997.

Comité DHONU. *Caso Frédéric Foin vs. Francia*, Comunicación n.º 666/1995, Dictamen de 3 de noviembre de 1999.

Comité DHONU. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Popular Democrática de Corea*, CCPR/ CO/72/PRK, de 27 de agosto de 2001.

Comité DHONU. *Caso Bernadette Faure vs. Francia*, Comunicación n.º 1036/2001, Dictamen de 31 de octubre de 2005.

Relatoría Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/15/20, de 28 de junio de 2010.

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/18/30, de 4 de julio de 2011.

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. *Informe temático sobre el matrimonio servil*. A/HRC/21/41, de 10 de julio de 2012.

Secretaría

ONU. *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la objeción de conciencia al servicio militar*. E/CN.4/1997/99, de 16 de enero de 1997.

Referencias académicas

GONZÁLEZ-HONTORIA y FERNÁNDEZ LADREDA, M. *Tratado de Derecho Internacional Público*, Parte Primera – Libro III, Parte Segunda – Libros IV y V, Talleres Voluntad, Madrid, 1928.

HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf (fecha de último acceso 05/10/2017).

MOYANO BONILLA, C. “Soberanía y Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Vol. II, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, Costa Rica, 1998.

O'DONNELL, D. *Derecho internacional de los derechos humanos – Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1995.

Otras fuentes bibliográficas sugeridas

Documentos adoptados en el seno de la Organización de los Estados Americanos

OEA. Proyecto de Convención sobre derechos humanos, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Acta final, Santiago de Chile, septiembre de 1959, documento OEA CIJ-43.

OEA. Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proyecto de Convención sobre derechos humanos. Documento OEA/Ser./L/V/II.15/doc.26.

Documentos adoptados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas

Relatoría Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. E/CN.4/2005/71, de 22 de diciembre de 2004.

ONU. Informe de la Sra. Sigma Huda, Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. E/CN.4/2006/62, de 20 de febrero de 2006.

ONU. Informe de la Sra. Sigma Huda, Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. A/HRC/4/23, de 24 de enero de 2007.

ONU. Informe de la Sra. Joy Ngozi Ezeilo, Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. A/HRC/10/16, de 20 de febrero de 2009.

Contenido

1. Introducción	203
2. La CADH y el derecho internacional	204
3. Naturaleza jurídica de la prohibición	206
3.1. Inderogabilidad y carácter de norma <i>jus cogens</i>	206
3.2. Crímenes de lesa humanidad y de guerra	206
3.3. Relación con otros derechos humanos y/o con otras prohibiciones en el derecho internacional	207
4. De la esclavitud y de la servidumbre	208

4.1. Marco jurídico de referencia	208
4.2. Desarrollo jurisprudencial y doctrinario	210
5. Los trabajos forzados	213
5.1. Marco jurídico de referencia	214
5.2. Desarrollos jurisprudenciales interamericanos.....	214
5.3. De las excepciones.....	216

1. Introducción

Desde el siglo XIX se registraron las primeras iniciativas internacionales para prohibir la esclavitud y la trata de esclavos y de mujeres;¹ es hasta la segunda década de ese siglo que se dan los primeros avances en esa dirección con el Tratado de París y el Congreso de Viena de 1814, encaminados a prohibir la trata de esclavos más que la esclavitud en sí misma. El proceso se cristalizaría con la llamada “Conferencia antiesclavista” de Bruselas, celebrada entre 1889 y 1890, y al término de la cual sería adoptado el Tratado de Bruselas de 1890, facultando a los Estados partes a reprimir en alta mar el tráfico de esclavos.

Ya en el siglo XX, mediante la Convención de Saint-Germain-en-Laye de 1919, los Estados partes afirmaron su propósito de lograr la completa supresión de la trata de esclavos por tierra y por mar. Anteriormente, en 1904 se había suscrito en París el Acuerdo Internacional para la Represión de la “Trata de Blancas”, y en 1910 se había aprobado la Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas.

En el ámbito americano, cabe destacar el Código de derecho internacional privado, o Código Bustamante, suscrito en La Habana el 13 de febrero de 1928,² el cual facultó a los Estados partes a ejercer su jurisdicción penal extraterritorialmente para una serie de delitos como “la trata de negros y el comercio de esclavos, [así como] la trata de blancas”.³

Con la creación de la Sociedad de las Naciones en 1919, se darían pasos para la elaboración del primer tratado con vocación universal contra la esclavitud. En efecto, en 1924, por mandato del Consejo de la Sociedad de las Naciones, la Comisión Temporal sobre la Esclavitud iniciaría los trabajos de redacción y en 1926 sería adoptado el primer tratado universal: la Convención sobre la Esclavitud. Esta Convención —que ha sido complementada por tratados sucesivos—,⁴ es la piedra de toque de toda la normatividad en la materia. Igualmente, en el ámbito del derecho de la guerra, esta prohibición fue tempranamente incorporada con el Código de Lieber de 1863.⁵

En cuanto a la prohibición de los trabajos forzados, esta empezó a cristalizarse en el marco de la protección de los prisioneros de guerra, con el Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y también en el marco de la OIT con el Convenio n.º 29 sobre el trabajo forzoso. Posteriormente, en 1957, sería adoptado por la OIT el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. En el ámbito del derecho internacional humanitario, la prohibición sería desarrollada posteriormente con los convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977.

1 Quintano Ripollés, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, pp. 338 y ss.

2 El Código fue suscrito en la VI Conferencia Internacional Americana, por los presidentes de Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América y Cuba.

3 Artículo 308.

4 Así, por ejemplo: el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de septiembre de 1956.

5 Artículo 23.

2. La CADH y el derecho internacional

La CADH regula las cuestiones de la esclavitud, la servidumbre y de los trabajos forzados en una doble dimensión: por un lado como un derecho a no ser sometido a ellos, y, por otro, como una prohibición de cometer tales conductas. A pesar de que una lectura de su intitulado “Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre”, podría hacer pensar que el artículo se refiere únicamente a la esclavitud y servidumbre, en realidad contiene tres prohibiciones: 1. la esclavitud; 2. la servidumbre; y 3. el trabajo forzoso u obligatorio. Esta norma fue incluida desde los primeros proyectos de CADH.⁶ En efecto, aun cuando la DADDH no consagró expresamente estas prohibiciones, durante el proceso de redacción de la CADH, los Estados decidieron incluirlas teniendo en cuenta las proposiciones formuladas por la delegación de la OIT.⁷

Hoy en día, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados está consagrada en numerosos instrumentos internacionales. Ello resulta de especial importancia, toda vez que hay poca jurisprudencia interamericana respecto de estas cuestiones, así la jurisprudencia producida por cortes u órganos internacionales de derechos humanos resulta de gran utilidad.

Dentro de la normativa internacional que regula esta prohibición caben destacar los siguientes instrumentos internacionales: la DUDH,⁸ el PIDCP,⁹ la CEDAW,¹⁰ la CDN,¹¹ el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,¹² el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados,¹³ el Convenio de la OIT n.º 182 de 1999 sobre las peores formas de trabajo

6 CIDH. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, Washington, 1973, p. 102.

7 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 296.

8 Artículo 4: “[n]adie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

9 Artículo 8: “1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíba, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar”.

10 Artículo 6: “[l]os Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

11 Artículo 34: “[l]os Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos [...] Artículo 35: Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

12 Artículo 1: “[l]os Estados partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo [...] Artículo 2: A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

13 El preámbulo del Protocolo recuerda que, de conformidad con el Convenio n.º 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados constituye una modalidad prohibida de trabajo infantil.

infantil,¹⁴ la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,¹⁵ la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,¹⁶ el CEDH,¹⁷ la CADHP o Carta de Bajul,¹⁸ y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (adoptada por la OEA en Río de Janeiro en 1947).¹⁹

Varios autores han señalado la dificultad práctica para diferenciar la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos. Así, por ejemplo, O'Donnell argumenta que “[l]as fronteras entre las diferentes formas de explotación de la persona no están muy delimitadas [...] Si bien la esclavitud no se confunde con el trabajo forzoso, hay una zona gris entre esclavitud y servidumbre, y otra entre servidumbre y trabajo forzoso”.²⁰ La CIDH ha considerado que “[e]l trabajo forzoso se distingue del concepto de esclavitud al no incluir el elemento de propiedad, no obstante, existe un grado de restricción de la libertad individual similar a la esclavitud, que en algunos casos puede ser por medio del uso de la violencia”.²¹

14 Artículo 3: “[a] los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.

15 Artículo 11: “1. [n]ingún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre. 2. No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzosos u obligatorios. 3. El párrafo 2 del presente artículo no obstará para que los Estados cuya legislación admita para ciertos delitos penas de prisión con trabajos forzosos puedan imponer estos en cumplimiento de sentencia dictada por un tribunal competente. 4. A los efectos de este artículo, la expresión “trabajos forzosos u obligatorios” no incluirá: a) [n]ingún trabajo o servicio, no previsto en el párrafo 3 de este artículo, que normalmente deba realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta ulteriormente en situación de libertad condicional; b) [n]ingún servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; c) [n]ingún trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales, en la medida en que se imponga también a los ciudadanos del Estado de que se trate”.

16 Artículo 27.2. “Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.”

17 Artículo 4: “1. [n]adie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como “trabajo forzado u obligatorio” en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutorio del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

18 Artículo 4.

19 Artículo 16. “[l]os menores de 14 años y los que habiendo cumplido esa edad, sigan sometidos a la enseñanza obligatoria en virtud de la legislación nacional, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo. Las autoridades encargadas de vigilar el trabajo de estos menores podrán autorizar su ocupación cuando lo consideren indispensable para la subsistencia de los mismos, o de sus padres o hermanos y siempre que ello no impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria. La jornada de los menores de 16 años no podrá ser mayor de 6 horas diarias o de 36 semanales, en cualquier clase de trabajo. Artículo 17. Es prohibido el trabajo nocturno y en las labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años; las excepciones referentes al descanso hebdomadario contenidas en la legislación de cada país, no podrán aplicarse a estos trabajadores”.

20 O'Donnell, D. *Derecho internacional de los derechos humanos - Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 241.

21 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 58, de 24 diciembre de 2009, párr. 52.

3. Naturaleza jurídica de la prohibición

3.1. Inderogabilidad y carácter de norma *jus cogens*

El artículo 27.2. de la CADH establece que los derechos a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados son derechos humanos fundamentales que no pueden ser suspendidos por los Estados en ninguna circunstancia, incluso en “caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

[e]l derecho a no ser sometido a esclavitud, a servidumbre, trabajo forzoso o trata de esclavos y mujeres tiene un carácter esencial en la CADH [y...] forma parte del núcleo inderogable de derechos, pues no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas.²²

Asimismo, a la luz del desarrollo del derecho internacional, la Corte IDH ha concluido que:

la prohibición absoluta de la esclavitud tradicional y su interpretación han evolucionado de modo que también comprende determinadas formas análogas de ese fenómeno, el cual se manifiesta en los días actuales de diversas maneras, pero manteniendo determinadas características esenciales comunes a la esclavitud tradicional, como el ejercicio de control sobre una persona mediante coacción física o psicológica de tal manera que implique la pérdida de su autonomía individual y la explotación contra su voluntad.²³

Este carácter de derechos intangibles debe ser valorado con el tratamiento que le otorga el derecho internacional a la esclavitud, a la servidumbre y a los trabajos forzados. En efecto, hay que recordar que la prohibición de la esclavitud y servidumbre –y en particular de la trata de esclavos y de mujeres–, así como de los trabajos forzados son normas del derecho de gentes.²⁴

La CIJ, en su sentencia en el caso *Barcelona Traction*, reconoció la prohibición de la esclavitud como parte del derecho internacional general o consuetudinario vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional.²⁵ La CIDH ha confirmado igualmente que “[l]a prohibición de la esclavitud y prácticas similares forman parte del derecho internacional consuetudinario y del *jus cogens*”.²⁶

3.2. Crímenes de lesa humanidad y de guerra

Las prohibiciones de la esclavitud –en todas sus formas–, la servidumbre y del trabajo forzoso no están circunscritos al derecho internacional de los derechos humanos. Varias ramas del derecho público internacional abordan y regulan estas cuestiones y constituyen un referente jurídico indispensable en la materia.²⁷ Estas prohibiciones están igualmente reflejadas en el derecho penal internacional. Como bien lo ha señalado la CIDH:

[...] la esclavitud y el trabajo forzoso, practicados, por funcionarios públicos o particulares, en contra de cualquier persona, constituyen no sólo una violación de los derechos humanos, sino

22 Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, párr. 243.

23 *Ibidem*, párr. 276.

24 Ver, entre otros, González-Hontoria y Fernández Ladreda, M. *Tratado de Derecho Internacional Público*, Parte Primera - Libro III, Parte Segunda - Libros IV y V, Talleres Voluntad, Madrid, 1928, p. 362 y ss. Moyano Bonilla, C. “Soberanía y Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Vol. II, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, Costa Rica, 1998, pp. 1139 y 1143.

25 ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgement, ICJ Rep. 1970, p. 3, párrs. 34-35. En el mismo sentido, ver ICJ. *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgement, ICJ Rep. 1995, p. 90, párr. 102.

26 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, op. cit., párr. 54.

27 No huelga recordar aquí que el propio artículo 29 de la CADH remite a otros instrumentos internacionales para la interpretación de los derechos y obligaciones estipuladas por el Pacto de San José.

también representan un delito [...] internacional independientemente de que un Estado haya ratificado o no las convenciones internacionales que prohíben estas prácticas.²⁸

En ese contexto, hay que destacar que *la práctica masiva, a gran escala o sistemática de la esclavitud, la esclavitud sexual y del tráfico de personas constituye crímenes de lesa humanidad*.²⁹ Asimismo, la esclavitud y la trata de esclavos fueron declarados como tales por la Conferencia Regional de las Américas, celebrada por los Estados de la región en Santiago de Chile del 5 al 7 de diciembre de 2000, y por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001.

La esclavitud, la trata de esclavos, la esclavitud sexual cometidos con ocasión de un conflicto armado, sea internacional o interno, constituyen crímenes de guerra. Así cabe destacar que, en el ámbito del derecho internacional humanitario, el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra estipula la prohibición de “la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas” como una garantía fundamental para las personas civiles y las personas fuera de combate.³⁰ El Comité Internacional de la Cruz Roja ha concluido que la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos “regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales”.³¹

3.3. Relación con otros derechos humanos y/o con otras prohibiciones en el derecho internacional

Los derechos a no ser sometido a esclavitud, servidumbre y trabajos forzados están estrechamente relacionados con otros derechos humanos consagrados y protegidos por la CADH, y/o con prohibiciones establecidas por el derecho internacional. Así, la CIDH ha destacado que:

[I]a esclavitud, servidumbre y el trabajo forzoso muchas veces conllevan violaciones de otros derechos humanos fundamentales bajo la C[ADH] y otros instrumentos del sistema universal de derechos humanos, tales como el derecho de todas las personas a la libertad, a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, la libertad de circulación, de acceso a la justicia, de libertad de expresión y de asociación y de identidad.³²

La esclavitud y la servidumbre están íntimamente ligadas al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrado y amparado por los artículos 3 de la CADH y XVII de la DADDH. Este derecho, de trascendental importancia, significa la capacidad de todo ser humano de ser “sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”.³³ La servidumbre y, *a fortiori*, la esclavitud *conllevan inherentemente una vulneración de este derecho fundamental*.

28 *Idem*.

29 Además de los diferentes tratados prohibiendo la esclavitud y otras formas análogas (*ver supra* nota al pie 4) –incluido el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional– cabe mencionar los siguientes instrumentos: Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (art. 6.c); Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokyo (art. 5. c); Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (1996); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (art. 5.c); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 3.c); Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 2.c y g); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 7.1.c y g); Reglamento n.º 2000/15 de 6 de junio de 2000 sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (art. 5.1.c y g).

30 Artículo 4 (2.f) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II).

31 Henckaerts, J.-M. y Doswald-Beck, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007, p. 372. (Norma 94: “quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas”).

32 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, op. cit., párr. 58.

33 Artículo XVII de la DADDH.

Asimismo, la imposición de trabajos forzados –fuera de las excepciones previstas en los párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la CADH y en el derecho internacional– está estrechamente relacionada con el derecho a no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, consagrado y amparado por el artículo 5.2. del Pacto de San José. Más aún, en determinadas circunstancias, y además de una violación del artículo 6 de la CADH, la imposición ilegal de trabajos forzados puede constituir tortura, de conformidad con el artículo 2.1. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.³⁴

4. De la esclavitud y de la servidumbre

Si bien la CADH prohíbe la esclavitud y la servidumbre, el texto no proporciona una definición de estas prácticas. Al definir la esclavitud, la trata de seres humanos y la servidumbre, la CIDH se ha basado esencialmente en las definiciones provistas por la Convención sobre la esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, así como en posteriores instrumentos internacionales.³⁵ En esa línea, la CIDH ha concluido que la esclavitud se caracteriza por el ejercicio de la propiedad sobre un individuo y “puede tener las siguientes tres dimensiones fundamentales: (i) el control por otra persona, (ii) la apropiación de la fuerza de trabajo, y (iii) la utilización o la amenaza de utilización de la violencia”.³⁶

4.1. Marco jurídico de referencia

Así, para determinar si un comportamiento constituye una modalidad de esclavitud, servidumbre u otra práctica análoga, se requiere acudir a otros instrumentos internacionales. Entre ellos, la Convención sobre la esclavitud, de 1926; el Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, y el cual entró en vigor en 1953; la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Protocolo de Palermo); el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; y la Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores.

En su artículo 1, la Convención sobre la esclavitud, de 1926, establece las siguientes definiciones:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Por su parte, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, establece las siguientes *definiciones generales acerca de las prácticas análogas a la esclavitud*:

34 El artículo 2.1. prescribe que “[...] se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

35 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, op. cit., párrs. 47 y 48.

36 *Ibidem*, párr. 50.

La ‘esclavitud’, tal como está definida en el Convenio sobre la esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y “esclavo” es toda persona en tal estado o condición;

La expresión ‘persona de condición servil’ indica toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención;

‘Trata de esclavos’ significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.³⁷

Respecto de las *prácticas análogas a la esclavitud*, la Convención identifica las siguientes:

La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

Toda institución o práctica en virtud de la cual:

- i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
- ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;
- iv) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

El Protocolo de Palermo, en su artículo 3, señala como modalidades de trata de personas: la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; los trabajos o servicios forzados; la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud; la servidumbre; y la extracción de órganos. El mismo artículo 3 define la “trata de personas” como:

[...] la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

37 Artículo 7.

La Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores, al reprimir esta práctica, establece que por “tráfico internacional de menores” se entiende: la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor de 18 años con propósitos o medios ilícitos. Esta Convención establece que los: “[p]ropósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro [...], y que los ‘medios ilícitos’ incluyen, entre otros, el “secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito”.³⁸

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define la esclavitud como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.³⁹ Es importante destacar que el Tribunal de Nuremberg precisó que “la servidumbre involuntaria, aunque esté atenuada por un trato humano, sigue siendo esclavitud”.⁴⁰

4.2. Desarrollo jurisprudencial y doctrinario

La jurisprudencia y doctrina interamericanas no son muy prolíficas en esta materia. En efecto, no obstante en algunos casos haberse abordado de manera tangencial esta problemática, es solo en 2016 que la Corte IDH profiere su primera sentencia en un caso contencioso sustancialmente relacionado con el artículo 6 de la CADH.⁴¹ Por su parte, en informes sobre la situación de derechos humanos relativos a varios países, la CIDH desarrolló una importante doctrina interpretativa sobre la cuestión de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, la trata de personas y el trabajo forzoso.

4.2.1. Doctrina interpretativa desarrollada por la CIDH

Si bien los instrumentos internacionales citados anteriormente proveen definiciones de esclavitud, trata de seres humanos, servidumbre y otras prácticas análogas, la CIDH ha identificado varios criterios para determinar si un comportamiento cabe dentro de estas conductas prohibidas. De esta manera, ha precisado que:

Al analizar las características de las formas contemporáneas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, deben considerarse varios factores tales como: i) el grado de restricción del derecho inherente de la persona a la libertad de circulación; ii) el grado de control de la persona sobre sus pertenencias personales; y iii) la existencia de consentimiento con conocimiento de causa y plena comprensión de la naturaleza de la relación entre las partes.⁴²

Así, en un informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, la CIDH calificó de esclavitud la práctica de obligar a peones a trabajar sin salario, mediante violencia, tortura y amenaza de muerte.⁴³ En otro informe sobre la situación de derechos humanos en Bolivia, la CIDH consideró que la situación de numerosas familias indígenas que vivían en haciendas donde debían trabajar a cambio de cantidades ínfimas de dinero como contraprestación, y que para satisfacer sus necesidades básicas tuvieran que ‘endeudarse’ con sus patrones, constituía un “caso de servidumbre por deudas análogo a la esclavitud prohibido por el derecho internacional”.⁴⁴

38 Artículo 2.

39 Artículo 7 (2.c.).

40 *Pohl case*. Tribunal Militar de Nuremberg, citado en Henckaerts, J.-M. y Doswald-Beck, L., *op. cit.*, p. 376.

41 Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016.

42 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, *op. cit.*, párr. 51.

43 CIDH. *Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, de 29 de septiembre de 1997, párr. 39.

44 CIDH. *Informe de seguimiento- Acceso a la Justicia e inclusión social: el Camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser/L/V/II.135 Doc.40, de 7 de agosto de 2009, párr. 166.

En una decisión de admisibilidad en un caso relativo a una masacre en la que campesinos fueron obligados por miembros de un grupo paramilitar a “tocar sus instrumentos musicales y a pastorear las reses robadas mientras los paramilitares daban muerte a otros habitantes de la zona”, la CIDH consideró *prima facie* que ello podía constituir una violación de la prohibición de la esclavitud y servidumbre.⁴⁵ En otra decisión de admisibilidad, relativa a una masacre en la cual 17 menores de edad sobrevivientes fueron obligados por los victimarios a convivir y a trabajar durante casi dos años para ellos, la CIDH consideró *prima facie* que ello podía constituir una violación de la prohibición de la esclavitud y servidumbre.⁴⁶ Asimismo, en un voto fundamentado en otra decisión de admisibilidad, varios miembros de la CIDH consideraron que las condiciones extremas de trabajo que causen daño a la integridad física, psíquica o moral de una persona pueden constituir una forma de “servidumbre involuntaria”.⁴⁷ Finalmente, en un estudio especial, la CIDH ha considerado que el reclutamiento militar obligatorio de menores, practicado tanto por las fuerzas gubernamentales como por los grupos armados disidentes, constituye “pura y simplemente situaciones similares a la esclavitud y de servidumbre forzada”.⁴⁸

4.2.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

En su sentencia sobre el caso *Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, de 2016, la Corte IDH sentaría las bases interpretativas sobre el artículo 6 de la CADH.

En esta sentencia, la Corte IDH señaló que el concepto de esclavitud “ha evolucionado y ya no se limita a la propiedad sobre la persona.”⁴⁹ Así, la Corte IDH consideró que:

[...] los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el *estado o condición de un individuo* y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el *esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima*.⁵⁰

La Corte IDH caracterizó el primer elemento como la situación *de jure* o *de facto* en la que está el individuo. Sobre el segundo elemento (atributos del derecho de propiedad), la Corte IDH precisó que este debe ser entendido “[...] como el control ejercido sobre una persona que le restrinja o prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona”.

Para determinar si se configura una situación de esclavitud, la Corte IDH estableció los siguientes criterios:

a) restricción o control de la autonomía individual; b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo o la violencia, el engaño o las falsas promesas; e) el uso de violencia física o psicológica; f) la posición de vulnerabilidad de la víctima; g) la detención o cautiverio, i) la explotación.⁵¹

45 CIDH. Petición n.º 1/06, *Caso Masacre y desplazamiento forzado de los Montes de María vs. Colombia*. Informe de Admisibilidad n.º 15/09 de 19 de marzo de 2009, párr. 65.

46 CIDH. Petición n.º 844/05, *Caso Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros vs. Guatemala*. Informe de Admisibilidad n.º 13/08 de 5 de marzo de 2008, párr. 96.

47 CIDH. Petición 712-03, *Caso Elena Téllez Blanco vs. Costa Rica*. Informe de Admisibilidad n.º 29/07 de 26 de abril de 2007. Voto fundamentado de los miembros de la CIDH Paolo G. Carroza, Evelio Fernández Arévalo, y Clare K. Roberts.

48 CIDH. *Informe Anual de la CIDH 1999*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, de 13 de abril de 2000. Capítulo VI “Estudios especiales”, “Recomendación General sobre la erradicación del reclutamiento y de la participación de niños en conflictos armados”.

49 Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, párr. 269.

50 *Idem*. (énfasis agregado)

51 *Ibidem*, párr. 272.

Respecto del concepto de servidumbre, la Corte IDH consideró que este debe ser interpretado como: “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”.⁵²

En lo que atiene a la trata de esclavos y la trata de mujeres “en todas sus formas”, prohibidas por el artículo 6 de la CADH, la Corte IDH consideró que esta prohibición debía ser interpretada de forma amplia y sujeta a las precisiones de su definición de acuerdo con su desarrollo en el derecho internacional. Al sistematizar las normas internacionales, así como la jurisprudencia y doctrina internacionales, la Corte IDH concluyó que la trata de esclavos y la trata de mujeres se caracterizan por el control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación. La Corte IDH identificó como elementos comunes a estas dos prácticas: “i) el control de movimiento o del ambiente físico de la persona; ii) el control psicológico; iii) la adopción de medidas para impedir la fuga, y iv) el trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución.”⁵³

Así, la Corte IDH concluyó que la prohibición de la trata de esclavos y de mujeres está referida a:

i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; ii) con cualquier fin de explotación.⁵⁴

4.2.3. Otros desarrollos

Las definiciones de esclavitud, servidumbre y trata de personas han evolucionado con el desarrollo propio del derecho internacional y la adopción de nuevos instrumentos internacionales. Esta evolución se ha caracterizado por ampliar el espectro de conductas prohibidas con la finalidad de aumentar el umbral de protección internacional del ser humano. En este orden de ideas, los trabajos de la Relatora Especial de la ONU sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, resultan de gran utilidad para identificar los comportamientos que caben dentro de las conductas prohibidas.

Así, al examinar la práctica de la servidumbre doméstica, la Relatora Especial ha precisado que:

[l]a esclavitud y la servidumbre tienen en común que la víctima está explotada económicamente, depende totalmente de otros y no puede terminar la relación por voluntad propia. En los casos de esclavitud, según la definición clásica de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, quien la practica pretende tener un derecho de ‘propiedad’ sobre la víctima sustentado en la costumbre, la práctica social o la legislación nacional, aunque viole el derecho internacional. En los casos de servidumbre y prácticas análogas a la esclavitud no existe tal pretensión de propiedad formal. Esto no significa que la servidumbre constituya un grado menor de violación de los derechos humanos: la humillación, la explotación y el sufrimiento pueden ser igual de intensos o más según la naturaleza de cada caso. [...] La servidumbre doméstica y la esclavitud doméstica se pueden distinguir por el hecho de que la explotación se produce en primer lugar en o en torno al hogar de quienes las practican. En muchos casos, estos fenómenos van acompañados de otras formas de servidumbre y esclavitud. Además de tener que ocuparse de las tareas domésticas, por ejemplo, una víctima puede estar obligada a trabajar en faenas agrícolas o en el mercado o a ejercer la prostitución.⁵⁵

52 *Ibidem*, párr. 280.

53 *Ibidem*, párr. 288.

54 *Ibidem*, párr. 290.

55 ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/15/20 de 28 de junio de 2010, párrs. 25-26.

Asimismo, la Relatora Especial identificó modalidades de servicio o trabajo doméstico que constituyen formas de servidumbre o esclavitud doméstica, entre ellas: el servicio doméstico en condiciones infrahumanas de trabajo; la servidumbre doméstica como pago de deudas, o “trabajo cautivo”; la explotación de niños en el trabajo doméstico; la servidumbre doméstica en los matrimonios forzados y los matrimonios de niños; la servidumbre doméstica de migrantes, cuando su estatus migratorio o de residencia es precario y esta situación es aprovechada por los empleadores; y la servidumbre resultante de la explotación económica de fuerte dependencia, esto es, situaciones de explotación económica en que la víctima depende tanto del victimario que no puede abandonar esa situación de explotación.

Respecto de esta última modalidad –servidumbre resultante de la explotación económica de fuerte dependencia–, la Relatora Especial ha precisado que:

[I]a dependencia en este contexto puede ser resultado de toda una serie de factores físicos, económicos, sociales, culturales y jurídicos. Aunque cada uno de estos factores puede no ser lo suficientemente poderoso por sí mismo para crear la aguda dependencia que caracteriza a la servidumbre, pueden reforzarse unos a otros creando una red de factores de dependencia que la víctima no puede sortear.⁵⁶

Respecto de la explotación infantil, la Relatora Especial ha precisado que aunque el derecho internacional no la define claramente, esta práctica debe examinarse a la luz de los artículos 32 y 36 de la CDN. El artículo 32 de este instrumento consagra el derecho del niño: “a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. El artículo 36 establece que los Estados partes de la CDN “protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”. Así, la Relatora Especial ha precisado que constituyen modalidades de explotación infantil:

el trabajo que impone una carga demasiado onerosa al niño, el trabajo que pone en peligro la seguridad, la salud o el bienestar del niño, el trabajo que se beneficia de la indefensión del niño, el trabajo que lo explota como reemplazo a bajo precio del trabajo del adulto, el trabajo que se sirve de los esfuerzos del niño pero que no aporta nada a su desarrollo, y el trabajo que obstaculiza su educación o formación y, por consiguiente, constituye un menoscabo para su porvenir.⁵⁷

La Relatora especial ha señalado igualmente, como una de las prácticas análogas a la esclavitud, la del “matrimonio servil”, esto es “las formas de matrimonio forzoso [en las que] se reducen a uno de los cónyuges a la condición de una persona sobre la que se ejercen una parte o la totalidad de los poderes atribuidos al derecho de propiedad”.⁵⁸

5. Los trabajos forzosos

Así como ocurre con la esclavitud y la servidumbre, el artículo 6 de la CADH no define el trabajo forzoso u obligatorio. Sin embargo, se puede afirmar que la disposición contiene una definición por negación al precisar qué no constituye trabajo forzoso u obligatorio. De esta manera, para determinar si un comportamiento constituye una modalidad de trabajo forzoso u obligatorio prohibida por el derecho internacional, se requiere acudir a otros instrumentos internacionales, como lo señala la práctica de la Corte IDH y CIDH.⁵⁹

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 47.

⁵⁷ ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/18/30 de 4 de julio de 2011, párr. 24.

⁵⁸ ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. *Informe temático sobre el matrimonio servil*. A/HRC/21/41 de 10 de julio de 2012, párr. 13.

⁵⁹ Esta práctica no es exclusiva del SIDH, toda vez que otros instrumentos internacionales de protección de derechos

5.1. Marco jurídico de referencia

Al examinar el artículo 6.2. de la CADH, la Corte IDH ha precisado que:

[a]l analizar el contenido y alcance de dicho artículo [se debe tener en cuenta], a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, la significación de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio. [...] los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la C[ADH], así como las establecidas por la CVDT.⁶⁰

En ese orden de ideas, la Corte IDH ha considerado:

[...] útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la C[ADH], tales como el Convenio n.º 29 de la O[IT] sobre el Trabajo Forzoso, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del [SIDH], habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el D[IDH].⁶¹

Entre los instrumentos internacionales más relevantes se encuentran: el Convenio n.º 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso; el Convenio n.º 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso; la CDN;⁶² el Convenio n.º 182 de la OIT relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; el Convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas; los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas; las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos;⁶³ las Reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad;⁶⁴ las Reglas mínimas de la ONU para la administración de la justicia de menores;⁶⁵ ‘Una alianza contra el trabajo forzoso’, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión de 2005.

En particular, el trabajo forzoso u obligatorio es definido por el artículo 2.1. del Convenio n.º 29 de la OIT como: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Por su parte, el Convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas prescribe que los “trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas”.⁶⁶

5.2. Desarrollos jurisprudenciales interamericanos

En los casos *Masacres de Ituango vs. Colombia* y *Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, de 2006 y 2016 respectivamente, la Corte IDH ha abordado la cuestión del trabajo forzoso u obligatorio.

En la primera de estas sentencias, en el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, la Corte IDH examinó una situación en la que, luego de cometer una masacre contra la población, un grupo paramilitar obligó, durante aproximadamente 17 días y “contra su voluntad y a riesgo de perder sus vidas en

humanos –tanto universales como regionales– tampoco contienen una definición de trabajo forzoso u obligatorio. Así, por ejemplo, el TEDH ha recurrido a las definiciones provistas por los Convenios de la OIT –y en particular el Convenio n.º 105– al examinar si una situación se puede caracterizar como trabajo forzoso. Ver, por ejemplo, TEDH. *Caso Van der Mussele vs. Bélgica* (Caso n.º 8919/80). Sentencia de 23 de noviembre de 1983.

60 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 154-155.

61 *Ibidem*, párr. 157.

62 Artículo 32.

63 ONU. *Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y n.º 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

64 ONU. Asamblea General, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

65 ONU. Asamblea General, Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

66 Artículo 20 (3).

caso de oponerse a ello”, a un grupo de campesinos a recoger y trasladar un ganado caballar, mular y vacuno robado. En ese caso se estableció que las autoridades militares locales, no solamente estaban implicadas en la masacre, sino que tenían conocimiento del robo del ganado, además se estableció que no solo no impidieron que los paramilitares obligaran a realizar trabajos forzados a los pobladores, sino que favorecieron la imposición de estos. La Corte IDH concluyó que el Estado había violado “el derecho a no ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, consagrado en el artículo 6.2. [de la CADH]”.⁶⁷

En el segundo caso, *Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH examinó la práctica de trabajo forzoso y servidumbre por deudas en una hacienda, en la cual los trabajadores eran sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, estaban vigilados permanentemente por hombres armados, y sin posibilidad de salida de la hacienda sin el pago de la deuda adquirida. La Corte IDH consideró que los trabajadores se encontraban en una situación de trabajos forzados, en violación al artículo 6 de la CADH, que calificó de *esclavitud contemporánea*, y concluyó que el Estado era responsable toda vez que no había adoptado las medidas necesarias para prevenir esta situación e investigar y sancionar a los perpetradores.

En ambos casos, al considerar la definición de trabajo forzoso del Convenio n.º 29 de la OIT, la Corte IDH concluyó que esta consta de dos elementos básicos: “[e]n primer lugar, el trabajo o el servicio se exige ‘bajo amenaza de una pena’”. En segundo lugar, “estos se llevan a cabo de forma involuntaria”.⁶⁸ Respecto del primer elemento, la “amenaza de una pena”, la Corte IDH precisó que esta:

[...] puede consistir en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares.⁶⁹

Respecto del segundo elemento, la Corte IDH consideró que:

[I]a ‘falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio’ consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica.⁷⁰

Además de estos criterios, en un inicio la Corte IDH consideró que, para constituir una violación del artículo 6.2. de la CADH, era necesario que la presunta violación fuera atribuible a agentes del Estado, ya sea por su participación directa en los hechos, o por su aquiescencia en los mismos;⁷¹ sin embargo, posteriormente descartó este criterio. En efecto, en el *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH consideró que:

[...] en relación con el vínculo con agentes del Estado, [...] dicho criterio se restringe a la obligación de respetar la prohibición del trabajo forzoso [...] [y] ese criterio no puede ser sostenido cuando la violación alegada se refiere a las obligaciones de prevención y garantía de un derecho humano establecido en la C[ADH], por lo que no resulta necesaria la atribución a agentes del Estado para configurar trabajo forzoso.⁷²

67 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, punto resolutivo 4.

68 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 160. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, párr. 291.

69 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 161.

70 *Ibidem*, párr. 164.

71 *Ibidem*, párrs. 160 y 166.

72 Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, párr. 293.

5.3. De las excepciones

Los párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la CADH precisan que ciertos tipos de trabajos impuestos a los individuos no constituyen trabajo forzoso u obligatorio y, por ende, pueden ser impuestos legítimamente bajo el derecho internacional. En este contexto, es relevante señalar que el artículo 2.2. del Convenio n.º 29 de la OIT precisa que no constituyen formas prohibidas de trabajo forzoso u obligatorio las siguientes modalidades:

- a) Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- b) Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- d) Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población;
- e) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

Sin embargo, para ello es preciso tener en cuenta que el artículo 1 del Convenio n.º 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso prohíbe toda forma de trabajo forzoso u obligatorio empleada:

- a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- b) Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- c) Como medida de disciplina en el trabajo;
- d) Como castigo por haber participado en huelgas;
- e) Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.⁷³

5.3.1. Los trabajos forzados como pena accesoria a la pena privativa de la libertad

La primera excepción la constituye la pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados impuesta por juez o tribunal competente, prevista en el párrafo 2 del artículo 6 de la CADH. Por su propia definición, esta excepción hace parte de la esfera del derecho penal por lo que implica una obligatoria referencia a los artículos 5, 8 y 9 de la CADH, y requiere de cierta precisión acerca de su alcance y contenido.

73 Artículo 1.

En primer lugar, la excepción está limitada a personas condenadas por delitos que “tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos”. Por una parte, esto tiene una primera consecuencia: tales trabajos forzosos no se pueden imponer a personas detenidas preventivamente y que no han sido condenadas. Por otra parte, esta excepción conlleva obligatoriamente a referirse al principio de legalidad de los delitos y de las penas, *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*, consagrado y amparado por el artículo 9 de la CADH, así como por el derecho internacional.⁷⁴ Cabe recordar que la imposición de penas por analogía por conductas no establecidas como delitos en la legislación penal es incompatible con el principio de legalidad de los delitos.⁷⁵ Así, los trabajos forzosos imponibles deben estar previstos en la legislación penal para el delito por el cual la persona fue condenada. De lo contrario, se estaría en la esfera de la prohibición del trabajo forzoso.

En segundo lugar, tal tipo de pena solo puede ser impuesta por un tribunal independiente, imparcial y competente, luego de un proceso en el que se haya observado las garantías del debido proceso legal del artículo 8 de la CADH. Así, por ejemplo, la imposición de trabajos forzosos a civiles por tribunales militares constituye una violación del artículo 6.2. de la CADH, toda vez que —como lo ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte IDH— la jurisdicción penal militar no tiene competencia para juzgar y sancionar civiles:⁷⁶

[...] la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias [...] El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles [...] en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. [...] Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a *fortiori* el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.⁷⁷

Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que:

[e]n un Estado democrático de [d]erecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.⁷⁸

Lo anterior es igualmente predicable de imposición de trabajos forzosos a exmilitares condenados por tribunales militares por delitos cometidos cuando no ostentaban la calidad de militar. En efecto, la Corte IDH ha concluido reiteradamente que el juzgamiento por tribunales castrenses de exmilitares por

74 Artículo 11 de la DUDH, artículo 15 del PIDCP, artículo 7 del CEDH, artículo 75 (4.c) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), y artículo 6 (2.c) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II).

75 Comité DHONU. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Popular Democrática de Corea*, CCPR/ CO/72/PRK, de 27 de agosto de 2001, párr. 14.

76 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004. En el mismo sentido, ver CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú*. Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 de junio de 2000. CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, documento OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 22, de 30 de junio de 1981. CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, de 8 de mayo de 1985. CIDH. *Informe Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/ Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002.

77 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 128.

78 *Ibidem*, párr. 113.

delitos cometidos cuando ya no tenían la condición de militar, viola el principio del juez natural y el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial y competente.⁷⁹ La Corte IDH ha reiterado que “la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y, por ende, los civiles y militares en retiro no pueden ser juzgados por tribunales militares”.⁸⁰

Finalmente, además de los anteriores requisitos, la excepción solo es admisible si estos trabajos forzosos no afectan la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso, como lo prescribe el párrafo 2 del artículo 6 de la CADH. A este respecto, debe valorarse en cada caso específico si este trabajo impuesto constituye o no una forma de pena cruel, inhumana o degradante, prohibida por el derecho internacional y en particular el artículo 5.2. de la CADH, o que atente contra la integridad física, psíquica o moral del preso. En este orden de ideas, resulta de primera importancia que se observen los estándares internacionales sobre los trabajos penitenciarios y las salvaguardas para proteger la integridad de las personas privadas de libertad, en particular: las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos,⁸¹ las Reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad,⁸² las Reglas mínimas de la ONU para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing),⁸³ y los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

5.3.2. Trabajo o servicios normalmente exigibles de los detenidos

La excepción prevista por el literal a) del párrafo 3 del artículo 6 de la CADH, está referida a “los trabajos o servicios que se exijan de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente”. Se trata de una hipótesis distinta a la excepción prevista en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto esta última se refiere a los trabajos forzosos como pena accesoria a una pena de privación de libertad. Ciertamente, esta excepción se puede predicar tanto de personas condenadas como en detención preventiva, toda vez que la norma interamericana hace referencia a “una sentencia o resolución formal”. En efecto, en los trabajos preparatorios de la CADH, al redactar esta cláusula se hizo hincapié en que esta excepción abarcaba igualmente a las “personas detenidas aunque no se hubiera pronunciado una condena”.⁸⁴

No obstante, para que esta imposición de trabajo o servicio obligatorio sea legítima debe provenir de una “autoridad judicial competente”. Ello conlleva una remisión al concepto de juez o tribunal independiente, imparcial y competente. En ese sentido, son aplicables las consideraciones antes mencionadas sobre la excepción del párrafo 2.

Asimismo, es importante destacar que el literal a) del párrafo 3 del artículo 6 de la CADH hace referencia a “trabajos y servicios que se exijan *normalmente de una persona reclusa*” (énfasis agregado). Esta condición requiere hacer referencia a los instrumentos internacionales que regulan los trabajos de los presos y detenidos. En ese contexto, son relevantes las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos,⁸⁵ y los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.⁸⁶ En ese contexto, es importante destacar que tales trabajos o servicios no pueden tener un carácter afflictivo o afectar la dignidad o la capacidad física e intelectual del recluso, ni tampoco ser de naturaleza punitiva.⁸⁷

79 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

80 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 111.

81 Ver reglas n.º 24, 65, 70-76 y 81.

82 Ver reglas n.º 17(b), 44, 45, 46 y 67.

83 Ver reglas n.º 11 y 27, así como los comentarios correspondientes.

84 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

85 Ver reglas n.º 70-76.

86 Ver principio XIV.

87 Ver ONU. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, op. cit., Regla n.º 71. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, Principio XIV.

Finalmente, para que estos trabajos o servicios no sean considerados dentro de la esfera de trabajos forzados prohibidos, se requiere que sean realizados bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y se prohíbe que los reclusos sean puestos “a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”. Esta última salvaguarda, plasmada en el Convenio n.º 29 de la OIT, tiene por objetivo impedir el trabajo forzoso de los presos para compañías privadas, práctica prohibida y que fuera ampliamente empleada por el III Reich y aún en algunos países como Myanmar. El propio Convenio n.º 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso estipula que “[l]as autoridades competentes no deberán imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado”.⁸⁸

5.3.3. El servicio militar y el servicio alternativo al servicio militar obligatorio

El literal b) del párrafo 3 del artículo 6 de la CADH prevé una tercera excepción: “el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél”. Por una parte, esta excepción está estrechamente relacionada con el artículo XXXIV de la DADDH,⁸⁹ y, por otra parte, con el derecho a la objeción de conciencia.⁹⁰

Si bien el derecho a la objeción de conciencia está consagrado de manera implícita en el artículo 12 del Pacto de San José, el derecho internacional lo reconoce de manera autónoma y lo protege.⁹¹ Mediante una lectura conjunta de los artículos 12 y 6.3.b. de la CADH, la CIDH ha concluido que el instrumento convencional ampara el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.⁹²

Para que esta excepción tenga validez frente al servicio civil o alternativo al servicio militar obligatorio, debe ser regulado por ley y no estar al capricho de las autoridades militares; asimismo, no puede ser impuesto en condiciones que le den un carácter punitivo en represalia al legítimo ejercicio del derecho de objeción de conciencia. Así, la naturaleza del servicio alternativo impuesto, las condiciones en que se debe prestar, y su duración, son factores relevantes para determinar si se configura la excepción o se está ante la prohibición del trabajo forzoso. El servicio alternativo debe ser compatible con los motivos de la objeción de conciencia, de carácter civil, en el interés público y no ser de una naturaleza punitiva.

En cuanto a la duración, el Comité DHONU ha precisado que si bien

[...] la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutorio, y que esas diferencias pueden, en casos particulares, justificar un periodo de servicio más largo, [esto será válido siempre y cuando] la diferenciación se bas[e] en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio en cuestión o la necesidad de una formación especial para prestarlo.⁹³

88 Artículo 4 (1).

89 El Artículo XXXIV prescribe que “[t]oda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz”.

90 Sobre la “objeción de conciencia”, ver el comentario al artículo 12 (libertad de conciencia y de religión) a cargo de Huaco.

91 Comité DHONU. Comentario General n.º 22. El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18). CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de septiembre de 1993, p. 44. Comité DHONU. Comunicación n.º 402/1990, *Caso Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof vs. Países Bajos*, decisión de 11 de abril de 1990. Comité DHONU. *Observaciones finales – España*, CCPR/C/79/Add.61, 3 de abril de 1996, párr. 15. Comité DHONU. *Observaciones finales – Francia*, CCPR/C/79/Add.80, 4 de agosto de 1997, párr. 19. ONU. *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la objeción de conciencia al servicio militar*. E/CN.4/1997/99, 16 de enero de 1997).

92 CIDH. Petición 12.219, *Caso Cristián Daniel Sahlin Vera y otros vs. Chile*, Informe n.º 43/05, de 10 de marzo de 2005, párr. 86.

93 Comité DHONU. *Caso Frédéric Foin vs. Francia*, Comunicación n.º 666/1995, Dictamen de 3 de noviembre de 1999, párr. 10.3.

El Comité DHONU ha considerado que cuando se amplía la duración del servicio como una “forma de poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo”, se está en presencia de una violación del derecho a no ser discriminado en razón de la convicción de conciencia.⁹⁴ En estos contextos se viola, además, la prohibición del artículo 6 de la CADH.

5.3.4. El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales

Esta cuarta excepción, prevista en el literal d) del párrafo 3 del artículo 6 de la CADH, ha sido poco desarrollada por la jurisprudencia internacional. A fin de establecer su alcance, resultan esclarecedores los trabajos de redacción de la CADH,⁹⁵ durante los cuales se hizo referencia al Convenio n.º 29 de la OIT, y, en especial, a las conclusiones generales sobre el trabajo forzoso formuladas en 1962 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Así, se entendió por “obligaciones cívicas normales” las enumeradas en el Convenio n.º 29, esto es:

[L]os pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.⁹⁶

Igualmente, durante la redacción de la CADH se señalaron como algunas modalidades de “obligaciones cívicas normales”: la participación en un jurado, la obligación de asistir a una persona en peligro, la obligación de ayudar a un representante del orden.

Si bien, como se señaló anteriormente, esta excepción ha sido poco desarrollada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos, resulta de utilidad un dictamen proferido por el Comité DHONU en un caso individual, en el cual consideró que:

[...] el término ‘trabajo forzoso u obligatorio’ comprende toda una gama de conductas que abarcan desde el trabajo impuesto a una persona por sanción penal, particularmente en condiciones especiales de coacción o explotación o inaceptables por otro motivo, hasta trabajos menos importantes en circunstancias en las que se amenaza con un castigo como sanción comparable en caso de no efectuarse el trabajo exigido.⁹⁷

Al pronunciarse sobre el alcance de la noción de “obligaciones cívicas normales” –contenida tanto en la CADH como en el PIDCP, como una excepción a la prohibición del trabajo forzoso– el Comité DHONU consideró que “para que pueda calificarse de obligación cívica normal, el trabajo en cuestión no debe ser, como mínimo, una medida excepcional; no debe tener un propósito o efecto punitivo; y ha de estar previsto por la ley para que tenga un fin legítimo con arreglo al Pacto”.⁹⁸

Así, en un caso en el cual se le exigió a una persona participar en un programa de trabajo a cambio de la prestación del seguro de desempleo, el Comité DHONU consideró que no se había violado la prohibición del trabajo forzoso, ante “la ausencia de un aspecto degradante o deshumanizador del trabajo concreto que se realizó”.⁹⁹

94 *Idem.*

95 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 129.

96 Artículo 2 (2).

97 Comité DHONU. *Caso Bernadette Faure vs. Francia*, Comunicación n.º 1036/2001, Dictamen de 31 de octubre de 2005, párr. 7.5.

98 *Idem.*

99 *Idem.*

5.3.5. El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenacen la existencia o el bienestar de la comunidad

Esta última excepción, prevista en el literal c) del párrafo 3 del artículo 6 de la CADH, de igual manera ha sido poco desarrollada por la jurisprudencia internacional, y los trabajos de redacción de la CADH son pocos en la materia.

Sin embargo, para valorar su alcance resulta relevante el mencionado Convenio n.º 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso. En efecto, su artículo 2 (2.d.) enumera diversas situaciones que están cobijadas de manera genérica en la fórmula empleada por el Pacto de San José, al referirse a:

[c]ualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población.

El artículo 9º del Convenio n.º 29 estipula que:

[...] la autoridad facultada para imponer un trabajo forzoso u obligatorio no deberá permitir que se recurra a esta forma de trabajo sin cerciorarse previamente de que: a) el servicio o trabajo por realizar presenta un gran interés directo para la comunidad llamada a realizarlo; b) el servicio o trabajo es actual o inminentemente necesario; c) ha sido imposible procurarse la mano de obra voluntaria para la ejecución de este servicio o trabajo, a pesar de la oferta de salarios y de condiciones de trabajo iguales, por lo menos, a las que prevalecen en el territorio interesado para trabajos o servicios análogos; d) dicho trabajo o servicio no impondrá una carga demasiado pesada a la población actual, habida cuenta de la mano de obra disponible y de su aptitud para emprender el trabajo en cuestión.

Asimismo, el artículo 11.1. del Convenio n.º 29 de la OIT prescribe que “[s]ólo podrán estar sujetos al trabajo forzoso u obligatorio los adultos aptos del sexo masculino cuya edad no sea inferior a dieciocho años ni superior a cuarenta y cinco”. El párrafo 2 de este artículo establece que:

[...] la proporción de individuos de la población permanente masculina y apta que podrá ser objeto de un reclutamiento determinado [no podrá] exceder del 25 por ciento de esta población. Al fijar esa proporción, las autoridades competentes deberán tener en cuenta la densidad de población, el desarrollo social y físico de la misma; la época del año y el estado de los trabajos que van a efectuar los interesados en su localidad por su propia cuenta; de una manera general, las autoridades deberán respetar las necesidades económicas y sociales de la vida normal de la comunidad interesada.

De igual modo, el Convenio n.º 29 regula otros aspectos relativos a las condiciones materiales y temporales en que puede prestarse el trabajo forzoso.

Artículo 7. Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C n.º 16. En adelante: Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. FCR. 1994.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 37. En adelante: Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100. En adelante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C n.º 129. En adelante: Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C n.º 137. En adelante: Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147. En adelante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C n.º 152. En adelante: Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n.º 170. En adelante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 180. En adelante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C n.º 187. En adelante: Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n.º 206. En adelante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. En adelante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. En adelante: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C n.º 229. En adelante: Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C n.º 251. En adelante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C n.º 254. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n.º 257. En adelante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C n.º 260. En adelante: Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C n.º 281. En adelante: Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 285. En adelante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 288. En adelante: Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. En adelante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987.

Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 35/07, *Caso Jorge y José Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*, Caso 12.553, 1 de mayo de 2007.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

Comité DHONU. *Caso Delgado Páez vs. Colombia*, n.º 195/85, Decisión de 12 de julio de 1990.

Referencias académicas

CASAL H., J. M. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. CEPC, Madrid, 1998.

MODOLELL GONZÁLEZ, J. L. “Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano”, en ELSNER G. et al. (coords.) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. KAS, Montevideo, t. II, 2013.

Contenido

1. Introducción	226
2. Significación general del derecho y ámbito protegido	226
3. Titulares	230
4. Contenido general del derecho y posibles limitaciones legislativas	231
5. La prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad	234
5.1. Detenciones masivas o colectivas	237
5.2. Detenciones en controles migratorios	238
6. Derecho de toda persona detenida o retenida a conocer los motivos de la privación de la libertad y los cargos formulados contra ella	239
7. Derecho de toda persona detenida o retenida a ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario con funciones judiciales	242
7.1. Control judicial de la detención durante estados de excepción	243
7.2. Exigibilidad del control judicial en toda privación de la libertad	243
7.3. La autoridad que ejerza el control debe tener facultades para decidir sobre la libertad de la persona detenida	244
8. Derecho de toda persona detenida o retenida a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad	247
8.1. Razonabilidad del plazo	247
8.2. Prisión preventiva	248

9. Derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que se pronuncie sobre la licitud de la privación de libertad.....	251
10. Prohibición de la prisión por deudas y garantías complementarias de la libertad personal.....	254
11. Prohibición de detención clandestina y registro de los detenidos.....	254

1. Introducción

Este comentario recoge los criterios fundamentales establecidos por la Corte IDH con relación al derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7 de la CADH. Se trata de uno de los derechos que ha sido ampliamente abordado por la jurisprudencia de la Corte IDH, un importante número de los casos en que este derecho ha sido considerado guarda conexión con situaciones de secuestro o detención que desembocaron en una desaparición forzada o, directamente, en la privación de la vida. El examen de esta clase de vulneraciones de la libertad personal ha estado a menudo vinculado a contextos de violencia generalizada y de violaciones graves a los derechos humanos. A la par del estudio de este tipo de casos –que lamentablemente persisten–, la Corte IDH ha conocido, con más frecuencia en los últimos lustros, de otros referidos a privaciones de libertad que se desarrollan dentro de un proceso penal, a menudo bajo la cobertura de la legislación interna pero sin cumplir las exigencias sustantivas o adjetivas de la CADH. Esta vertiente de la jurisprudencia interamericana ha estado bastante influenciada por los criterios sentados por el TEDH que tempranamente comenzó a fijar parámetros en la materia, especialmente en lo que respecta a la prisión provisional o preventiva.

2. Significación general del derecho y ámbito protegido

La Corte IDH ha inscrito el derecho a la libertad personal dentro de la libertad general del ser humano. Al definir el bien tutelado por el artículo 7 de la CADH, la Corte IDH ha señalado que los derechos humanos garantizados en el Pacto de San José –incluyendo el previsto en este artículo–, son manifestaciones específicas de esa libertad general, ya que:

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. *La libertad*, definida así, *es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona*, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.¹

En lo concerniente al artículo 7 de la CADH, la Corte IDH ha aclarado que “este protege exclusivamente el derecho a la libertad física...”,² lo cual no resta significación a este derecho sino más bien la pone de relieve, pues dicha libertad es el estado natural de la persona, aquel en el cual puede, sin cortapisas o barreras físicas, “organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”. Las personas que sufren una privación de libertad siguen siendo

¹ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 52. (énfasis agregado)

² *Ibidem*, párr. 53.

titulares de derechos humanos, pero no pueden disfrutar de todos ellos de manera plena a consecuencia de las limitaciones ligadas a la situación de reclusión.

Adicionalmente, la Corte IDH ha subrayado la importancia del derecho a la libertad personal al señalar que: “cuando es vulnerado [el mismo derecho a la libertad personal], genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”.³ Para la Corte IDH la *detención implica ya una situación de vulnerabilidad, la cual “se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria”*.⁴ De allí, en buena medida, las especiales cautelas con las cuales la CADH rodea toda privación de libertad, incluyendo los medios de control previstos para evitar las privaciones ilegales o arbitrarias de la libertad, y de allí también los criterios garantistas que la Corte IDH ha fijado al respecto en su jurisprudencia. En este sentido, la Corte IDH ha declarado que: “el artículo 7 de la Convención Americana protege contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”,⁵ siendo ese el “contenido esencial” del derecho.⁶

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, la Corte IDH quiso delinear el ámbito protegido por el derecho a la libertad personal, que ya había sido considerado extensamente en su jurisprudencia. Después de precisar, que el artículo 7 de la CADH solo ampara la libertad física, agregó que este derecho: “cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”.⁷

Esta aproximación al concepto de libertad personal adolece de alguna vaguedad, ya que la libertad de circulación prevista en el artículo 22 de la CADH cubre también “comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”.⁸ De ahí que algunas líneas después, la Corte IDH haya añadido algunas precisiones sobre el derecho a la libertad personal:

[...] este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, *la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción*.⁹

Estas consideraciones ayudan a delimitar la esfera del derecho, pero introducen un criterio de diferenciación confuso, ya que respecto de muchos derechos podría decirse que la CADH regula sus posibles restricciones. No obstante, lo que explican esas afirmaciones de la Corte IDH es que el derecho a la libertad personal protege no propiamente una libertad de actuación, entendida como libertad de desplazamiento, sino más bien *el estado de libertad física o corporal del ser humano, que resulta afectado por medidas de inmovilización, retención, reclusión u otras análogas, que le impidan abandonar el sitio en que se encuentre*.¹⁰ A esta clase de injerencias se refieren justamente las garantías establecidas en el artículo 7 de la CADH, pues se ampara a la persona frente a las medidas que impliquen privarla del estado o situación de libertad física.

3 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 87.

4 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 127. (énfasis agregado)

5 Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 76.

6 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 114.

7 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 53.

8 Ver el comentario al artículo 22 (derecho de circulación y de residencia) a cargo de Uprimny y Sánchez.

9 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 53. (énfasis agregado)

10 Casal H., J. M. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. CEPC, Madrid, 1998, pp.204 y ss.

Esta es la doctrina jurisprudencial consolidada de la Corte IDH sobre el ámbito del derecho a la libertad personal. Sin embargo, en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, la Corte IDH adoptó un concepto más extenso de la libertad personal al sostener que:

[...] este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.¹¹

Como puede apreciarse, la Corte IDH asevera que esta lectura del artículo 7 de la CADH es la interpretación que habitualmente ha dado al derecho a la libertad personal allí reconocido, lo cual no es del todo correcto. En realidad, en el caso de *“Fecundación in vitro”* se intentó introducir una noción de la libertad que protege este artículo 7 más amplia que la tradicional en la jurisprudencia de la Corte, lo cual resulta confirmado cuando se consultan las referencias a casos previos que contiene en este punto la sentencia, pues alude al caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,¹² que al enunciar un concepto extenso de libertad lo hizo en el contexto del artículo 11 de la CADH, relativo al derecho a la vida privada y familiar, y al caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* que, como vimos, distingue entre la libertad general y la garantizada por el artículo 7. Las sentencias posteriores de la Corte IDH mantienen la interpretación usual del derecho.

En este sentido es pertinente aludir a la opinión consultiva de la Corte IDH relativa a los *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de la cual se colige que el concepto clave para delimitar el ámbito protegido por el artículo 7 de la CADH es el de la privación de libertad, que ha de ser entendido ampliamente. Según la Corte IDH:

el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local es el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado.¹³

La opinión consultiva emplea también la expresión “restricción” de la libertad, pero al explicar su alcance la termina equiparando con el concepto amplio de privación de libertad ya reproducido.¹⁴ En esta ocasión, la Corte IDH precisó que la noción de privación de libertad es un concepto autónomo de la CADH, que por tanto no depende, para su delimitación, de lo establecido en las legislaciones nacionales o de la terminología que utilicen.¹⁵

Otro contenido tutelado por el citado artículo 7 de la CADH es el derecho a la seguridad. El primer numeral de este precepto reconoce a toda persona el “derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Esta alusión a la seguridad pudiera conducir a pensar que se está consagrando un derecho sustancialmente distinto o separado de la libertad personal, acaso atribuyéndole una significación asociada a la garantía de la seguridad pública. No obstante, siguiendo la jurisprudencia del TEDH acerca de la interpretación de esta cláusula en el artículo 5 del CEDH,¹⁶ la Corte IDH ha sostenido que la “seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad

11 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 142. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH asomó la idea de que la libertad personal protegida por el artículo 7 comprendería la facultad de la persona de autodeterminación y de “escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia”, pero en el caso particular examinaba una privación de libertad en sentido estricto. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 129.

12 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de FRC. 2012, párr. 136.

13 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 145.

14 *Ibidem*, párrs. 186-187.

15 *Ibidem*, párr. 145.

16 Casal H., J. M. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, op. cit., pp.53 y ss.

física”.¹⁷ La Corte IDH no precisa el alcance de esta seguridad personal, pero con esta parca formulación está remitiendo tácitamente a los criterios vertidos en el sistema europeo de derechos humanos, en el cual la seguridad “debe ser entendida en el contexto de la libertad”,¹⁸ como concepto que apunta al reforzamiento de las garantías previstas a fin de evitar privaciones ilegales o arbitrarias de la libertad y de brindar protección a la persona afectada por una detención, retención o prisión. Además, la seguridad personal supone amparar a la persona frente a amenazas fundadas de privación indebida de la libertad.

El Comité DHONU ha afirmado que el artículo 9 del PIDCP, que reconoce el derecho “a la libertad y a la seguridad personales”, comprende la protección frente a amenazas de muerte. En este sentido, en un caso relativo a amenazas contra la vida de una persona sostuvo que: “[u]na interpretación del artículo 9 que permitiera a un Estado Parte ignorar una amenaza a la seguridad de personas no detenidas o presas dentro de su jurisdicción haría totalmente ineficaces las garantías del Pacto”.¹⁹ Esta apreciación merecería a nuestro juicio la objeción de que la protección ante amenazas contra la vida de una persona se deriva del artículo 6 del Pacto, que reconoce el derecho a la vida y precisa que: “[e]ste derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Recuérdese que la Corte IDH ha insistido, desde el comienzo de su jurisprudencia,²⁰ en la importancia de las obligaciones que recaen sobre el Estado en virtud del deber de garantía de los derechos humanos establecido en el artículo 1.1. de la CADH. La garantía de estos derechos comprende la obligación de prevenir las violaciones a los derechos humanos, lo cual tiene obviamente consecuencias en el plano de la seguridad pública y de la protección del derecho a la vida (art. 4 de la CADH) frente a amenazas que lo pongan en riesgo, con independencia de que las personas afectadas se encuentren o no privadas de la libertad. Tal como lo ha sostenido:

La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1. de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.²¹

Delimitado así el ámbito protegido por el derecho a la libertad y a la seguridad personal, reconocido en el artículo 7 de la CADH, conviene añadir que este ampara frente a toda clase de privaciones de la libertad, aun cuando sean de corta duración. La Corte IDH ha tenido la oportunidad de establecer que dicho artículo rige incluso en el caso de controles de la identidad que comporten la “demora” o retención por pocas horas de un individuo a los fines de su identificación. En este sentido, sostuvo que:

[...] para los efectos del artículo 7 de la Convención, una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta sea compatible con la Convención.²²

Este criterio fue ratificado en el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, en cuya sentencia la Corte IDH introdujo, no obstante, una ambigüedad al referirse, tangencialmente, a la aplicabilidad o no del artículo 7 de la CADH a las privaciones de libertad practicadas en puestos de control fronterizo con fines de identificación. Los hechos examinados por la Corte IDH en este

17 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 53.

18 Casal H., J. M., *op. cit.*, p.54.

19 Comité DHONU. *Caso Delgado Páez vs. Colombia*, n.º 195/85. Decisión de 12 de julio de 1990. párr. 5.5.

20 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 166 y ss.

21 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 84.

22 Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 76.

caso se relacionaban con personas que habían ingresado ya al territorio dominicano, razón por la cual la Corte IDH contrastó esta situación con la de quienes son sometidos a controles de la identidad en puestos de seguridad ubicados en la frontera:

[...] dado que la detención se realizó dentro del territorio dominicano y no en el ingreso a la frontera (infra párr. 151), momento en el cual se podría, en principio, retener a los migrantes para realizar un control de identificación, la Corte analizará la alegada detención a la luz de los requisitos de excepcionalidad del artículo 7 de la Convención Americana, y no como una privación de libertad por razones de verificación de identidad y/o control fronterizo.²³

De tal manera que las privaciones de libertad efectuadas en puestos de control fronterizos quedan sometidas, cualquiera que sea su finalidad, al artículo 7 de la CADH y al criterio de excepcionalidad. Un asunto distinto es que los controles fronterizos puedan llevar consigo ciertas restricciones al libre desplazamiento o circulación, o comportar situaciones de breve inmovilización, pero aquello que sobrepase ese límite y represente una privación de libertad debe desencadenar todas las consecuencias de la protección de la libertad personal según el artículo 7 de la CADH.²⁴

3. Titulares

El derecho a la libertad personal es un derecho de toda persona, tal como lo expresa el artículo 7 de la CADH. El asunto es tan claro que no merecería mayor consideración. Resulta pertinente en todo caso recordar que los niños, niñas o adolescentes son igualmente titulares de este derecho y que puede ser invocado, en ciertas circunstancias, incluso frente a medidas acordadas con la anuencia de sus padres o representantes legales o a solicitud de los mismos.²⁵

Los extranjeros también son titulares del derecho a la libertad personal. Huelga decirlo, pero las prácticas discriminatorias que en este ámbito han realizado algunos Estados hacen pertinente la aclaratoria. Además, la evolución del derecho internacional y del derecho público, en general en esta materia, aconseja hacer mención a los cambios operados, al menos normativamente, en la posición jurídica del extranjero, aun del que se encuentre ilegalmente en algún Estado. Este hecho ha llevado a introducir correctivos en la visión según la cual todo extranjero que no pudiera acreditar la estancia legal en algún país podía ser automáticamente privado de libertad mientras se resolvía su situación migratoria. La Corte IDH ha tenido oportunidad de señalar que el extranjero no solo es titular del derecho a la libertad personal sino puede encontrarse, sobre todo si es un migrante indocumentado, en una situación de vulnerabilidad que exija una protección especial; en palabras de la Corte IDH: “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad”.²⁶

Es asimismo innecesario decir que son titulares de este derecho las personas afectadas por alguna discapacidad mental, aunque la praxis institucional imperante en ciertos contextos hace recomendable enfatizar que la privación de libertad de quienes sufran una discapacidad psíquica tiene que ser un recurso extremo, cada vez más extremo en virtud de los avances de la ciencia y del conocimiento sobre los abusos que estas personas suelen padecer durante un internamiento.²⁷

23 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 153. (énfasis agregado)

24 Casal H., J. M., *op. cit.*, pp. 50 y ss.

25 Casal H., J. M., *op. cit.*, pp. 35 y 36.

26 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párrs. 98 y ss.

27 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006. Asimismo, ver el voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

4. Contenido general del derecho y posibles limitaciones legislativas

El artículo 7 de la CADH contiene principios y reglas que definen el alcance jurídico del derecho a la libertad personal. El artículo 7.1. formula el derecho de manera general, al reconocer a toda persona el “derecho a la libertad y a la seguridad personales”, lo cual se traduce en la exigencia normativa de procurar, tanto como sea posible, la preservación del estado de libertad física de cada ser humano.

El numeral 1 del artículo 7 enuncia el contenido general del derecho a la libertad personal y los demás incisos de ese mismo artículo consagran sus garantías específicas. En palabras de la Corte IDH:

El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2.) o arbitrariamente (art. 7.3.), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4.), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5.), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6.) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7.).²⁸

La conexión entre el derecho y sus garantías determina que toda vulneración de los incisos 2 al 7 del artículo 7 de la CADH comporte igualmente una violación de su numeral 1:

[...] la Corte resalta que cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1. de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.²⁹

En ocasiones, la Corte IDH declara la violación directa del numeral 1 del artículo 7 sin examinar la posible vulneración de los restantes incisos. Así, el artículo 7.1. resulta infringido cuando el tribunal que acuerde una sanción privativa de la libertad carezca manifiestamente de la competencia e imparcialidad para el juzgamiento del inculcado, en los términos del artículo 8.1. de la CADH. Tal como lo estableció la Corte IDH en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*:

[...] esta Corte concluyó que el tribunal que juzgó al señor Usón Ramírez carecía de competencia e imparcialidad, presupuestos esenciales del debido proceso. Dicha situación proyecta sus efectos sobre todo el procedimiento, viciándolo desde su origen, así como a las consecuencias derivadas del mismo. En este sentido, toda actuación de un tribunal manifiestamente incompetente que derive en una restricción o privación a la libertad personal, como las ocurridas en el presente caso en perjuicio del señor Usón Ramírez, determina la consecuente violación al artículo 7.1. de la Convención Americana.³⁰

El derecho a la libertad personal admite restricciones, que deben ajustarse a los artículos 30 y 32.2. de la CADH. En este sentido, el artículo 7.2. del mismo texto convencional establece, como principio, que nadie puede ser privado de su libertad física, pero a continuación deja a salvo la posibilidad de adoptar injerencias en este derecho, “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Esto implica una remisión a la facultad de los Estados partes de dictar normas que contemplen supuestos de privación de la libertad, pero tal remisión no es indeterminada sino contiene ciertos parámetros, ya que, además de la necesidad de que tales normas estén contenidas en la constitución o en leyes cónsonas

28 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*: EPFRC. 2007. Igualmente, ver Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 124.

29 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*: EPFRC. 2007, párr. 54.

30 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 148.

con ella, se exige que las mismas precisen las “causas” y las “condiciones” en las cuales la privación de libertad puede ordenarse.

Este numeral 2 del artículo 7 de la CADH recoge, como ha sostenido la Corte IDH, “la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal”.³¹ Este precepto formula, ciertamente, una reserva de ley, al determinar que solo las leyes pueden establecer privaciones de la libertad. Y las leyes dictadas para preverlas deben señalar los casos en que la privación de libertad es admisible y las condiciones de su adopción, por lo que tales normas deben especificar los supuestos de hecho en los que cabe practicar esa medida y los requisitos formales o procedimentales que deben cumplirse para su licitud. Al respecto, la Corte IDH ha afirmado que: “nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”.³² Este aspecto de la reserva legal que la Corte IDH denomina material se refiere a la previsión normativa de las causales de la privación de libertad –por contraste con los requisitos de índole procedimental–, lo cual en realidad es más un asunto formal-normativo que material o sustancial, el cual se examinará al comentar el numeral 3 del artículo 7.

Del artículo 7.2. y de la reserva legal que prescribe se colige “el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente”.³³ El concepto de ley del cual ha de partirse al interpretar esta disposición es un asunto que ha sido esclarecido por la jurisprudencia de la Corte IDH con relación a la limitación de cualquiera de los derechos que consagra,³⁴ lo cual ha sido aplicado al ámbito de la libertad personal.³⁵ Una singularidad del artículo 7.2. es que se refiere expresamente no solo a la base legal de la privación de libertad sino también a la conformidad de las leyes correspondientes con la constitución. Puede afirmarse que esta conformidad es un presupuesto de la legalidad, por lo cual esta exigencia rige de manera general y no solo para el artículo 7.2. Pero, cuando el artículo 7.2. incorpora expresamente la alusión a la necesaria conformidad de las leyes respectivas con la constitución este requerimiento pasa directamente a ser de carácter convencional y los órganos del SIDH deben velar estrictamente por su cumplimiento.

La Corte IDH ha declarado que:

De este modo, el artículo 7.2. de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.³⁶

Lo dicho ocurre también cuando el requisito constitucional o legal omitido coincide con los exigidos por el propio artículo 7, caso en el cual se declara la violación tanto del artículo 7.2. como del inciso del artículo 7 que haya sido quebrantado.³⁷ Así, pues, el desconocimiento de la normativa interna comportará una violación de la CADH, lo cual se extiende a la contradicción que pueda existir entre la ley que contemple una privación de libertad y la Constitución.

Como muestra de la relevancia de la normativa interna en el examen de la conformidad con la CADH de una privación de libertad pueden mencionarse los casos *Castillo Páez vs. Perú* y *Suárez Rosero vs. Ecuador*, en los cuales la Corte IDH declaró la violación de los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la CADH, debido a que la detención de las respectivas víctimas se había producido sin orden judicial y

31 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 56.

32 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. FCR. 1994, párr. 47.

33 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 143.

34 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 38.

35 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 56.

36 *Ibidem*, párr. 57.

37 *Ibidem*, párr. 69.

sin que existiera flagrancia, contraviniendo lo dispuesto en la constitución y la legislación interna.³⁸ Es bastante ilustrativo que la Corte IDH, al referirse al basamento normativo de la violación de la libertad personal haya afirmado, en el primero de estos casos, que: “[l]o anterior tiene su fundamento en los artículos 7, incisos 2 y 3, de la CADH y 2º, inciso 20, letra g), de la Carta Política”,³⁹ con lo cual quedaba clara la importancia de la Constitución Peruana al examinar la violación de la CADH.

Sin perjuicio de lo expuesto, no siempre es fácil para la Corte IDH efectuar un examen propio sobre el cumplimiento de la normativa interna por parte de las autoridades nacionales, al momento de ordenar o practicar una privación de libertad. En ocasiones, la Corte IDH se apoya en el reconocimiento de responsabilidad por el Estado o en la manifiesta ilicitud de la privación de libertad, que simplifica el análisis de su conformidad con la normativa interna. Según los criterios sentados en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* y *Gangaram Panday vs. Surinam*, la renuencia del Estado a mostrar las fuentes normativas que permitirían evaluar la legalidad de la privación de libertad juega a favor del alegato de violación de derechos humanos presentado ante la Corte IDH y puede bastar para declarar la violación del artículo 7.2. de la CADH.⁴⁰ Con relación a la comprobación de los hechos referidos a la observancia de las condiciones establecidas en la normativa nacional para adoptar una privación de libertad, la Corte IDH ha sostenido que corresponde al Estado demostrar que estas han sido satisfechas; así lo ha declarado en casos relativos a la necesaria existencia de flagrancia para practicar una detención sin orden judicial.⁴¹

Al constatar la existencia de una detención contraria a la constitución o a las leyes internas, la Corte IDH a veces también afirma que aquella es arbitraria, por lo que declara la violación de los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la CADH, sobre todo en el contexto de privaciones de libertad evidentemente ilegítimas, que carecen de base legal o se adoptan infringiendo la normativa interna y pueden ser tildadas, adicionalmente, de arbitrarias.⁴² Aunque ello no significa que la ilegalidad de una privación de libertad equivalga a su arbitrariedad, como enseguida explicaremos al comentar el inciso 3 del artículo 7.

En algunas sentencias de la Corte IDH se ha sostenido que el requisito de la legalidad de la privación de libertad comprende el de la tipicidad que debe satisfacer el correspondiente precepto. En tal sentido se ha señalado que:

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física.⁴³

Este pronunciamiento fue dictado en un caso en el que la violación de derechos que estaba siendo examinada se relacionaba con la licitud de medidas de carácter procesal, como la prisión provisional o preventiva, adoptadas durante un juicio penal, no con la tipificación de la conducta delictiva propiamente dicha. Ello refuerza la idea de que la Corte IDH entiende que la tipicidad es una exigencia general dimanante del artículo 7.2. de la CADH, aplicable más allá del ámbito de la previsión de las conductas consideradas delictivas y de las respectivas sanciones.

El artículo 7.2. de la CADH apunta ciertamente en esta dirección, al disponer que las causas y condiciones de toda privación de libertad deben haber sido fijadas “de antemano” por la ley, lo cual presupone una previsibilidad asociada a la precisión de la regulación legislativa, con la consecuente mensurabilidad de la actuación estatal destinada a afectar la libertad personal. Aunque la Corte IDH no siempre ha sido consecuente con esta idea, pues alguna vez ha examinado desde la óptica del artículo 7.3.

38 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 56. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 44.

39 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 56.

40 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 135. Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. FCR. 1994, párrs. 49-51.

41 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 118.

42 Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párrs. 76 y 80.

43 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 57.

(prohibición de detenciones arbitrarias), no en el marco del artículo 7.2., la falta de previsibilidad de la conducta que puede dar lugar a una privación de libertad, en virtud de la indeterminación de la norma correspondiente.⁴⁴

En cualquier caso, el examen de la tipicidad irá seguramente acompañado de un escrutinio más severo cuando se trate de la configuración normativa del hecho punible como tal, supuesto en el cual concurriría el artículo 9 de la CADH.

Junto a esta condición formal para la previsión de privaciones de la libertad, se encuentran requisitos materiales de validez que deben ser satisfechos, los cuales son analizados por la jurisprudencia en el marco de la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad o de garantías específicas de la libertad personal, como la relativa al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad.

5. La prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad

El artículo 7 de la CADH, además de exigir en su inciso 2, que toda privación de libertad sea ordenada en los casos y de acuerdo con las condiciones que la ley establezca, dispone que: “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios” (art. 7.3.). De este precepto se desprende el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente,⁴⁵ el cual complementa el antes comentado derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2.).

La prohibición de privaciones ilegales de la libertad atiende a un criterio formal y procedimental, mientras que *la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad responde a un criterio fundamentalmente material o sustancial*. No basta que una detención sea conforme a la constitución y las leyes de un país para considerarla lícita o legítima, ya que adicionalmente es preciso *que esta normatividad se ajuste a principios materiales de razonabilidad o proporcionalidad*. Al examinar la prohibición de arbitrariedad del artículo 7.3. de la CADH, ha de tenerse en cuenta que:

[...] se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.⁴⁶

Esta alusión al necesario respeto a los derechos fundamentales del individuo apunta principalmente al derecho a la libertad personal como elemento material o sustancial, en los términos del artículo 7.1., lo cual implica que la legislación interna debe regular este derecho, de tal manera que no sea lesionado. La lesión se produce, desde esta óptica material, cuando la privación de libertad carece de justificación. La falta de razonabilidad o de proporcionalidad a la cual se refiere la sentencia consiste justamente en que la privación de libertad, aun teniendo base en la ley, no sea realmente necesaria en el caso en que fue adoptada o resulte desmesurada.

La alusión a la imprevisibilidad contenida en el párrafo citado corresponde conceptualmente, en rigor, a la exigencia de legalidad del artículo 7.2. de la CADH, según se explicó. No obstante, la Corte IDH la ha invocado en el contexto de la prohibición de arbitrariedad cuando la generalidad o indeterminación de una norma permite a los funcionarios policiales actuar en cualquier circunstancia, de manera imprevisible, lo cual presupone haber soslayado los criterios materiales relacionados con la excepcionalidad de las privaciones de la libertad. La Corte IDH ha sostenido que “una restricción a la libertad que no esté basada en una causa o motivo concretos puede ser arbitraria y, por tanto, violatoria del artículo 7.3. de la Convención”.⁴⁷

44 Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 80.

45 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 143.

46 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. FCR. 1994, párr. 47.

47 Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 78.

Las condiciones materiales de razonabilidad o proporcionalidad normalmente están también contenidas en las constituciones o leyes nacionales, por lo que una privación arbitraria de la libertad, en el sentido ahora expuesto, generalmente sería también ilegal a la luz del artículo 7.2., pero el artículo 7.3. incorpora parámetros propios de la CADH al control de las privaciones de libertad, de tal forma que, con independencia de lo que disponga el derecho interno, la CADH rechaza las privaciones de libertad que no cumplan tales requerimientos.

De manera general, se consideran arbitrarias las privaciones de libertad que no responden a causas específicas o motivos objetivos y concretos, sino que se adoptan con base en supuestos indeterminados, como la mera sospecha, o en simples presunciones o conjeturas. En igual sentido, son arbitrarias las detenciones que no se fundamenten en motivos razonables, en particular las que supongan una discriminación por razones de nacionalidad, de raza u otra condición. También merecen tal calificación las privaciones de libertad por tiempo indefinido o que se prolonguen excesivamente.⁴⁸

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido perfilando esos parámetros materiales o sustanciales, especialmente en cuanto a la privación de libertad del imputado ordenada, como medida provisional, dentro del proceso penal. En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* se recogió la doctrina fundamental sobre esta cuestión, construida con base en decisiones previas:

En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a este deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3. de la Convención.⁴⁹

Este párrafo recoge los requisitos que debe reunir toda privación de libertad para no ser arbitraria, los cuales se contraen a los elementos del principio de proporcionalidad, que ha sido adoptado en diversos ámbitos por la jurisprudencia interamericana.⁵⁰ Se trata de las exigencias de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad* en sentido estricto, cuya aplicación presupone la determinación del fin de la medida restrictiva y la verificación de su compatibilidad con la CADH.

Estas exigencias se conectan con la excepcionalidad de la privación de la libertad, que ha sido invocada especialmente en el ámbito del proceso penal, aunque rige de manera general, y la Corte IDH la ha fundamentado aduciendo que:

48 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 408. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párrs. 320 y 326. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párrs. 193-194.

49 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 93.

50 *Cfr.*, entre otros, Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párrs. 96 y 129. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párrs. 56 y ss.

[...] las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.⁵¹

En lo que concierne a la finalidad de la privación de libertad del imputado o acusado, acordada con carácter provisional en el proceso penal, la Corte IDH ha vinculado reiteradamente la prohibición de arbitrariedad contenida en el artículo 7.3. con la determinación de los fines que pueden fundamentar la detención. Al respecto, ha sostenido insistentemente que las únicas dos justificaciones admisibles son las de “asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia”.⁵² Ello, en virtud de la presunción de inocencia y del propio derecho a la libertad personal, lo cual será comentado posteriormente. La detención o prisión provisional del imputado o acusado que obedezca a un objetivo diferente, típicamente de prevención policial o penal, es calificada de arbitraria y contraria a dicho precepto.⁵³

También son arbitrarias las detenciones practicadas con base en evidencias aparentes de comisión de un crimen que deben ser corroboradas mediante procedimientos técnicos o científicos, cuando la privación de libertad se prolonga sin que las autoridades procedan a efectuar tales verificaciones. En el fondo, aquí la arbitrariedad está asociada al menosprecio o completo desconocimiento del derecho afectado.⁵⁴

La prohibición de la privación arbitraria de la libertad se proyecta adicionalmente sobre aspectos formales referidos a la motivación de las decisiones privativas de la libertad. La Corte IDH señala que toda medida privativa de la libertad debe ser suficientemente motivada, pues, de lo contrario, al no ser posible o al dificultarse de sobremanera el examen de la observancia de las condiciones materiales mencionadas, o al quedar en evidencia que se ignoró el principio de proporcionalidad, se estaría violando la prohibición de detención arbitraria del artículo 7.3. de la CADH.⁵⁵

Esta exigencia de motivación no se cumple con la simple enunciación de las normas pertinentes: “[e]l mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana”.⁵⁶ La Corte IDH suele examinar la observancia de este requisito cuando conoce de casos relativos a la prisión provisional o preventiva de un acusado, ya que para verificar si esta se ha mantenido dentro de los límites de una medida estrictamente procesal o cautelar –nunca policial o punitiva–, es preciso analizar el razonamiento vertido en el fallo judicial, cuya inexistencia basta para entender que la privación de libertad fue arbitraria.⁵⁷

En la jurisprudencia de la Corte IDH pueden identificarse dos constelaciones de casos en los que se ha afirmado que ha habido una infracción del artículo 7.3. de la CADH: 1) por un lado, las situaciones de secuestro o desaparición forzada o de detenciones seguidas de asesinatos, a menudo inscritas en un cuadro general de violencia o conflicto armado y, 2) por otro lado, las medidas de prisión preventiva que quebrantan el principio de proporcionalidad. Las primeras caracterizaron una etapa inicial de la jurisprudencia interamericana y –lamentablemente– se mantienen presentes, entre ellos se encuentran las

51 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 197.

52 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 93. Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 90. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, párr. 111.

53 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 163.

54 Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, párrs. 63 y ss.

55 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párrs. 115-116.

56 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 116.

57 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 216. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 143-144. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párrs. 105 y ss.

sentencias de los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* y *Cantoral Benavides vs. Perú*,⁵⁸ llegándose posteriormente a los de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*; la “Masacre de Mapiripán” vs. *Colombia*; las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*; las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*; y *Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala*.⁵⁹ En estas circunstancias, la privación arbitraria de la libertad forma parte de una violación ulterior y más grave de los derechos humanos, consistente en la tortura y el asesinato o la desaparición forzada. Como aseveró la Corte IDH en algunos de los casos citados: “la privación de libertad con la cual inicia una desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, es contraria al artículo 7 de la Convención Americana”.⁶⁰ Las sentencias de la Corte IDH referidas a la prisión preventiva y a la falta de proporcionalidad al adoptarla, que suelen abordar circunstancias insertas en un contexto institucional diferente, serán examinadas posteriormente.

Conviene apuntar, por último, que si bien no debe confundirse la detención ilegal con la arbitraria, estas pueden coincidir. La Corte IDH parte, como ya se estableció, de la distinción entre la ilegalidad y la arbitrariedad de la privación de la libertad, que adquiere especial relevancia cuando una detención se adopta conforme a la ley, pero quebrantando principios materiales que la jurisprudencia ha hecho explícitos. De allí, que la Corte IDH sostenga que: “la arbitrariedad de la que habla el artículo 7.3. convencional tiene un contenido jurídico propio, cuyo análisis sólo es necesario cuando se trata de detenciones consideradas legales”.⁶¹ Sin embargo, en ocasiones, la violación del derecho a la libertad es tan grave en términos formales y materiales que la Corte IDH la considera ilegal y arbitraria.

Una privación de la libertad ajustada a la ley puede ser arbitraria, pero una privación de libertad puede ser a la vez ilegal y arbitraria. A manera de ejemplo, las privaciones de libertad ligadas a torturas, asesinatos o desapariciones forzadas, así como las enmarcadas en un cuadro general de abuso de poder, son calificadas frecuentemente por la jurisprudencia como ilegales y arbitrarias.⁶² Algo similar ocurre cuando es manifiesta la incompetencia del órgano judicial que ordenó la detención,⁶³ o cuando la ilegalidad está relacionada con la ausencia de una razón fundada para la privación de libertad,⁶⁴ o, en particular, en la existencia de pautas discriminatorias de actuación policial que hayan motivado la detención.⁶⁵

Por otro lado, en ocasiones, el incumplimiento de alguna de las garantías particulares de la libertad personal contenidas en los incisos 4 al 7 del artículo 7 de la CADH conduce a la declaratoria de la arbitrariedad de la detención, lo cual puede implicar que la Corte IDH no considere necesario examinar las circunstancias que motivaron la privación de libertad. Así, la Corte IDH ha declarado que: “dada la falta de remisión *sin demora* ante la autoridad competente, el Tribunal considera que esta irregularidad en el control de la detención la transformó en arbitraria y no estima pertinente hacer ningún tipo de pronunciamiento sobre la causa que originó la misma”.⁶⁶

5.1. Detenciones masivas o colectivas

Un tipo de privación de libertad que la Corte IDH ha considerado categóricamente como arbitraria son las *razzias* o detenciones masivas o colectivas programadas. Son dignos de mención los casos

58 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

59 Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012.

60 Cfr. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 198.

61 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 127.

62 Ver Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 80.

63 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008, párr. 100.

64 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 164.

65 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 364.

66 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 102. (énfasis agregado)

Bulacio vs. Argentina y Servellón García y otros vs. Honduras, en los cuales fueron censuradas tales detenciones, que no responden a la individualización de una conducta punible sino a motivos genéricos y puramente preventivos. Al respecto se sostuvo, en el primer caso, que:

Las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia– y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.⁶⁷

Y en el segundo se precisó que:

El Tribunal entiende que la detención colectiva puede representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana cuando el Estado cuenta con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial.

Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención legal y arbitraria[...].⁶⁸

Esta mención a la ausencia de ‘causa legal’ se refiere no propiamente a que la medida carezca de sustento legal, sino a la *falta de individualización de conductas punibles*, todo lo cual llevó a la Corte IDH a declarar que el Estado no puede realizar tales detenciones en ninguna circunstancia.⁶⁹

5.2. Detenciones en controles migratorios

La Corte IDH ha sostenido igualmente que son inaceptables, por contrariar la prohibición prevista en el artículo 7.3. del Pacto de San José, las privaciones de libertad adoptadas con fines de control migratorio, cuando estas tengan un carácter punitivo. En particular, se ha examinado la situación de personas detenidas para ser condenadas penalmente, por haber infringido la normativa relativa al control de la migración irregular, y la Corte IDH ha establecido, siguiendo al Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas, “la incompatibilidad con la Convención Americana de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular”.⁷⁰

Se admite la posibilidad de una privación de libertad destinada a controlar el ingreso o permanencia irregular de extranjeros en un país, pero las medidas respectivas: “deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación”.⁷¹ Las políticas de control migratorio y las correspondientes decisiones son, pues, arbitrarias si imponen la detención con carácter obligatorio en los procedimientos de control migratorio o si prescinden del examen de la necesidad de la privación de libertad de manera individualizada. En tal sentido, se ha declarado que el artículo 7.3. resulta infringido cuando la justificación de la detención del migrante no ha sido evaluada antes de practicarla.⁷²

67 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 137.

68 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 92-93.

69 *Ibidem*, párr. 96.

70 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 359. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 169.

71 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 359. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 171.

72 En el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, “la orden de detención de personas migrantes en situación irregular procedía de manera automática tras la aprehensión inicial, sin consideración de las circunstancias individualizadas”. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 118.

Estos estándares son aún más estrictos cuando se trata de la detención de niños o niñas, ya que en estos supuestos no se considera lícita una detención durante el desarrollo de procedimientos migratorios, debiendo perverse otras medidas.⁷³

También son arbitrarias las detenciones de extranjeros acordadas, no para someterlos a un procedimiento formal que permitiera determinar su estatus migratorio u ordenar su expulsión o deportación, sino con propósitos punitivos encubiertos o como medio para lograr expeditivamente la deportación al margen de los procedimientos y de las competencias contemplados por la ley.⁷⁴

En el marco de procedimientos de control migratorio, se ha estimado que el artículo 7.3. resulta vulnerado cuando la ley no fija límites temporales a la privación de libertad, “lo cual favorece la prolongación indebida de la detención de personas migrantes transformándolas en una medida punitiva”.⁷⁵

6. Derecho de toda persona detenida o retenida a conocer los motivos de la privación de la libertad y los cargos formulados contra ella

De acuerdo con el artículo 7.4. de la CADH, toda persona “detenida o retenida” debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. Este derecho cumple una relevante función de garantía de la libertad personal, ya que permite al afectado tener conocimiento oportuno de los motivos de su detención, con lo cual puede activar mecanismos de defensa de la libertad personal frente a una medida que considera ilegal o arbitraria. Esto, a su vez, facilita el ejercicio del control judicial sobre las privaciones de la libertad.⁷⁶ Además, en el caso de detenciones enmarcadas en un proceso penal, coloca al detenido en condiciones de preparar su defensa frente a la imputación formulada. Por eso, la Corte IDH ha afirmado que este derecho representa “un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho a la defensa del individuo detenido”.⁷⁷ A la luz de la jurisprudencia antes comentada, resulta patente la significación de estas garantías, pues estas reducen las posibilidades de que se cometa o prolongue una privación ilegal o arbitraria de la libertad, con los riesgos que comporta sobre otros derechos fundamentales de la persona.

El inciso 4 del artículo 7, al igual que los incisos 5 y 6, impone obligaciones positivas “tanto a los agentes del Estado como a terceros que actúen con la tolerancia o anuencia de este y sean responsables de la detención”.⁷⁸ Cuando la CADH establece que este derecho corresponde a toda persona ‘detenida o retenida’ quiere poner de manifiesto que puede invocarse frente a toda privación de libertad, con independencia de la calificación o denominación que reciba en el ordenamiento jurídico interno. La alusión a la retención es particularmente ilustrativa de esta idea, ya que no es un concepto técnico procesal, sino más bien un término surgido en ciertos medios policiales para crear o cohonestar espacios vacíos de garantías frente a personas realmente privadas de libertad aunque no formalmente detenidas.

La primera parte del inciso 4 del artículo 7 alude a la información de las razones de la privación de libertad. Estas deben ser comunicadas de inmediato, al momento de practicarse la detención.⁷⁹ Ello es fundamental para que el artículo 7.4. pueda cumplir su función de evitar detenciones ilegales o arbitrarias. Este derecho rige frente a toda privación de libertad, relacionada o no con un proceso o imputación

73 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 160. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 360.

74 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 368. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 136.

75 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 117.

76 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 149.

77 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 105.

78 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 108.

79 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 227.

penal y, en lo concerniente a estas últimas, incluso frente a detenciones practicadas en flagrancia.⁸⁰ La jurisprudencia ha enfatizado, en recientes decisiones, que esta garantía y la obligación correspondiente rige respecto de las privaciones de libertad adoptadas con fines de identificación o de control migratorio.⁸¹ Además que, al tratarse de un extranjero, la comunicación de los motivos de la privación de libertad debe producirse en un idioma que este comprenda.⁸²

La información que debe ser proporcionada es la necesaria para que el afectado entienda que está siendo detenido y por qué. Se trata de comunicar al detenido, verbalmente o por escrito,⁸³ las razones fundamentales tanto fácticas como jurídicas de la privación de libertad. Lo primero se refiere a los hechos que motiven la detención y, lo segundo, al basamento normativo de la misma, expresado de manera sencilla. En palabras de la Corte IDH:

La información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4. de la Convención si sólo se menciona la base legal.⁸⁴

La precisión de la Corte IDH sobre la importancia de que el afectado tenga claro que está siendo detenido es relevante, ya que la policía puede acudir, a veces con sustento en la legislación interna, a requerimientos de traslado a comisaría u otros análogos que, sin representar una detención clásica ni estar acompañados de una coacción actual, equivalgan a una privación de libertad, lo cual activa las garantías del artículo 7.

Si el detenido es menor de edad, dicha información debe ser proporcionada al afectado y a quienes ejercen su representación o custodia legal,⁸⁵ criterio que estimamos aplicable a la privación de libertad de personas que sufran una discapacidad mental y estén sujetos a interdicción u otro régimen civil semejante. En relación con los niños o niñas, se ha subrayado que tienen derecho a ser informados de los motivos de la privación de libertad mediante un lenguaje adecuado a su desarrollo o madurez y edad.⁸⁶

La jurisprudencia interamericana ha establecido que el artículo 7.4. comprende el derecho del detenido “a notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo un familiar o un abogado”,⁸⁷ y, cuando corresponda, a un funcionario consular.⁸⁸ La adscripción pretoriana de este derecho al artículo 7.4. de la CADH puede explicarse por la íntima conexión de aquel con la finalidad de este precepto, ya que *la posibilidad de entrar en contacto con personas allegadas, abogados o agentes consulares contribuye a evitar las detenciones ilegales o arbitrarias*. Además, teniendo en cuenta las numerosas situaciones de detenciones y desapariciones forzadas de personas que han sido sometidas a consideración de la Corte IDH es comprensible que la jurisprudencia haya incorporado este contenido al artículo 7.4., pues el rápido conocimiento por terceros de la privación de libertad mitiga el riesgo de desaparición forzada. El artículo 7.4. abarca también el derecho del detenido a ser puesto en conocimiento, en la oportunidad ya señalada, de los derechos con que cuenta.⁸⁹ Con respecto a los niños o niñas, la Corte IDH ha declarado que al comunicarles sus derechos con motivo de una privación de libertad debe hacerse mención, especialmente, a “su derecho a solicitar asilo; su derecho a contar con asistencia jurídica; su derecho a

80 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párrs. 83-84.

81 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 160. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 370.

82 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 197.

83 La información a que alude la primera parte del artículo 7.4 puede ser comunicada verbalmente y no es imprescindible mostrar la orden de detención. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 76.

84 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 71.

85 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 128.

86 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 197.

87 Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 93.

88 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 112.

89 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 109.

ser oído; su derecho de acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, su derecho a que se le designe un tutor”.⁹⁰ En el ámbito de los procedimientos de control migratorio, se ha añadido que el detenido debe ser puesto en conocimiento de los recursos o procedimientos de que dispone para lograr el control sobre la licitud de la privación de libertad.⁹¹

El derecho de informar a un familiar sobre la detención “cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad”,⁹² llegando a traducirse en el deber de la autoridad encargada de la custodia de notificar inmediatamente la detención a un familiar, tutor o representante del menor, adoptando las cautelas necesarias para que se haga efectiva.⁹³ La Corte IDH ha reconocido, igualmente, concatenando los derechos consagrados, entre otros, en los artículos 7, 8 (garantías judiciales) y 19 (derechos del niño) de la CADH, que los niños o niñas deben disponer inmediatamente, en cualquier caso de privación de su libertad, de asistencia letrada.

En lo que respecta a detenciones adoptadas en procedimientos de control migratorio, se ha subrayado que debe proporcionarse acceso rápido y gratuito a un profesional del derecho que brinde dicha asistencia. También debe garantizarse el derecho a contar con un traductor o intérprete, cuando el niño o niña no hable o comprenda el idioma del país receptor.⁹⁴

En lo que atañe al derecho del extranjero detenido a poner a un funcionario consular en conocimiento de la detención, así como a ser informado, al momento de la privación de libertad, de que dispone de ese derecho, conviene subrayar la íntima conexión que el mismo guarda con las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la CADH, ya que el derecho a la información sobre la asistencia consular forma parte de las garantías mínimas del debido proceso legal.⁹⁵ Algo similar puede afirmarse sobre el derecho del detenido a comunicar la detención a un abogado, lo cual incide directamente en las oportunidades de defensa y se vincula de igual manera con el artículo 8, especialmente en el marco de un proceso penal (art. 8, numeral 2, literal d).

La jurisprudencia insiste en que la información sobre los motivos de la privación de libertad debe proporcionarse en el momento en que esta se realiza. Como se estableció con anterioridad, esto es fundamental desde la perspectiva de la efectividad de la defensa frente a la detención, cualquiera sea su naturaleza. De ahí, que se haya establecido que resulta vulnerado el artículo 7.4. de la CADH cuando el detenido se entera de las razones de la privación de libertad con motivo del primer interrogatorio ante la autoridad.⁹⁶ Es evidente que en estos supuestos las posibilidades de protección jurídica frente a la detención y de defensa respecto de las imputaciones o señalamientos referidos al proceso principal se ven severamente restringidas. Este mismo criterio rige en lo atinente a la obligación de informar al detenido sobre los derechos que posee a causa de la privación de libertad. Así, en el ámbito de la asistencia consular se estableció que la correspondiente notificación debe efectuarse “al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que este rinda su primera declaración ante la autoridad”,⁹⁷ lo cual se ha extendido a la información que debe recibir el detenido sobre su derecho a comunicar la privación de libertad a un familiar o a su abogado.⁹⁸

De la jurisprudencia de la Corte IDH puede colegirse que recae sobre el Estado la carga de probar que han sido cumplidas las obligaciones de información antes mencionadas. En un caso en el que el

90 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 197.

91 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *Ibidem*, párr. 196.

92 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 130.

93 *Idem*.

94 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 170. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párrs. 189, 197 y 204.

95 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párrs. 121 y ss.

96 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párrs. 126-127.

97 *Ibidem*, párr. 106.

98 Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 93. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 112.

Estado había alegado que dicha información había sido proporcionada, y no había aportado ningún elemento de convicción, se señaló que:

[...] el Estado no probó que sus autoridades informaron al señor Chaparro de los motivos y razones de su detención, lo que constituye una violación del artículo 7.4. de la Convención y, por ser también contrario a la ley interna, del artículo 7.2. del mismo tratado.⁹⁹

Sin embargo, en una decisión posterior, la Corte IDH consideró suficiente que la representante de la víctima no hubiera objetado en la audiencia la afirmación del Estado acerca del cumplimiento de la obligación de notificación, a los fines de desestimar el señalamiento de vulneración del artículo 7.4. de la CADH,¹⁰⁰ con lo cual la carga probatoria ha sido relativizada.

En lo que respecta al derecho del detenido, consagrado en la segunda parte del artículo 7.4., a ser notificado, sin demora, del cargo o cargos formulados contra él, la jurisprudencia interamericana ha establecido que *esta notificación debe ser por escrito*.¹⁰¹ Ello está en consonancia con la funcionalidad de este derecho, que está más orientado al ejercicio de la defensa frente a una imputación o acusación que frente a la privación de libertad como tal. De ahí, también, que deba exigirse, a nuestro juicio, mayor amplitud en el contenido de la información proporcionada. La jurisprudencia ha aclarado que el cumplimiento en forma verbal del deber de notificación de los motivos de la privación de libertad no releva a las autoridades, en el marco de un proceso penal, de su obligación de comunicar por escrito los cargos que se le imputen, la cual suele ser evaluada en concordancia con lo requerido por el artículo 8.2. de la CADH.¹⁰² La oportunidad para suministrar esta información es, en principio, la misma que la exigida por la primera parte del artículo 7.4., aunque la finalidad, formas y extensión de aquella pudiera justificar en algunos casos que se proporcione, no al momento de la detención, sino tan pronto sea posible, siempre “sin demora” como lo prescribe el artículo 7.4., antes de la primera declaración ante la autoridad.

7. Derecho de toda persona detenida o retenida a ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario con funciones judiciales

El artículo 7.5. de la CADH reconoce, en su primera parte, el derecho de todo detenido o retenido a ser conducido sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Este derecho constituye otra de las garantías de la libertad personal que se traduce en obligaciones positivas a cargo del Estado. Su finalidad es también evitar detenciones ilegales o arbitrarias, lo cual alcanza en este numeral 5 del artículo 7 una especial significación, ya que el derecho y obligación de pronta conducción ante una autoridad judicial responde a la idea de que a ella corresponde verificar la observancia del conjunto de garantías de la libertad personal, incluyendo el examen de la licitud de la privación de libertad. De allí, que la Corte IDH haya advertido que:

[...] el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia.¹⁰³

El control judicial es, por tanto, fundamental frente a cualquier privación de libertad practicada por autoridades administrativas o policiales.¹⁰⁴ Al respecto, la Corte IDH ha aseverado que:

99 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 73.

100 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 150 y 198.

101 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 76.

102 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 198.

103 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 93.

104 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párrs. 64 y 88.

Tanto este Tribunal como la Corte Europea han considerado de particular importancia el pronto control judicial de las detenciones para prevenir las arbitrariedades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado.¹⁰⁵

Este control judicial es primordial para la protección de la libertad personal y también para evitar la perpetración de otras graves violaciones a los derechos humanos que a veces acompañan a una detención ilegal, arbitraria, o desprovista de garantías, puesto que la “[...] pronta intervención judicial es la que permitiría detectar y prevenir amenazas contra la vida o serios malos tratos [...]”.¹⁰⁶

7.1. Control judicial de la detención durante estados de excepción

La importancia de esta intervención judicial no cesa durante la declaración de un estado de excepción. La Corte IDH ha tenido oportunidad de establecer que, aun cuando la garantía de la pronta presentación del detenido ante una autoridad judicial hubiera sido válidamente suspendida en el contexto de un estado de excepción, *debe examinarse la justificación de la demora en la realización del traslado correspondiente*. Lo determinante en estas situaciones no es el lapso máximo ordinariamente fijado por la ley, afectado por la suspensión, sino un análisis de la proporcionalidad en la actuación de las autoridades, para determinar si se han ceñido a lo estrictamente necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la CADH (suspensión de garantías). En tal sentido, la Corte IDH ha declarado que: “la suspensión de ciertos aspectos del derecho a la libertad personal no puede significar que las acciones estatales puedan anular los controles jurisdiccionales sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones”. Así, en un caso en el que para la conducción del detenido ante el juez transcurrieron al menos 15 días, bajo estado de excepción, se constató una vulneración del artículo 7.5. en concordancia con otros de la CADH.¹⁰⁷

El derecho previsto en la primera parte del artículo 7.5. corresponde a todo detenido o retenido. Cabría preguntarse si, al igual que en la primera parte del artículo 7.4., la CADH reconoce este derecho a toda persona privada de libertad. La literalidad del artículo 7.5. y, sobre todo, una lectura sistemática del mismo, pudiera conducir a una respuesta negativa.

7.2. Exigibilidad del control judicial en toda privación de la libertad

El artículo 7.5. se refiere de manera principal o directa a la situación de las personas privadas de libertad con miras a un procesamiento o enjuiciamiento penal. De ahí, la mención del artículo 7.5. —en su segunda parte— al derecho del detenido a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad. Bajo esta interpretación, si la privación de libertad de un individuo no está enmarcada en una investigación o procesamiento penal, el control judicial habría de ejercerse mediante acción interpuesta por el afectado —o alguien que actúe en su nombre—, con base en el artículo 7.6. de la CADH, el cual resultaría en parte superfluo si toda privación de libertad estuviera sujeta al control automático u obligatorio establecido en el artículo 7.5.

Sin embargo, la evolución de los sistemas constitucionales nacionales y de las ideas jurídicas en torno a estos temas, reflejada en la jurisprudencia de la Corte IDH, han abonado la conclusión de que la primera parte del artículo 7.5. es aplicable *mutatis mutandis* a toda privación de libertad, por ejemplo la de un extranjero que esté ilegalmente en un país con miras a determinar su eventual expulsión, o la de una persona con una grave discapacidad mental, *quedando el artículo 7.6. como una vía complementaria de control judicial de las privaciones de la libertad*.

105 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 140.

106 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 135. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 371.

107 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 144.

Así lo determinó la Corte IDH en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, en el cual debió ocuparse de medidas privativas de la libertad que:

*no se encontraban relacionadas con la comisión de un delito penal, sino que respondían a [la] situación migratoria irregular [del Sr. Vélez Loor] derivada del ingreso a Panamá por una zona no autorizada, sin contar con los documentos necesarios y en infracción de una orden previa de deportación.*¹⁰⁸

En atención al principio *pro homine* o *pro persona*, y aludiendo a una diferencia relevante entre la CADH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos,¹⁰⁹ la Corte IDH declaró que:

A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5. de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal.¹¹⁰

La jurisprudencia relativa a los derechos de personas detenidas en el marco de procedimientos de control migratorio ha sido justamente la que más ha enfatizado el alcance general de la primera parte del artículo 7.5. de la CADH.¹¹¹

7.3. La autoridad que ejerza el control debe tener facultades para decidir sobre la libertad de la persona detenida

La obligación de llevar al detenido ante una autoridad judicial no se considera cumplida con la remisión de un informe ante un juez o con la puesta formal o documental del detenido a su disposición. La jurisprudencia interamericana exige el traslado y comparecencia personal ante el juez (intermediación procesal).¹¹² Esto se aviene con la finalidad perseguida por el artículo 7.5., en su primera parte, ya que esta comparecencia permite al juez verificar el estado físico en que se encuentra el detenido y facilita un pronto control judicial sobre la observancia de las garantías de la privación de libertad. Además, como ya se estableció, de esta forma también se previenen las desapariciones forzadas.

El detenido debe ser conducido ante un juez u “otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”. Ello no implica que esta autoridad deba ser forzosamente un tribunal en cuanto a su denominación o adscripción orgánica, pero *si supone que ostente y esté en condiciones de cumplir funciones judiciales o jurisdiccionales y esté facultada para decidir sobre la liberación de la persona detenida*. Por otro lado, para cumplir con lo dispuesto en dicha norma la autoridad con funciones judiciales debe haber examinado efectivamente la legalidad o licitud de la privación de libertad.¹¹³ Existe una vulneración del artículo 7.5. de la CADH no solo cuando el órgano respectivo se pronuncia sin realizar dicho examen, sino también cuando se adoptan medidas indebidas que impiden el traslado o

108 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 106. (énfasis agregado)

109 En dicho principio, como explica la Corte IDH: “[...] el derecho a ser llevado prontamente ante un juez u otro funcionario, previsto en el párr. 3 del artículo 5, se relaciona exclusivamente con la categoría de detenidos mencionados en el párr. 1.c de dicho artículo, esto es, los que están en espera de ser llevados ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que han cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirles que cometan una infracción o que huyan después de haberla cometido”. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013. nota de pie de página n.º 106.

110 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 107.

111 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 136. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 372.

112 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 118. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, párr. 78. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 124.

113 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 67.

presentación del detenido ante la autoridad competente. Así lo ha establecido la Corte IDH al referirse a actuaciones militares de control migratorio consistentes en la inmediata expulsión del migrante, al margen del procedimiento que prevé la intervención judicial.¹¹⁴

La jurisprudencia interamericana exige que esta autoridad o funcionario reúna los requisitos establecidos en el artículo 8.1. de la CADH, de manera que *debe ser competente conforme a una ley previa, y ha de ofrecer garantías de independencia e imparcialidad*. En tal sentido, la Corte IDH ha determinado que la conducción del detenido a un tribunal militar no es cónsona con el artículo 7.5. cuando se trata de un civil juzgado por tribunales militares, desprovistos además de imparcialidad e independencia.¹¹⁵ Igualmente, se ha considerado infringido el artículo 7.5. cuando el detenido ha sido trasladado ante un fiscal del Ministerio Público carente de facultades suficientes para salvaguardar la libertad y la integridad personal,¹¹⁶ o ante el fiscal naval que había emitido la orden de prisión preventiva.¹¹⁷ No obstante, tal como se indicó, la autoridad a que alude el artículo 7.5. no ha de ser forzosamente un juez o tribunal. En un caso referido a controles migratorios, la Corte IDH no descartó que dicho precepto fuera observado mediante la presentación del detenido ante el director del Departamento de Migración del Ministerio de Gobierno y Justicia.¹¹⁸

La conducción del detenido ante el juez u otro funcionario con funciones judiciales ha de producirse no solo para que este verifique el estado en que aquel se encuentra, sino también para que pueda ejercerse un control judicial apropiado sobre la privación de libertad. Esto supone que el juez tenga la oportunidad de oír al detenido para pronunciarse sobre la continuación o cesación de la privación de libertad, acordándose eventualmente medidas cautelares sustitutorias. De ahí, que no se haya considerado suficiente la presencia de un juez al momento de la detención, pues la “autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que este le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad”.¹¹⁹

La conducción ante la autoridad judicial debe tener lugar ‘sin demora’. La Corte IDH, siguiendo al TEDH, ha estimado que deben valorarse las circunstancias del caso concreto para determinar si el traslado del detenido ante el juez colma esta exigencia temporal.¹²⁰ En varios casos relativos a este derecho y obligación de pronta conducción, la Corte IDH ha declarado la vulneración del artículo 7.5. de la CADH por haber sido sobrepasado el lapso previsto en la legislación interna para llevar al detenido ante la autoridad judicial. Esta manera de proceder suscita ciertos interrogantes, ya que el mandato de llevar al detenido ‘sin demora’ ante una autoridad judicial debe ser entendido y aplicado como un concepto autónomo de la CADH, cuyo alcance se determina a la luz de los parámetros de la misma y sin subordinación, aunque sí con apertura, a los criterios de la legislación nacional.

Lógicamente, la vulneración de los plazos fijados en la legislación interna comportará una violación del artículo 7.2. de la CADH, en concordancia con el artículo 7.5.,¹²¹ pero no una infracción aislada de este último, pues este precepto contiene una exigencia normativa propia que debe ser considerada.

Una muestra de los riesgos de aplicar la exigencia temporal de la primera parte del artículo 7.5. con sujeción a la legislación interna se encuentra en algunas sentencias de la Corte IDH, de las cuales cabría inferir que, tangencial e implícitamente, se estimó acorde con la CADH el plazo máximo de quince días para conducir el detenido ante el juez previsto en la legislación antiterrorista peruana.¹²² En esos

114 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 139.

115 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 75. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 133.

116 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 119.

117 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 223.

118 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párrs. 108-109. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 137.

119 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 83.

120 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 140.

121 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 86.

122 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 57. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 91.

casos, la vulneración del plazo dispuesto en la normativa interna bastaba ciertamente para que la Corte IDH declarara la violación del artículo 7, sin necesidad de entrar a valorar la convencionalidad de los preceptos legales aplicables. Pero, para evitar equívocos es preciso dejar a salvo la autonomía de los conceptos empleados por el artículo 7.5. de la CADH: un lapso de quince días de detención policial debe considerarse contrario al artículo 7.5., con independencia de lo que establezca la legislación nacional.

De alguna forma, la Corte IDH corrigió el rumbo de las anteriores sentencias en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, en el cual, pese a que la legislación interna permitía prorrogar por otros 15 días el plazo antes mencionado y, pese a que el mismo había sido sobrepasado, se sostuvo categóricamente que:

[...] en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5. de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un periodo igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que “[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”.¹²³

Algo similar puede afirmarse del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en el cual la Corte IDH estimó excesiva una privación de libertad de cinco días de duración, ya que:

[...] los señores Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención. En ese sentido, el Tribunal observ[ó] que los señores Cabrera y Montiel fueron puestos a disposición de la autoridad competente excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión “sin demora” ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la libertad.¹²⁴

Aunque ese lapso de cinco días sobrepasaba el límite de 48 horas establecido en la Constitución mexicana, la Corte IDH no aludió a ello al fundamentar la vulneración del artículo 7.5. de la CADH.

La sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* ilustra, por otra parte, sobre la diversidad de las circunstancias que pueden ser relevantes al determinar si el traslado del detenido ha ocurrido sin demora. En esa oportunidad, la Corte IDH sostuvo que: “[...] en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona”.¹²⁵ Esto significa que en ciertos contextos la Corte IDH puede ser más rigurosa al evaluar la observancia de la primera parte del artículo 7.5. de la CADH.

Es preciso destacar que la jurisprudencia ha establecido estándares especiales en relación con la presentación de menores de edad privados de la libertad ante una autoridad judicial, al exigir que esta sea competente en materia de menores y que el traslado del detenido se produzca a la mayor brevedad posible. Al respecto, ha considerado excesivos lapsos superiores a 24 horas, siguiendo el criterio del Comité de los Derechos del Niño.¹²⁶

Finalmente, los casos de detenciones que desembocan en una desaparición forzada o un asesinato suelen contener una condena al Estado por violación del artículo 7.5. de la CADH, ya que tales hechos impiden que el detenido sea conducido oportunamente ante una autoridad judicial.¹²⁷

123 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 110.

124 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 102.

125 *Idem*.

126 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párrs. 177-178.

127 Ver Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párrs. 83 y ss.

8. Derecho de toda persona detenida o retenida a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad

Este derecho, previsto en la segunda parte del artículo 7.5. de la CADH, está referido principalmente a las personas que han sido detenidas en un proceso penal y está ligado al contemplado en la primera parte de ese mismo artículo. Si alguien es detenido en virtud de alguna imputación penal, debe ser conducido sin demora ante un juez, el cual deberá examinar la licitud de la privación de libertad y decidir si puede continuar. Al hacerlo, deberá apreciar si hay razones de peso que justifiquen privar de libertad a una persona que se presume inocente y cuya culpabilidad o responsabilidad aún no ha sido establecida.

Si el juez determina que estas razones existen, puede acordar la privación cautelar de la libertad, pero esta no debe prolongarse más allá de lo razonable. No obstante, la segunda parte del artículo 7.5. también puede ser aplicada a privaciones de libertad de otra naturaleza u origen, que no se inscriban en un juzgamiento penal por tribunales nacionales, pero sí en la tramitación de un procedimiento durante el cual pueda ordenarse una privación de libertad, tal como puede suceder en materia de extradición.

8.1. Razonabilidad del plazo

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad consagrado en el artículo 7.5., está íntimamente relacionado con el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable reconocido por el artículo 8.1. de la CADH.¹²⁸

En el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte IDH conjugó estas exigencias bajo lo que denominó el “principio del plazo razonable” de los artículos 7.5. y 8.1. de la CADH, el cual: “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente”.¹²⁹ De esta forma, la Corte IDH solapó dos requerimientos que responden a propósitos que no son idénticos.

El artículo 7.5. busca evitar la privación de libertad de una persona procesada durante un tiempo excesivo mientras que el objetivo del artículo 8.1 es evitar la duración desmesurada de un juicio, penal o de cualquier otra índole, estén o no acompañados de la prisión provisional o preventiva del acusado. En otras palabras, el plazo razonable de un proceso penal –en el que no se haya acordado la detención del acusado– puede ser mayor al plazo razonable de la prisión provisional o preventiva de un acusado. El propio caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* muestra tímidamente esta diferencia, pese al principio del plazo razonable de la Corte IDH, pues la sentencia examina separadamente la duración de la prisión preventiva, por una parte, y la del juicio, por otra parte, y precisa que la primera se prolongó por más de tres años y diez meses, lo cual fue considerado desproporcionado porque se había sobrepasado el límite de la pena máxima prevista legalmente para el delito imputado, mientras que el procedimiento penal duró más de cincuenta meses, lo cual fue calificado como excesivo sin mayor argumentación. Pero, la visión unificadora reaparece cuando la Corte IDH declara la violación del “derecho establecido en los artículos 7.5. y 8.1. de la CADH a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad”.¹³⁰

En todo caso, la jurisprudencia posterior ha delineado mejor el ámbito específico de cada uno de estos derechos. En el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte IDH reiteró la doctrina actual sobre la materia:

El Tribunal ha establecido que el artículo 7.5. de la Convención garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta norma impone límites temporales a la

128 Sobre el plazo razonable, ver el comentario al artículo 8 (garantías judiciales) a cargo de Ibáñez.

129 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 70.

130 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 75.

duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida en el artículo 8.1. que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona.¹³¹

Por tanto, se reconoce la especificidad de cada norma de la CADH, el artículo 7.5. y el 8.1., en lo que atañe al plazo razonable, sin negar su estrecha vinculación. En tal sentido, la Corte IDH ha señalado que el artículo 7.5. “impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad”.¹³²

8.2. Prisión preventiva

8.2.1. Presunción de inocencia

La jurisprudencia interamericana analiza la posible vulneración del artículo 7.5. teniendo presente lo dispuesto en el artículo 8.2. de la CADH, que establece la presunción de inocencia.¹³³ Esta conexión es fundamental, pues ha de partirse de la presunción de inocencia del acusado y de su derecho a la libertad personal para entender el alcance del artículo 7.5. de la CADH.

El artículo 7.5. de la CADH, globalmente considerado, ampara no solo frente a una prisión preventiva prolongada, sino también comprende el examen de la justificación misma de esta privación de libertad con independencia de su duración. No obstante, la jurisprudencia interamericana se inclina a evaluar la justificación de la prisión preventiva bajo el parámetro de la prohibición de las detenciones arbitrarias del artículo 7.3., en concordancia con el artículo 8.2. de la CADH.

En este orden de ideas, la Corte IDH ha sostenido que la prisión preventiva es excepcional y debe tener carácter cautelar, nunca punitivo o anticipativo de una condena. La Corte IDH ha declarado que:

En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.¹³⁴

Por tanto, los dos motivos o fines que pueden fundamentar la prisión preventiva son los de “asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia”, ya que solo estos se avienen con el principio de proporcionalidad.¹³⁵

8.2.2. Principio de proporcionalidad

Al evaluar la justificación de la prisión preventiva hay que tener en cuenta, por un lado, las exigencias del derecho a la libertad personal y de la presunción de inocencia, que por sí solas excluirían la privación de libertad de un simple acusado y, por otro lado, aquellas que dimanen del interés público en

131 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 119.

132 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 70.

133 Ver Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 77. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 67.

134 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 198. Ver Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, párr. 111.

135 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 93. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 121.

la persecución y castigo de los delitos y, en último término, en la tutela de los bienes jurídicos que estos protegen. Aquí entra en escena el *principio de proporcionalidad*, imponiendo una ponderación racional entre estas exigencias enfrentadas. La Corte IDH, siguiendo las orientaciones garantistas de la doctrina jurídica en la materia, ha cifrado el resultado de esa ponderación en que *la prisión preventiva sólo es admisible como medida cautelar*, esto es, subordinada al proceso penal y a sus fines, lo cual se traduce en que *el acusado solamente puede ser privado de la libertad para evitar que obstaculice el desarrollo del proceso, en particular de las investigaciones, o se sustraiga a la acción de la justicia*. Además, la proporcionalidad repercute en el examen del grado de vinculación del sujeto detenido con los hechos punibles investigados, razón por la cual “para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva *deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga [...]*”.¹³⁶ Estos indicios suficientes de participación en el delito investigado se refieren a la posible culpabilidad,¹³⁷ de esa persona.

Conforme a estos criterios, no son lícitos los fines puramente preventivos, no cautelares, como los referidos a impedir la repetición de infracciones o posibles alteraciones del orden público. Como tampoco lo son, obviamente, los procedimientos masivos de detención carentes de “individualización de conductas punibles”,¹³⁸ eventualmente basados en la supuesta peligrosidad de algunos individuos. Además, las “características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”.¹³⁹ Se han rechazado también motivos relativos a la preservación de la seguridad de la sociedad.¹⁴⁰ Esta jurisprudencia se ha consolidado y se insiste en que *la finalidad de la prisión preventiva debe ser procesal, nunca de prevención general o especial*; de lo contrario, la privación de libertad es arbitraria.¹⁴¹ El peligro procesal, por lo demás, no se presume, sino que ha de basarse en circunstancias objetivas del caso concreto.¹⁴²

8.2.3. Excepcionalidad

Igualmente, en virtud de la excepcionalidad de la prisión preventiva, la “regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”.¹⁴³ Esta excepcionalidad rige con mayor rigor cuando se trate de la privación de libertad de un niño o niña.¹⁴⁴ El derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia obligan, por otra parte, a una revisión periódica de la subsistencia de las razones que pudieron justificar la prisión preventiva.¹⁴⁵ Además, como ya se comentó, la motivación judicial sobre la justificación de la prisión preventiva es condición de validez de la privación de libertad. Así, el juez debe explicar los motivos por los que niega la revisión de la prisión preventiva, así como explicar las razones por las que no estima procedente una medida alternativa a la privación de libertad.¹⁴⁶

Infringen la CADH las disposiciones legales que excluyen a las personas acusadas de cometer ciertos delitos de la posibilidad de permanecer en libertad durante el proceso o de ser liberadas al cumplir la prisión preventiva una cierta extensión temporal. Así se desprende de la sentencia dictada en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, en el cual la Corte IDH examinó el artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano, que prescribía la liberación de quienes hubieran estado privados de libertad durante el

136 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 101. (énfasis agregado)

137 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 198.

138 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 96.

139 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 74.

140 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 322.

141 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 159, 162-163.

142 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 127.

143 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 121.

144 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 229. Ver Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párrs. 161-162.

145 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 76.

146 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párrs. 340-341.

proceso por cierto tiempo, pero exceptuaba a quienes “estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas”. Al respecto se determinó que había sido vulnerado el artículo 2, en concordancia con el 7.5. de la CADH, pues:

esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.¹⁴⁷

También se infringe la CADH, en particular su artículo 7.3., cuando la regulación legal sobre la prisión preventiva presupone la detención de los procesados como regla general, al exigir únicamente la existencia de indicios fundados de culpabilidad para ordenar la prisión preventiva.¹⁴⁸ Además, se vulnera el artículo 7.5. de la CADH cuando se prohíbe la liberación en la fase de instrucción de procesos referidos a la investigación de ciertos delitos o cuando se impide al detenido el acceso a evidencias o la presentación de pruebas que puedan ser relevantes para desvirtuar la justificación de la prisión preventiva.¹⁴⁹

El principio de la proporcionalidad también se debe tomar en cuenta en un plano en el aplicativo; en este sentido puede interpretarse la afirmación de la Corte IDH según la cual:

La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.¹⁵⁰

Ante cierta clase de hechos punibles, de poca gravedad y penalidad (penas pecuniarias, p. ej.), puede quedar completamente descartada una prisión preventiva y, en los supuestos y dentro de los límites en que en principio esta sí sea admisible, han de examinarse las circunstancias del caso particular para determinar si se justifica. La Corte IDH, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, explicó, en el párrafo ya reproducido, los tres escalones o exigencias del principio de proporcionalidad y sus implicaciones sobre la licitud de las privaciones de la libertad.¹⁵¹ En igual dirección apunta la sentencia dictada, más recientemente, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, en la cual se declaró que:

El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.¹⁵²

Al evaluar si ha sido razonable la duración de la prisión preventiva, la Corte IDH ha considerado las circunstancias del caso particular. En tal sentido, ha censurado por excesivas privaciones de libertad

147 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 98.

148 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párrs. 115-116.

149 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párrs. 324-325 y 335.

150 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 68.

151 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 93.

152 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 122.

de dos años y medio,¹⁵³ como también una privación de libertad que se prolongó por un año y dos meses en la primera fase del proceso penal.¹⁵⁴

La Corte IDH no ha fijado límites abstractos específicos, pero sí ha establecido el criterio fundamental de que, en atención a la presunción de inocencia y a la libertad personal, *hay un momento a partir del cual la prisión preventiva, aun siendo necesaria desde la perspectiva de los motivos admisibles para acordarla y mantenerla, pasa a ser irrazonable, desproporcionada*.¹⁵⁵ Al evaluar la proporcionalidad de su duración ha de tenerse en cuenta el límite legalmente fijado a la pena eventualmente aplicable.¹⁵⁶ La CIDH, en cambio, luego de analizar la legislación de los países del sistema, ha fijado un criterio ‘rector’ o ‘guía’ conforme al cual debe presumirse que son irrazonables los plazos de prisión preventiva que alcancen “las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado”.¹⁵⁷ Esto no significa que los Estados estén autorizados a prolongar hasta ese límite la privación de libertad, a pesar de que con anterioridad su duración haya dejado de ser razonable en el caso concreto; supone solamente que al rebasarse esa frontera se presume, *prima facie*, la violación del artículo 7 de la CADH.

La Corte IDH ha sentado la doctrina según la cual:

el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.¹⁵⁸

Nótese que se distinguen tres supuestos en los cuales la prolongación de la prisión preventiva deviene ilícita: 1) la cesación de las causas legítimas que motivaron su adopción, 2) cuando se rebasa el límite eventualmente fijado por la ley, y 3) la superación del plazo que resulte razonable conforme al principio de proporcionalidad.¹⁵⁹

9. Derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que se pronuncie sobre la licitud de la privación de libertad

El artículo 7.6. de la CADH otorga a toda persona privada de libertad el derecho a recurrir ante un “juez o tribunal competente”, para que este decida, “sin demora”, sobre la legalidad de la medida privativa correspondiente y ordene, si fuere ilícita, la liberación del afectado. Este derecho va dirigido a permitir el control judicial sobre las privaciones de libertad y se corresponde con la acción o recurso de hábeas corpus contemplado en muchos Estados del sistema interamericano, aunque contiene exigencias y conceptos autónomos de la CADH.

Conviene precisar la diferencia existente entre el derecho a ser trasladado sin demora ante una autoridad judicial previsto en el artículo 7.5., y el derecho al recurso judicial reconocido en el artículo 7.6. Ya decíamos que toda persona detenida o retenida ha de ser conducida sin dilación ante una autoridad

153 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 135.

154 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 168.

155 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 122.

156 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párrs. 135-136.

157 CIDH. Informe n.º 35/07, caso 12.553, *Jorge y José Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*, 1 de mayo de 2007, párr. 136. Respecto de este informe, ver Modolell González, J. L. “Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano”, en Elsner G. et al. (coords.) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. KAS, Montevideo, t. 2, 2013, pp. 477 y ss.

158 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008.

159 Una prisión preventiva de trece años ha sido calificada como excesiva “a todas luces”. Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 75.

judicial para asegurar el control judicial, de acuerdo con el artículo 7.5., lo cual hace innecesaria la invocación del artículo 7.6., si esa intervención judicial se produce con oportunidad de audiencia para el afectado y con observancia de las demás garantías procedimentales. No obstante, el recurso contemplado en el artículo 7.6. subsiste como herramienta procesal en manos de cualquier persona privada de libertad, frente a medidas que no hayan sido sometidas al control automático u obligatorio del artículo 7.5., o que hayan sido dictadas judicialmente, pero sin colmar las exigencias de esta última disposición, incluyendo las del artículo 8.1. También cuando se interpone el recurso contra una privación de libertad, basada en orden judicial, por haber cambiado las circunstancias que en su momento pudieron haberla justificado.

El “juez o tribunal competente” a que se refiere el artículo 7.6. tiene que ser efectivamente una autoridad judicial o con funciones judiciales, en el sentido ya explicado al examinar el artículo 7.5. Sin embargo, no satisfacen este requerimiento los recursos que puedan ser presentados ante alcaldes u otros funcionarios administrativos, ni siquiera cuando la legislación prevé un recurso del detenido ante un tribunal en sentido propio contra la determinación del alcalde. Según la Corte IDH:

el Estado, al exigir que los detenidos tengan que apelar las resoluciones del alcalde para que su caso sea conocido por una autoridad judicial, está generando obstáculos a un recurso que debe ser, por su propia naturaleza, sencillo.¹⁶⁰

El artículo 7.6. también resulta vulnerado cuando es preciso agotar la vía administrativa para poder recurrir ante un tribunal, ya que se exige “el control jurisdiccional directo de los actos administrativos” que afecten la libertad personal.¹⁶¹

El recurso establecido en el artículo 7.6. –que se corresponde con el clásico *habeas corpus*– tiene como finalidad principal la protección de la libertad personal ante medidas ilegales o arbitrarias que la menoscaben, pero la jurisprudencia de la Corte IDH le ha atribuido, desde el comienzo, la finalidad complementaria de amparar el derecho a la integridad física y a la vida de las personas privadas de libertad. Ello en atención a que, como ya se expuso, la situación de detención supone riesgos para estos otros derechos, como lo ponen de manifiesto los casos de tortura, secuestro, desaparición forzada o asesinato de detenidos. De allí, que se exija la comparecencia del detenido ante el juez,¹⁶² como en el marco del artículo 7.5.

La Corte IDH ha sostenido que el *habeas corpus*:

[...] para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el *habeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención,¹⁶³ así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

El *habeas corpus* es una de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que nunca pueden ser suspendidos, como la vida y la integridad personal, además de ser un instrumento de control de la legalidad extraordinaria que, en un Estado de Derecho, debe regir durante los estados de excepción. De ahí, que el derecho previsto en el artículo 7.6. no pueda ser afectado por la declaración de un estado de excepción.¹⁶⁴

160 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 129.

161 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 127.

162 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 129.

163 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987, párrs. 35 y 42. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 38.

164 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párr. 50. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 136.

La jurisprudencia suele poner al artículo 7.6. en conexión con los artículos 25.1. y 8.1. de la CADH, ya que el recurso previsto en el artículo 7.6. ha de reunir las notas de sencillez y rapidez del artículo 25.1., y la autoridad que lo resuelve ha de llenar los requisitos prescritos por el artículo 8.1.

La Corte IDH ha exigido, igualmente, la efectividad del mecanismo correspondiente, en consonancia con lo establecido en el artículo 25.1. y con la finalidad a la que responde el artículo 7.6. Esto no implica, sin embargo, que una vulneración del artículo 7.6. deba necesariamente alegarse o examinarse en conjunto con la de esas otras normas, ya que:

el artículo 7.6. de la Convención tiene un contenido jurídico propio, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.¹⁶⁵

El principio de efectividad, además, “es transversal a la protección debida de todos los derechos reconocidos en ese instrumento”.¹⁶⁶ La efectividad del recurso supone que este no ha de ser puramente teórico o ilusorio.¹⁶⁷ Ha de ser un medio procesal accesible para el detenido y sus familiares u otras personas allegadas,¹⁶⁸ apto para poner fin a una privación de libertad ilegal o arbitraria, lo cual comprende la posibilidad de dar pronta ejecución a lo decidido. La situación de incomunicación del detenido puede atentar contra el derecho consagrado en el artículo 7.6.¹⁶⁹ Este derecho resulta lesionado cuando un migrante es privado de libertad y se efectúa su inmediata deportación militar o policial sin cumplir con los procedimientos legales que demandan el traslado a una autoridad competente.¹⁷⁰ Por otra parte, este recurso no puede ser desplazado por mecanismos ordinarios no idóneos para poner fin prontamente a una privación ilícita de la libertad y cumplir las otras finalidades del artículo 7.6. antes señaladas.¹⁷¹

Al evaluar la efectividad del recurso ha de tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean la privación de libertad, pues ante ciertos contextos o prácticas reiteradas, aquella puede estar de entrada negada. En el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* se declaró que:

al producirse la detención arbitraria del señor Juan Humberto Sánchez como parte del patrón imperante de ejecuciones extrajudiciales, este no tuvo la posibilidad de interponer por sus propios medios un recurso sencillo y efectivo,¹⁷² que le permitiera hacer valer su derecho a la libertad personal y eventualmente que le hubiese evitado las conculcaciones a sus derechos a la integridad personal y vida.¹⁷³

En el mismo sentido, la Corte IDH ha sostenido que en determinadas situaciones puede ser relevante constatar si existe un patrón sistemático de desapariciones forzadas aunado a la negativa reiterada de las autoridades militares a proporcionar información a los tribunales.¹⁷⁴ En el marco del artículo 7.6. se ha establecido que el hábeas corpus es un mecanismo que debe ser efectivo frente a casos de presunta desaparición forzada y exige que las autoridades nacionales definan el alcance de este recurso en términos compatibles con la CADH.¹⁷⁵

El juez o tribunal previsto en el artículo 7.6. ha de decidir “sin demora” sobre la licitud de la privación de libertad. La Corte IDH ha considerado fundamental esta exigencia, ya que el rápido control

165 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 124. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párr. 162.

166 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párr. 123.

167 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 112.

168 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 64.

169 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párr. 53.

170 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 145.

171 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 73.

172 Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 165.

173 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 85.

174 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párr. 167.

175 *Ibidem*, párr. 168.

judicial de las privaciones de libertad evita tanto el mantenimiento de detenciones ilegales o arbitrarias como la comisión de actos contrarios a la integridad física o a la vida del detenido. Esto cobra especial importancia frente al riesgo de desapariciones forzadas, pues la pronta intervención judicial contribuye a prevenirlas. Por ejemplo, lapsos de nueve o de veintiún días para resolver el recurso han sido calificados como excesivos.¹⁷⁶

En ocasiones, la Corte IDH ha vinculado la efectividad del recurso contemplado en el artículo 7.6. con la posibilidad de que el detenido cuente con un defensor de su elección o con un defensor público, ante situaciones de especial vulnerabilidad, como la de los niños o niñas,¹⁷⁷ y la de los extranjeros. Así, la Corte IDH ha establecido que:

[...] es de resaltar la importancia de la asistencia letrada en casos [...] en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.¹⁷⁸

En lo que respecta a las facultades de la autoridad judicial que conoce del recurso, se ha determinado que esta debe ostentar potestades que permitan ejercer un control judicial amplio sobre los aspectos fácticos y normativos de la privación de libertad. Además, el juez debe pronunciarse sobre las razones invocadas por el recurrente y no puede decidir simplemente con base en las afirmaciones de la administración: debe tener atribuciones para verificar los hechos de manera seria e independiente, incluso en materias ligadas a la seguridad de la nación.¹⁷⁹ En ningún caso, el juez puede limitarse a requerir información y a asumir como incontrovertible lo dicho por las autoridades, lo cual es especialmente grave ante denuncias de desaparición forzada.¹⁸⁰

10. Prohibición de la prisión por deudas y garantías complementarias de la libertad personal

El artículo 7.7. de la CADH prohíbe la prisión por deudas y deja a salvo los mandatos de una autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios. Con esta salvedad se sustraen de la prohibición los casos de arrestos coercitivos previstos en algunos ordenamientos, mediante los cuales, dadas ciertas condiciones, se puede privar de la libertad al obligado en alimentos para compelerlo a satisfacer la obligación alimentaria.

11. Prohibición de detención clandestina y registro de los detenidos

Conviene, finalmente, aludir a otras exigencias destinadas a proteger la libertad personal que no están explícitas en el artículo 7 de la CADH, pero que la jurisprudencia interamericana ha formulado en atención, principalmente, al deber de garantía de los derechos humanos, en particular de la libertad personal, que el artículo 1.1. de la CADH –que no siempre es invocado explícitamente– impone a los Estados, en concordancia con el artículo 7.¹⁸¹ Al fundamentar estas obligaciones implícitas a veces se

176 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 134.

177 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 204.

178 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 132.

179 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 96. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 111.

180 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párrs. 166 y 169.

181 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 197.

aduce también el artículo 2 de la CADH, relativo a la necesidad de adoptar disposiciones o medidas de orden interno para asegurar la efectividad de los derechos.¹⁸²

Los Estados están obligados a que toda privación de libertad tenga lugar en “centros legalmente reconocidos”, nunca en “centros clandestinos de detención”, así como a llevar un registro de las detenciones practicadas, lo cual coadyuva a evitar las detenciones arbitrarias y la desaparición forzada de personas, ya que facilita el control sobre las privaciones de libertad. En tal sentido, la Corte IDH sostuvo, en el caso *Gudiel Álvarez (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, que:

la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica.¹⁸³

En cuanto al registro de detenidos se ha establecido que debe recogerse respecto de toda privación de libertad, con independencia de su duración,¹⁸⁴ y se ha precisado que debe: 1) reflejar la identificación de los detenidos y de quien haya practicado la detención, 2) el motivo de la detención, 3) el día y hora de ingreso y de liberación, 4) la información sobre la orden de detención, y 5) la constancia de haber dado aviso al juez competente.¹⁸⁵

Esta doctrina ha sido ratificada en casos sobre menores de edad:

es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que estas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención.¹⁸⁶

Este registro cumple una función importante en la prevención, investigación y sanción de las privaciones ilegales o arbitrarias de la libertad.

182 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 189.

183 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 200.

184 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 178.

185 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 189. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 197. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 178.

186 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 132.

Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho 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 cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 30. En adelante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C n.º 45. En adelante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de FRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 37. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C n.º 48. En adelante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C n.º 49. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. EP. 1999.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C n.º 71. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C n.º 94. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C n.º 97. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100. En adelante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C n.º 103. En adelante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C n.º 104. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. 2003.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. En adelante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109. En adelante: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n.º 117. En adelante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C n.º 119. En adelante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C n.º 121. En adelante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C n.º 126. En adelante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C n.º 129. En adelante: Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 136. En adelante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C n.º 137. En adelante: Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147. En adelante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151. En adelante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C n.º 167. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n.º 170. En adelante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C n.º 171. En adelante: Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184. En adelante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186. En adelante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C n.º 187. En adelante: Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192. En adelante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C n.º 197. En adelante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C n.º 203. En adelante: Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C n.º 204. En adelante: Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n.º 206. En adelante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. En adelante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C n.º 217. En adelante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. En adelante: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C n.º 226. En adelante: Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C n.º 227. En adelante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C n.º 228. En adelante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C n.º 233. En adelante: Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C n.º 234. En adelante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C n.º 237. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242. En adelante: Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 247. En adelante: Corte IDH. *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. EPF. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 248. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C n.º 251. En adelante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C n.º 255. En adelante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C n.º 256. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C n.º 266. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 268. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276. En adelante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C n.º 286. En adelante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 288. En adelante: Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. En adelante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C n.º 297. En adelante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C n.º 300. En adelante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C n.º 301. En adelante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 303. En adelante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C n.º 306. En adelante: Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C n.º 308. En adelante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310. En adelante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C n.º 311. En adelante: Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C n.º 312. En adelante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C n.º 314. En adelante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983.

Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Asunto de las penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina. Medidas provisionales*. Resolución de 27 de noviembre de 2007.

Corte IDH. *Caso María Lourdes Afiuni respecto de Venezuela. Medidas provisionales*. Resolución del Presidente de 10 de diciembre de 2010.

Corte IDH. *Asunto L. M. respecto de Paraguay. Medidas provisionales*. Resolución de 1 de julio de 2011.

Corte IDH. Informes Anuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 1980 a 2016, disponibles en: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/informes-anales> (fecha de último acceso 30/04/2017).

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referencias académicas

MEDINA QUIROGA, C. “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n.º 5, 2009.

SALMÓN, E. y BLANCO, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Cooperación Alemana al Desarrollo, Lima, 2012.

Contenido

1. Introducción	263
2. Consideraciones generales sobre el artículo 8 de la CADH: los lineamientos del debido proceso legal y el derecho de acceso a la justicia	265
3. Titulares del derecho a las garantías judiciales	267
4. Garantías generales en el marco del derecho a las garantías judiciales (art. 8.1. de la CADH)	268
4.1. Derecho a ser oído en el proceso	269
4.2. Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley	270
4.3. Derecho a que el juez o tribunal decidan los casos sometidos a su consideración en un plazo razonable	282
4.4. Deber de motivar las resoluciones en un proceso	286
4.5. Derecho a la defensa	287
5. Garantías mínimas en el marco del derecho a las garantías judiciales (art. 8.2. de la CADH)	288

5.1. Derecho a la presunción de inocencia	290
5.2. Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal.....	293
5.3. Derecho del inculcado a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada.....	294
5.4. Derecho del inculcado a que se le conceda tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa	296
5.5. Derecho del inculcado a defenderse personalmente, ser asistido por un defensor de su elección, y de comunicarse libre y privadamente con su defensor	297
5.6. Derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley	300
5.7. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.....	303
5.8. Derecho a no ser obligado a declararse contra sí mismo ni a declararse culpable.....	304
5.9. Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior	305
5.10. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza (art. 8.3. de la CADH)	309
5.11. Derecho del inculcado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos: principio de <i>ne bis in idem</i> (art. 8.4. de la CADH)	310
5.12. Derecho a un proceso penal público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia (art. 8.5. de la CADH)	312
6. Consideraciones especiales del derecho a las garantías judiciales respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH	313
6.1. Con relación al derecho a la vida y la pena de muerte	313
6.2. Con relación al derecho a la integridad personal.....	314
6.3. Con relación a la libertad de pensamiento y de expresión	315
6.4. Con relación a los derechos del niño	315
6.5. Con relación al derecho de circulación y de residencia	320
7. La obligación de investigar las violaciones de derechos humanos como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial	322

1. Introducción

Este comentario sistematiza los estándares establecidos por la Corte IDH respecto al contenido, exigencias y alcances del derecho a las garantías judiciales, reconocido en el artículo 8 de la CADH. La extensión y particular complejidad de esta sistematización se debe, no solo a que la mayoría de los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte IDH incluyen controversias relacionadas con el debido proceso, sino a que también en su mayor porcentaje, dichos litigios suponen un análisis de las garantías judiciales en relación con los demás derechos reconocidos en la CADH.¹ Sin ninguna duda el tema del debido proceso “ha sido y sigue siendo uno de presencia permanente en los casos que se presentan ante la Corte I[DH]”.²

1 Corte IDH. Informes Anuales de la Corte IDH, de 1980 a 2015, disponibles en: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/informes-anales> (fecha de último acceso 30/04/2017).

2 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011. Voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 3.

Antes de entrar al análisis de dichos estándares es importante dejar en evidencia dos afirmaciones declaradas por la Corte IDH desde sus primeras sentencias, mismas que permiten comprender el análisis que este realiza ante alegadas violaciones al artículo 8. La primera señala que “[e]l esclarecimiento de si un Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte IDH deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”,³ considerándolos como un todo, que incluya, de ser el caso, las decisiones de los tribunales de apelación,⁴ o el análisis de los procedimientos que se vinculan y constituyen el presupuesto de un proceso judicial,⁵ y llegando a evaluar, en determinados supuestos, si “la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención”.⁶

La segunda afirmación se refiere a que la Corte IDH tiene atribuciones “para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos”, más “no para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado”, o de los particulares que hubiesen participado en esas violaciones,⁷ pues ello “compete a los tribunales penales internos o a otros tribunales internacionales”.⁸ En ese sentido, conforme lo ha declarado la propia Corte IDH, “[e]n la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna”.⁹

Asimismo, la línea jurisprudencial de la Corte IDH confirma que si bien el artículo 8 de la CADH se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los procesos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”,¹⁰ para que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.¹¹ Esas otras instancias procesales pueden comprender aquellas en las que se determinan derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. De acuerdo con la Corte IDH, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.¹² La amplitud en el desarrollo del artículo 8 se justifica en el hecho de que las garantías allí enunciadas superan los casos tradicionales de la jurisdicción penal e incluso los procesos estrictamente judiciales.

Dicho esto, corresponde hacer mención al extenso debate que surge de la jurisprudencia y doctrina respecto a la vinculación entre los dos derechos convencionales íntimamente ligados al derecho de acceso a la justicia,¹³ a saber, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial (art. 25 de la CADH), y a la necesidad o no de analizarlos de manera conjunta cuando se alega una violación de derechos humanos en un caso.

3 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 222. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 175.

4 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 222.

5 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 120. Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 181.

6 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 222. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 22.

7 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 134. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 162. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 167.

8 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007, párr. 87. Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párrs. 93 y 119. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 167.

9 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. EP. 1999, párr. 47. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 211.

10 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 27. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 69. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 71.

11 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párrs. 69-70.

12 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 124. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 71.

13 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999, párr. 61. Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párrs. 52 y 54.

Desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* sobre excepciones preliminares, la Corte IDH señaló que los Estados partes de la CADH “se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos [artículo 25], recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal [artículo 8.1.]”, dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la CADH a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1.).¹⁴ A partir de esa decisión, y hasta la fecha, es significativo el número de sentencias en las que la Corte IDH ha desarrollado de manera conjunta e indistinta las consideraciones relativas a ambos derechos.¹⁵ Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia presenta también una serie de casos en los que la Corte IDH ha realizado una valoración independiente de los derechos concernidos, sin que la declaración de responsabilidad internacional de un Estado por la violación de las garantías judiciales conlleve necesariamente la violación del derecho a la protección judicial o viceversa.

Frente a ello, encontramos una posición crítica en la doctrina, surgida incluso de los votos de la ex-presidenta de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga. Según la jueza Medina, a partir de lo establecido por la Corte IDH en la opinión consultiva sobre las *garantías judiciales en estados de emergencia*, y en la sentencia del caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, los derechos a las “garantías judiciales” y a la “protección judicial” son de distinta naturaleza y su relación es una de substancia a forma, “por cuanto el artículo 25 consagra el derecho a un recurso judicial mientras que el artículo 8 establece la manera como este se tramita”.¹⁶ Por tanto, “[s]i se analiza el artículo 25 con los parámetros del artículo 8 [...] se desvirtúa el sentido del primero”.¹⁷

Más allá del debate doctrinario sobre la materia, el análisis de la jurisprudencia permite identificar los estándares que la Corte IDH ha establecido respecto a las garantías generales y mínimas del debido proceso reconocidas en el artículo 8 de la CADH. De esta manera, los jueces, los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y, en general, cualquier autoridad pública,¹⁸ podrán encontrar a continuación los criterios que, en aplicación del control de convencionalidad, deben implementar en el ejercicio de sus funciones. De igual modo, los miembros de organizaciones no gubernamentales, defensores, presuntas víctimas y, en general, todo usuario del SIDH podrá identificar en este texto la interpretación y alcances con los que la Corte IDH ha dotado de contenido al derecho a las garantías judiciales.

2. Consideraciones generales sobre el artículo 8 de la CADH: los lineamientos del debido proceso legal y el derecho de acceso a la justicia

De acuerdo con las actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos –que recoge los trabajos preparatorios de la CADH–, el proyecto de artículo 8

14 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 91. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 233.

15 Cabe destacar que, recientemente, la propia Corte IDH ha señalado que otras disposiciones de la CADH, “tal como los artículos 7 y 25 de la Convención, contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso”. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 152.

16 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 24. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 148.

17 Ver votos de la jueza Cecilia Medina Quiroga en los siguientes casos: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008.

18 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 124. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párrs. 193 y 239.

–identificado en ese momento con el número 7–, no fue modificado significativamente respecto del anteproyecto de tratado elaborado por la CIDH.¹⁹

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante al señalar que las “garantías judiciales” del artículo 8 se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia.

Así, en un primer momento, en atención a lo desarrollado en la opinión consultiva sobre las *garantías judiciales en estados de emergencia*, la Corte IDH afirmó que el artículo 8 de la CADH consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”,²⁰ entendido este como “[el] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”.²¹ De esta manera, para que en un proceso existan verdaderamente las garantías judiciales –también conocidas como garantías procesales–, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”,²² es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.²³ De acuerdo con la Corte IDH, “[l]os principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos”.²⁴

Asimismo, la Corte IDH ha destacado que el artículo 8 consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual, entendido por la propia Corte IDH como una “norma imperativa de Derecho Internacional”,²⁵ no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en los mismos.²⁶ De esta manera, según la Corte IDH, el debido proceso –íntimamente ligado con la noción de justicia–, debe reflejarse en: “(i) un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo, y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa”.²⁷ No obstante ello, la Corte IDH ha señalado que “el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, las cuales deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho”.²⁸

Consecuentemente, “los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos”. Así, por ejemplo, de acuerdo con la Corte IDH, “[c]ualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte

19 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2., pp. 16-17, 483 y 484.

20 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 27. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 73.

21 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 27. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 69. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 71.

22 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 147. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 187.

23 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 28. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 187.

24 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 115.

25 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 131.

26 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 114. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 188.

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 109. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 151.

28 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 54. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 193.

de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia”, debe entenderse contraria al artículo 8 de la CADH.²⁹ En el mismo sentido, el Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas”.³⁰

Por tanto, y en la línea de lo expuesto en la introducción al presente comentario, debe quedar en evidencia que las garantías judiciales, “no establece[n] el derecho a un recurso”, correspondiente al artículo 25 de la CADH, sino un amplio derecho al acceso a la justicia que regula la manera como esa justicia debe impartirse.³¹

3. Titulares del derecho a las garantías judiciales

En cuanto a los titulares del derecho, una lectura literal de la norma permite concluir que las garantías judiciales son exigibles en dos supuestos: 1) para “[t]oda persona [...] en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”, es decir, para el acusado; y 2) para “[t]oda persona [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

De esta manera, por un lado, las garantías judiciales “deben observarse en las instancias procesales con el fin de proteger el derecho de los individuos” a que se resuelva su eventual culpabilidad o inocencia, “con la máxima justicia posible”.³² El artículo 8 de la CADH contempla así “un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar ‘las debidas garantías’ que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso”.³³ Por otro lado, las garantías judiciales deben observarse en “las controversias que se susciten entre dos partes –sean ellas particulares u órganos del Estado y sea que se refieran a materias que estén o no en el ámbito de los derechos humanos–”.³⁴

La Corte IDH ha sido enfática al señalar que “[e]l debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona”,³⁵ por igual,³⁶ independientemente de su condición como parte acusadora,³⁷ o acusado,³⁸ o incluso tercero en el marco de un proceso. Fue en el año 1997, en la sentencia del caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, que la Corte IDH estableció de manera expresa que “[p]ara determinar la violación de[l] artículo 8 e[ra] preciso, en primer término, establecer si en el proceso para determinar la responsabilidad de los posibles autores de la muerte del joven Genie Lacayo se respetaron las garantías procesales de la parte acusadora”.³⁹ De acuerdo con la jueza Medina, en dicha sentencia,

29 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 50.

30 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. 2003. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 83.

31 Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 2.

32 *Idem*.

33 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990, párr. 28. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 258. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 152.

34 Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 2.

35 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 143.

36 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 209.

37 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 75.

38 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 146. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párr. 84.

39 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 75.

sin mayor fundamentación, “[s]e dio [...] una modalidad que introdujo el tema de terceros que podían tomar parte en el proceso penal y se asoció este derecho al derecho a la verdad que tienen ciertos familiares de las víctimas y a una manera de reparar a las víctimas”. A criterio de la jueza Medina, al analizar el derecho a las garantías judiciales respecto del acusador y no del acusado, atendiendo a la redacción literal del artículo 8 de la CADH, la Corte IDH debió fundamentar “las razones jurídicas de la fuente internacional de la que se podía desprender [dicho] derecho que tenía el afectado[, padre de la víctima], para ser oído ante el tribunal”.⁴⁰

Pese a dicho cuestionamiento, es claro que a nivel del SIDH, frente a casos de graves violaciones de derechos humanos, la Corte IDH ha dispuesto que la alegada violación al derecho a las garantías judiciales se analiza respecto de los familiares de la víctima, a quienes el Estado debe garantizar el derecho de acceso a la justicia.⁴¹

4. Garantías generales en el marco del derecho a las garantías judiciales (art. 8.1. de la CADH)

El párrafo 1 del artículo 8 de la CADH se refiere a las garantías judiciales generales exigibles en el marco de un proceso, esto es: el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable y con las debidas garantías. De acuerdo con el Tribunal, el artículo 8.1. debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de la norma como en su espíritu. Además, debe ser apreciado conforme al artículo 29, inciso c) de la CADH, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.⁴²

La Corte IDH ha enfatizado que las garantías generales del artículo 8 deben estar presentes en la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, “y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”.⁴³ En ese sentido, cuando la CADH se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa –colegiada o unipersonal–, legislativa o judicial, “que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”, es decir, que “[e]l artículo 8.1. de la CADH no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales”, sino también a los que pese a no serlo formalmente, actúen como tal.⁴⁴ En ese marco, la Corte IDH ha sostenido que las exigencias del artículo 8 de la CADH “se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial [...]”.⁴⁵

40 Medina Quiroga, C. “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n.º 5, 2009, p. 28.

41 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 97. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 207.

42 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 96.

43 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 28. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 117.

44 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 118. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 118. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 208. Ver Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011. Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, y los votos concurrentes del juez Diego García Sayán, de la jueza Margarette May Macaulay y de la jueza Rhadys Abreu Blondet.

45 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007, párr. 133. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 182. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 152.

No obstante, la Corte IDH ha resaltado que a las autoridades públicas que adopten decisiones que determinen derechos,⁴⁶ que formalmente no son juez o tribunal, no les son exigibles aquellas garantías propias de un órgano jurisdiccional, pero que “sí debe[n] cumplir con [las] garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.⁴⁷ En consecuencia, la actuación de dichos órganos y autoridades con funciones de carácter materialmente jurisdiccional, “tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada”,⁴⁸ precisamente para evitar cualquier arbitrariedad.⁴⁹ En efecto, “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal”.⁵⁰

4.1. Derecho a ser oído en el proceso

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho a ser oído “exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”.⁵¹ Al respecto, la Corte IDH ha establecido que si bien del artículo 8.1. de la CADH “no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento”, ello no obstaría para que la Corte IDH considere que “la oralidad es una de las ‘debidas garantías’ que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos”.⁵²

Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que la exigencia de que una persona sea oída “es equiparable al derecho a un ‘juicio’ o a ‘procedimientos judiciales’ justos”. Sobre el particular, siguiendo al TEDH en los casos *Kraska vs. Switzerland*, *Van de Hurk vs. the Netherlands*, *Van Kück vs. Germany*, y, *Krasulya vs. Russia*, la Corte IDH ha establecido que un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión”.⁵³ En consecuencia, el estándar jurisprudencial supone que un juicio justo es aquel en el cual una persona ha sido oída con las debidas garantías.

De acuerdo con la Corte IDH, el derecho a ser oído comprende entonces dos ámbitos, el formal y el material. *El ámbito formal o procesal del derecho* implica “asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba)”. Por su parte, *el ámbito material del derecho*, supone “que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”. Para la Corte IDH, “[e]sto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”.⁵⁴

46 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 71. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 119.

47 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 119. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 207.

48 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 126. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 115.

49 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 119. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 119.

50 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 71. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 210.

51 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 172. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 120. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 228. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 227.

52 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 75. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 120.

53 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 121. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 182.

54 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 122. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 237.

En relación con la obligación estatal de investigar toda violación de los derechos reconocidos en la CADH, el Tribunal ha reiterado que del artículo 8 de la CADH se desprende que “las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”.⁵⁵

4.2. Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley

En virtud del artículo 8.1. de la CADH, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial, lo que nos remite a la impartición de justicia a través del juez natural.⁵⁶ Conforme lo señaló el juez García Ramírez, en su voto razonado a la sentencia del *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, la intervención de un juez competente, independiente e imparcial constituye “un presupuesto del debido proceso”, ya que “en ausencia de aquel, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal”. De esta manera, de acuerdo con el juez García Ramírez, si una persona es juzgada o su litigio es resuelto por cualquier individuo u órgano que carezca de los citados atributos, el procedimiento que se sigue no merece la calificación de proceso y la resolución en la que culmina no constituye una auténtica sentencia.⁵⁷

Asimismo, la Corte IDH ha enfatizado que el concepto del juez natural debe regir “a lo largo de las diferentes etapas de un proceso” y, así, “proyecta[rse] sobre las diversas instancias procesales”, en la medida que “el proceso penal es uno solo a través de dichas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores”.⁵⁸

Por ello, de acuerdo con la Corte IDH, “el juez, como director del proceso, debe velar por que se cumplan a cabalidad las reglas del debido proceso de las partes”, ya que el incumplimiento de estas “podría acarrear [incluso] la aplicación de reglas de nulidad”.⁵⁹

4.2.1. Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal competente

Este derecho constituye “un principio básico del debido proceso”,⁶⁰ relacionado con el concepto de juez natural, que implica que “las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”,⁶¹ de manera previa a los hechos materia del juicio. Dicho juez natural “deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la ‘norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados part[e] para la formación de las leyes’. En consecuencia, en un Estado de Derecho “solo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores”.⁶² Así, por ejemplo, la Corte IDH ha declarado la responsabilidad internacional de un Estado, cuando este creó salas y juzgados *ad hoc* y designó jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos del caso.⁶³

55 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párrs. 225 y 227. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 233.

56 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 130. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 195.

57 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

58 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. EP. 1998, párr. 161. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 280.

59 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 77.

60 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. EP. 1998, párr. 129. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 109.

61 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 75.

62 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 76.

63 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 114.

Cabe destacar que frente a casos que involucran juzgamientos por jueces o tribunales incompetentes, en algunas sentencias, la Corte IDH “ha considerado innecesario pronunciarse respecto a los otros aspectos del proceso penal que pudieran ser alegados como violatorios del artículo 8 de la Convención”, en la medida que “se está ante un procedimiento viciado desde su origen, lo cual implica que [la víctima] no tuvo acceso a las garantías judiciales”.⁶⁴ Por tanto, como señaló el juez García Ramírez en su voto razonado al caso *Usón Ramírez*, “[e]n cierto modo se trata –para emplear una expresión utilizada en cuestiones probatorias– de ‘frutos de un árbol envenenado’”.⁶⁵ Dicha situación se ha presentado en la mayoría de los casos en los que la justicia militar intervino cuando no era competente, tema que desarrollamos a continuación.

4.2.1.1. *La jurisdicción militar no es competente para juzgar a civiles ni para conocer de casos de violaciones a derechos humanos*

En lo que concierne a la jurisdicción militar,⁶⁶ resulta particularmente interesante revisar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH para, a partir de ello, presentar los respectivos estándares.

La primera sentencia emitida por la Corte IDH respecto de un caso que involucraba la aplicación de la jurisdicción militar fue el de *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. En dicha sentencia, la Corte IDH señaló que “la circunstancia de que se trate de una jurisdicción militar no significa *per se* que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora”.⁶⁷ En ese sentido, la Corte IDH verificó si en dicho proceso, con independencia de si se sustanció ante el fuero militar, se respetaron las debidas garantías. La Corte IDH constató que el padre de la víctima “pudo intervenir en el procedimiento militar, ofrecer pruebas, ejercitar los recursos respectivos y finalmente acudir en casación ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua”, concluyendo que “no p[odía] afirmarse que la aplicación de los decretos sobre enjuiciamiento militar hubiese restringido sus derechos procesales protegidos por la Convención”.⁶⁸

Posteriormente, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*,⁶⁹ la Corte IDH analizó el hecho de que la víctima fuese juzgada ante el fuero militar por ‘jueces sin rostro’, es decir, por jueces respecto de los cuales no se conocía su identidad, situación que, para la Corte IDH, determinaba la imposibilidad para el procesado de valorar la competencia de aquellos. En dicha oportunidad, la Corte IDH consideró que los tribunales castrenses actuaron *ultra vires*, usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios.⁷⁰ A partir de ello concluyó que la víctima “fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso”.⁷¹

Fue hasta el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*,⁷² y un año después, en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*,⁷³ que la Corte IDH determinó mayores estándares frente a la aplicación de la jurisdicción militar.

A partir de dicha evolución, y tomando en cuenta la más reciente jurisprudencia sobre la materia, cabe destacar, en primer lugar, que la Corte IDH ha observado que “la jurisdicción militar se establece

64 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 115. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 120 y 124. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 202.

65 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 10.

66 Sobre el tema del fuero militar se recomienda la lectura de la sección correspondiente en el comentario al artículo 2 a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

67 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 84.

68 *Ibidem*, párr. 85.

69 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

70 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párr. 61.

71 *Ibidem*, párr. 62.

72 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

73 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas”.⁷⁴ En la misma línea, ha hecho notar que, “en los Estados democráticos, en tiempos de paz”, la jurisdicción militar “ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer”.⁷⁵ En ese sentido, la Corte IDH ha declarado que, en caso de que un Estado democrático de derecho conserve la jurisdicción militar, esta debe cumplir con tres características: 1) tener un alcance restrictivo y excepcional;⁷⁶ 2) “encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”,⁷⁷ y, 3) “estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares”.⁷⁸

Para materializar el alcance restrictivo y excepcional de la jurisdicción militar, la Corte IDH ha enfatizado que esta debe tener limitaciones específicas en razón de la persona y de la materia. *En razón de la persona*, la jurisdicción militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo,⁷⁹ de manera que debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles o de militares en retiro, quienes no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter.⁸⁰ *Respecto de la materia o del bien jurídico que involucra el caso*, en el fuero militar solo se debe juzgar “por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”,⁸¹ cometidos en ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.⁸²

Por tanto, la Corte IDH ha establecido que “la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”.⁸³ La Corte IDH ha precisado que esto “se aplica aún en el caso de delitos en que el imputado sea miembro de las fuerzas armadas y no sea un civil el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico protegido, porque, conforme a su jurisprudencia constante, la jurisdicción penal militar debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas armadas,⁸⁴ y todas las vulneraciones de derechos humanos deben ser conocidas en la jurisdicción ordinaria,⁸⁵ lo cual incluye “las cometidas por militares contra militares”.⁸⁶ En el caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, la Corte IDH precisó que si bien dicho estándar se ha desarrollado principalmente a través de casos sobre graves violaciones de derechos humanos, esto solo se debe a que los hechos sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH tenían ese carácter y no a que única y exclusivamente en dichos

74 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 128. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 147.

75 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 132. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 108.

76 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 117. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 194.

77 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 132. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 272.

78 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 117. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 197. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 194.

79 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 194.

80 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999, párr. 151. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 117. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 111.

81 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 194.

82 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 112. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 147.

83 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 194.

84 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 112. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 147.

85 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 273. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 147.

86 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de abril de 2015. Considerando 20. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 147.

casos la competencia para conocer del caso recaiga en la jurisdicción ordinaria.⁸⁷ Por consiguiente, de manera general, “las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia”.⁸⁸ Este estándar “es una garantía del debido proceso que se deriva de las obligaciones mismas contenidas en el artículo 8.1. de la Convención Americana”,⁸⁹ y por ello debe ser respetado por los Estados partes “desde el momento en que ratifican [el] tratado”. Así, el respeto a dicha garantía “no depende únicamente de que así lo haya reafirmado la Corte a lo largo de su jurisprudencia”.⁹⁰

Con mayor razón, la Corte IDH ha establecido que cuando una ley otorgue competencia al fuero militar y determine las normas penales militares aplicables en dicho fuero, “deberá establecer claramente y sin ambigüedad: a) quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares; b) cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar; c) la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y d) la correspondiente sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad”. Como contrapartida, las autoridades que ejerzan la jurisdicción militar deberán regirse “por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito”.⁹¹ En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que un Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”,⁹² a fin de “evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o *ad hoc*”.⁹³

Así, cuando un tribunal militar ha resuelto un caso que no involucra un bien jurídico castrense o respecto de un individuo que no forma parte activa de las fuerzas armadas, la Corte IDH ha declarado de manera categórica la invalidez del proceso y ha ordenado que se garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal o, simplemente ha dispuesto que los hechos sean en efecto investigados por los órganos y jurisdicción competentes, dejando a la jurisdicción interna la decisión sobre la figura procesal para dejar sin efecto el proceso violatorio de la garantía al juez competente. Siguiendo al juez García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, al tratarse de un proceso en el que la jurisdicción militar no tiene competencia, la eventual orden de un nuevo juicio “no [...] afect[a] la cosa juzgada –que no se produjo– ni [...] la prohibición de doble proceso por los mismos hechos o los mismos delitos –porque el primer procedimiento no fue, en rigor, un auténtico proceso a merced [de] la fórmula *ne bis in idem*”.⁹⁴ Asimismo, en relación con la estructura orgánica y composición de los tribunales militares, la Corte IDH ha considerado que carecen de independencia e imparcialidad cuando “sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías

87 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 243. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 403.

88 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 275. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 195.

89 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 244. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 196.

90 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 241. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 196.

91 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párrs. 125-126. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 110.

92 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 129. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 50.

93 *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 50.

94 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales”.⁹⁵

De acuerdo con la Corte IDH, “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.⁹⁶ Dicha afirmación también resulta aplicable cuando el proceso está en la etapa de investigación ante el Ministerio Público Militar, ya que la incompatibilidad de la CADH con la intervención del fuero militar “no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación”, dado que la actuación de dicho ministerio público “constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente”.⁹⁷

Adicionalmente, la Corte IDH ha establecido que “la violación al principio del juez natural se configura durante el tiempo en que las autoridades militares participaron en la investigación o procesos que involucren violaciones a derechos humanos”. Así, por ejemplo, en las sentencias de los casos *Quispialaya Vilcapoma*,⁹⁸ *Osorio Rivera y Familiares*,⁹⁹ y *la Cantuta*,¹⁰⁰ todas contra Perú, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado “por violación al principio del juez natural, solo por el tiempo en que estuvieron en funcionamiento dichos procesos, pues posteriormente se continuó la investigación en el fuero que debía conocerlos desde un principio, es decir, la jurisdicción ordinaria”.¹⁰¹

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que el carácter restrictivo y excepcional de la jurisdicción penal militar también es aplicable a la etapa de ejecución de la pena, por ejemplo, si la respectiva reclusión se da en instalaciones militares.¹⁰² Al respecto, la Corte IDH ha advertido que esto “no significa que la reclusión en instalaciones militares sea *per se* una violación de la CADH, ni implica que funcionarios militares retirados o activos [...] no puedan cumplir condenas en sitios especiales de reclusión, incluyendo instalaciones militares, en virtud de circunstancias excepcionales que justifiquen dicha medida”. En ese sentido, la Corte IDH ha recordado que “[e]l Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en circunstancias de privación de libertad”.¹⁰³ Ciertamente, la Corte IDH ha indicado que, “las funciones ejercidas por un detenido, con anterioridad a su privación de libertad, pueden requerir la adopción de medidas especiales para superar cualquier situación de riesgo a su vida e integridad física, psíquica o moral, de modo que se garantice plenamente su seguridad al

95 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 155. Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 149.

96 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 195.

97 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 177. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 238.

98 Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 141-152.

99 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 187-191.

100 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párrs. 140-142 y 145.

101 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párrs. 198-200. Cabe destacar que en el caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, “dicha violación se tomó en cuenta como un obstáculo para las investigaciones, pues la Corte no contó con información respecto a lo sucedido posteriormente en la jurisdicción castrense”. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 244-246. Por el contrario, en la sentencia del caso *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*, “no se declaró violado el artículo 8 de la Convención por las investigaciones realizadas en el fuero militar, dado que el proceso seguido contra el autor de los hechos estuvo bajo el conocimiento de la jurisdicción militar por menos de un año y que, posteriormente a la reapertura de la causa, esta únicamente fue conocida por la jurisdicción ordinaria, la cual finalmente condenó al responsable. Además, en dicho caso, la jurisdicción ordinaria nunca dejó de conocer las violaciones alegadas porque no atendió la solicitud que le hizo el juez militar. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014, párrs. 108-110.

102 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 29. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 152. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 464.

103 Corte IDH. *Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina. Medidas Provisionales*. Resolución de 27 de noviembre de 2007. Considerando décimo. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 465.

interior del centro penitenciario en que se encuentre o al que pueda ser trasladado, o inclusive mediante su ubicación en otro centro de detención donde sus derechos estén mejor protegidos”.¹⁰⁴ Para considerar que una pena impuesta es violatoria de la CADH, la Corte IDH ha considerado que “son necesarios elementos adicionales que demuestren que, debido a las circunstancias particulares del caso, la reclusión en una instalación militar es contraria a la legislación vigente o a una orden judicial; no está justificada en razones válidas, tales como la protección de la vida e integridad de la persona reclusa; constituye un privilegio o beneficio arbitrario a favor de autoridades militares que cometieron graves violaciones a derechos humanos, o ha degenerado en una situación que no permite la ejecución de la sanción en los términos en que fue impuesta por las autoridades internas o la hace nugatoria, entre otros motivos”.¹⁰⁵

4.2.2. **Derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal independiente**

La Corte IDH ha establecido que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías debido a la independencia con la que debe operar el Poder Judicial, la cual la Corte IDH ha entendido como “esencial para el ejercicio de [sus] funci[ones]”.¹⁰⁶ Así “[l]os justiciables tienen el derecho, derivado de la Convención Americana, a que los jueces que resuelven sus controversias sean y aparenten ser independientes”.¹⁰⁷

En ese sentido, la Corte IDH ha afirmado que el ejercicio independiente de las funciones de los jueces debe ser garantizado por el Estado a través de dos facetas, la institucional y la individual.

Desde la faceta institucional, en relación con el Poder Judicial como sistema, el Estado debe evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos a dicho Poder.¹⁰⁸ la Corte IDH ha estimado así que la dimensión institucional “se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión institucional trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión institucional de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad”.¹⁰⁹

Desde la faceta individual, con relación a la persona del juez específico, se debe evitar que este se encuentre sometido a restricciones o presiones indebidas por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.¹¹⁰ A modo de ejemplo, en el caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, la Corte IDH observó que “de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense del país, e[ra] realizado por el ministro del sector pertinente” y que “[l]os miembros del Consejo Supremo Militar [eran] quienes, a su vez, determina[ban] los futuros ascensos, incentivos profesionales

104 Corte IDH. *Caso María Lourdes Afiuni respecto de Venezuela. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de 10 de diciembre de 2010. Considerando décimo segundo. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 465.

105 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 469.

106 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 171. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 190.

107 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 114. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 218.

108 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 55. Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 186. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 194 y 218.

109 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 55. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 194.

110 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 55. Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 186. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 194 y 218.

y asignación de funciones de sus inferiores”, constatación que para la Corte IDH “p[uso] en duda la independencia de los jueces militares”.¹¹¹

En esa misma línea, y teniendo en cuenta los *Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura*, la Corte IDH ha resaltado que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es, precisamente, la garantía de la independencia de los jueces y que, para tales efectos, “los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución”.¹¹² En consecuencia, basándose en la jurisprudencia del TEDH en los casos *Campbell and Fell vs. the United Kingdom* y *Langborger vs. Sweden*, así como en los citados *Principios Básicos de las Naciones Unidas*, la Corte IDH ha establecido que de la independencia judicial se derivan tres garantías: un adecuado proceso de nombramiento,¹¹³ la inmovilidad en el cargo,¹¹⁴ y la garantía contra presiones externas.¹¹⁵

En cuanto al proceso de nombramiento, la Corte IDH ha señalado que, para la implementación de un verdadero régimen independiente, los Estados deben establecer procedimientos que respeten parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, a fin de evitar un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, y promover que las personas escogidas sean las más idóneas.¹¹⁶

Respecto a los alcances de la inamovilidad, la Corte IDH ha tomado como referencia los citados Principios Básicos 11 y 12 según los cuales “[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los periodos establecidos”, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el periodo para el que hayan sido nombrados o elegidos”. La garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces “no es absoluta”.¹¹⁷ En ese sentido, a partir de la Observación General n.º 32 del Comité DHONU, la Corte IDH ha destacado que “los jueces solo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la [C]onstitución o la ley”, así como el correspondiente ejercicio del derecho de defensa.¹¹⁸ Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces “fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias”.¹¹⁹ De esta manera, “la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”.¹²⁰

En cuanto a la garantía contra presiones externas, los referidos Principios Básicos 2 y 4 disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.¹²¹

111 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 129-130.

112 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 73. Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 303.

113 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 75. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 191.

114 *Idem*.

115 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 73. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 191.

116 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 74.

117 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párrs. 191-192.

118 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 74. Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 118. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párrs. 196 y 199-200.

119 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párrs. 196 y 200.

120 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 74. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 198. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párrs. 196 y 200.

121 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 100. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 197.

De esta forma, “el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas sea en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan”.¹²²

A partir de ello, la Corte IDH ha establecido que “(i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; (ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o periodo de su mandato, y (iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces y las juezas en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1. de la CADH, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c) de la Convención Americana”.¹²³

En este punto cabe destacar que, si bien en la sentencia del caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, la Corte IDH señaló “que el derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1. de la Convención solo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado por un juez independiente”,¹²⁴ los casos del Tribunal Constitucional (*Camba Campos y otros*) y de la Corte Suprema de Justicia (*Quintana Coello y otros*), ambos contra Ecuador, permitieron precisar dicha jurisprudencia afirmando que “la independencia judicial no solo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial”, de tal manera que “la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el periodo de su nombramiento. En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo”.¹²⁵

A continuación, presentamos el desarrollo jurisprudencial de dos supuestos específicos en los cuales la Corte IDH se ha referido a la independencia judicial: los jueces provisorios y los juicios políticos.

4.2.2.1. La independencia judicial en relación con el nombramiento, permanencia y destitución de jueces provisorios

La Corte IDH ha señalado que “el Estado debe ofrecer las garantías que emanan del principio de la independencia judicial, tanto a los jueces titulares como a los provisorios”.¹²⁶ Los jueces provisorios y temporales son, por definición, elegidos de forma distinta a los jueces titulares y no cuentan con una permanencia ilimitada en el cargo. Así, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, “aunque las garantías con las que deben contar los jueces titulares y provisorios son las mismas [...], estas no conlleven igual protección para ambos tipos de jueces”. No obstante, en cuanto al proceso de nombramiento, la Corte IDH ha indicado que ello “no quiere decir que los jueces provisorios y temporales no deban contar con ningún procedimiento al ser nombrados, [pues] según los [ya citados] Principios Básicos “[t]odo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que este no sea nombrado por motivos indebidos””.¹²⁷

122 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 146. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 186.

123 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 155. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 199. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 192.

124 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 148.

125 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 179.

126 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 114. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 103.

127 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 115. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 104.

Asimismo, en lo que concierne a la inamovilidad, la Corte IDH ha manifestado que los jueces provisorios pueden disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que ponga fin legal a su mandato,¹²⁸ “tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente”.¹²⁹ Por tanto, “los jueces provisorios y temporales deben contar con cierto tipo de estabilidad en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción”.¹³⁰

En lo que corresponde a la garantía contra presiones externas, la Corte IDH ha señalado su estrecha vinculación con la de inamovilidad del cargo, “toda vez que si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un periodo determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial”.¹³¹

Sin perjuicio de lo expuesto, la Corte IDH ha sostenido que “los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial”.¹³² En esa misma línea, la Corte IDH ha precisado que “para que el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes”. Ello explica que la provisionalidad sea admisible como excepción y que deba tener una duración limitada en el tiempo, “en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad”.¹³³

4.2.2.2. La independencia judicial en relación con los juicios políticos

En el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, referido a la destitución arbitraria de tres magistrados producto de la aplicación de una sanción por parte del Poder Legislativo en el marco de un juicio político, la Corte IDH estimó necesario recordar que:

toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.¹³⁴

Al respecto precisó que es ilícita “toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”, y que esto es más importante “cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción”.¹³⁵

128 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 116. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 105.

129 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 43. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 105.

130 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párrs. 105 y 117.

131 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 117. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 106.

132 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 43. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 107.

133 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 118. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 107.

134 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 68. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2014, párr. 258.

135 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 68. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 166.

Adicionalmente, la Corte IDH se refirió a la necesidad de garantizar la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho “y, en especial, la del juez constitucional” por la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento.¹³⁶ Esto en atención a las causas que, en el caso concreto, derivaron en el ejercicio de atribuciones del congreso para llevar a cabo el juicio político y determinar la responsabilidad de los citados magistrados del Tribunal Constitucional.

Esta jurisprudencia fue ratificada por la Corte IDH en los casos *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*,¹³⁷ y *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*,¹³⁸ ambos contra Ecuador.

4.2.3. Derecho a un un debido proceso ante un juez o tribunal imparcial

La Corte IDH ha establecido que el debido proceso tiene como uno de sus presupuestos fundamentales “que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial”.¹³⁹ Esto supone que “el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio”,¹⁴⁰ lo que a su vez permite “que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”.¹⁴¹ La falta de imparcialidad no se presume, sino que debe ser evaluada caso por caso.¹⁴²

En ese sentido, partiendo de la jurisprudencia del TEDH en el caso *Daktaras vs. Lithuania*, la Corte IDH ha establecido que la imparcialidad del juez debe analizarse desde dos perspectivas, la subjetiva y la objetiva.¹⁴³ La *imparcialidad personal o subjetiva* supone que “el juez que interviene en una contienda particular se aproxima a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal”.¹⁴⁴ Dicha imparcialidad “se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes”.¹⁴⁵ En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, siguiendo al TEDH en el caso *Kyprianou vs. Cyprus*, la Corte IDH ha indicado que se debe tratar de determinar “si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales”, lo que permite conocer sus intereses o motivaciones personales en un asunto determinado.¹⁴⁶

La *imparcialidad objetiva* se prueba ofreciendo garantías suficientes que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.¹⁴⁷ Conforme al Principio 2 de los referidos *Principios Básicos de las Naciones Unidas* “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”.¹⁴⁸ De esta manera,

136 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 75. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 166.

137 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 166.

138 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

139 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 171. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 177. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 233.

140 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 171. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 162.

141 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 171. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 162.

142 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 168.

143 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 171. Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párrs. 189 y 234.

144 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 171. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 162.

145 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 56. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 163.

146 Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 234. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 163.

147 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 171. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 233.

148 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC.

siguiendo la jurisprudencia del TEDH en los casos *Pabla K. Y. vs. Finlad* y *Morris vs. the United Kingdom*, “se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia”.¹⁴⁹ Así, por ejemplo, la Corte IDH ha declarado que si “las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra [...] grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos”, se afecta considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador.¹⁵⁰

La imparcialidad del tribunal implica, en consecuencia, “que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”.¹⁵¹ En ese sentido, la Corte IDH ha resaltado que “una violación del artículo 8.1. de la CADH por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales”.¹⁵²

Dicho esto, y ya que la garantía de imparcialidad judicial debe ser respetada por las autoridades judiciales *ex officio*, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH en los casos *Micallef vs. Malta* y *Castillo Algar vs. Spain*, ha señalado que “si existe una razón legítima y objetiva para poner en duda [dicha] imparcialidad [...], [el juez] debe inhibirse de participar en la adopción de la decisión que corresponda”.¹⁵³ No obstante, la Corte IDH ha considerado que “aun cuando esté permitida por el derecho interno, la inhibición no es suficiente para garantizar la imparcialidad del órgano juzgador, puesto que se debe demostrar que el justiciable tenía la posibilidad de cuestionar la idoneidad y competencia del juzgador que debiendo inhibirse no lo hiciera”.¹⁵⁴

Por tanto, en el supuesto que un juez no se inhiba y exista duda sobre su imparcialidad, la Corte IDH se ha referido a la figura de la recusación, la cual es una institución que “tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso y, por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la [j]urisdicción”.¹⁵⁵

A partir de la recusación “[se] otorga derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal d[e] este], existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiendo de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado”.¹⁵⁶ Sin embargo, si bien “la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial”, no es un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, “un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es —o actuará de forma— parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es —o actuará de forma— imparcial”.¹⁵⁷ Así, la recusación “no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más

2008, párr. 56. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 162.

149 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 170.

150 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 129-130.

151 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 146. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 162.

152 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 190. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 165.

153 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 147. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 238.

154 Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 226.

155 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 63. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 224.

156 *Idem*.

157 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 64. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 225.

bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales”.¹⁵⁸

Sobre el derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal imparcial, presentamos la jurisprudencia de la Corte IDH en dos supuestos específicos: el órgano legislativo encargado de los juicios políticos y los organismos de supervisión profesional médica.

4.2.3.1. Imparcialidad en el órgano legislativo encargado de los juicios políticos

En el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, en el marco del juicio político llevado a cabo por el Congreso de la República respecto a tres de los magistrados de dicho órgano, la Corte IDH encontró probado, *inter alia*: 1) “que 40 congresistas enviaron una carta al Tribunal Constitucional solicitando que se pronunciara sobre la inconstitucionalidad o no de [una] Ley [...], relativa a la reelección presidencial”; 2) “que algunos de los congresistas que enviaron dicha comunicación luego participaron en las diferentes comisiones y subcomisiones que se nombraron en el proceso [del juicio político]” promovido en el Congreso frente al pronunciamiento de los tres magistrados sobre dicha ley, y 3) que pese a la prohibición expresa del reglamento del Congreso, algunos miembros de la Comisión Permanente de este participaron en la votación sobre la destitución constitucional de los referidos magistrados. Por consiguiente, la Corte IDH concluyó que “el Congreso, en el procedimiento del juicio político, no aseguró a los [m]agistrados destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1. de la Convención Americana”.¹⁵⁹ Así, haciendo mención a los citados *Principios Básicos de las Naciones Unidas*, la Corte IDH recordó que, en cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, “la autoridad a cargo del proceso [...] debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”.¹⁶⁰

4.2.3.2. Imparcialidad en los organismos de supervisión profesional médica

En el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH consideró oportuno expresar algunas consideraciones respecto a la imparcialidad en la labor que realizan los organismos de supervisión profesional médica, tomando como referencia la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, todas ellas aprobadas por la Conferencia General de la Unesco.

La Corte IDH señaló que, “[d]entro de las funciones de los tribunales de colegios profesionales de la medicina, están las relativas al deber de supervisar y velar por el ejercicio ético de la profesión y proteger aquellos bienes jurídicos que se relacionan con la práctica médica, tales como la vida, la integridad personal y el manejo de la información médico científica sobre la salud de los pacientes”.¹⁶¹

En razón de ello, la Corte IDH consideró “fundamental que los órganos de supervisión profesional, al conocer y ejercer control sobre el ejercicio profesional de los médicos y sancionarlos disciplinariamente, lo hagan de forma imparcial, objetiva y diligente para amparar los bienes y valores a los que sirve el desempeño profesional, guiándose por los lineamientos generalmente aceptados de la ética, la bioética, la ciencia y la técnica”. Ello, sobre todo, teniendo en cuenta que “las conclusiones a las que llegan los órganos profesionales pueden influir de manera significativa en el examen que hagan, a su vez, las instancias del Estado, aun cuando estas no se hallan formalmente limitadas, condicionadas o vinculadas por aquellos”.¹⁶²

158 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 64. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 224.

159 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 78.

160 *Ibidem*, párr. 74.

161 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 77.

162 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 78.

4.3. Derecho a que el juez o tribunal decidan los casos sometidos a su consideración en un plazo razonable

Reconociendo que el “plazo razonable” no es un concepto de sencilla definición,¹⁶³ el Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia “debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable”,¹⁶⁴ ya que una demora prolongada o “[l]a falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”.¹⁶⁵

Al respecto, siguiendo al TEDH en el caso *Guincho vs. Portugal*, la Corte IDH ha establecido que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento, desde el primer acto procesal hasta que se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto –incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse–, con lo cual se agota la jurisdicción.¹⁶⁶ Particularmente en materia penal, “este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”, por ejemplo, en la fecha de la aprehensión del individuo,¹⁶⁷ o, en caso de que ello no proceda, a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.¹⁶⁸ Así, el principio de “plazo razonable” tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente.¹⁶⁹

Adicionalmente, cabe destacar que si bien en un inicio la Corte IDH estableció que el periodo de cumplimiento de una sentencia corresponde al análisis del artículo 25.2.c) de la CADH por tener este “vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos”,¹⁷⁰ este estándar ha sido matizado con posterioridad al considerar que “el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable”.¹⁷¹ Adicionalmente, la Corte IDH ha precisado que, si bien es cierto, “en términos generales [se] debe considerar la duración global de un proceso a efectos de analizar su plazo razonable, en ciertas situaciones particulares puede ser pertinente una valoración específica de sus distintas etapas”.¹⁷²

Dicho esto, en misma línea de la jurisprudencia del TEDH en el caso *Motta y Ruiz Mateos vs. Spain*, la Corte IDH ha establecido que la determinación de la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso debe considerar cuatro elementos: 1) la complejidad del asunto; 2) la actividad procesal del interesado; 3) la conducta de las autoridades judiciales,¹⁷³ y 4) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.¹⁷⁴ Cabe

163 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 77.

164 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 73. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 152. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 237.

165 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 165. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 237.

166 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 71. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 176.

167 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 70.

168 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 168.

169 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 70.

170 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 84. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 149.

171 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 149-150.

172 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 403. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 100.

173 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 77. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 238.

174 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 155. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 238.

destacar que, en la valoración de dicho plazo razonable, la Corte IDH observa también la legislación nacional sobre la materia.¹⁷⁵

En cuanto a la *complejidad del asunto*, la Corte IDH ha tenido en cuenta diversos criterios para determinarla.¹⁷⁶ Entre ellos, “la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas”, “el número importante de incidentes e instancias”,¹⁷⁷ la propia complejidad de la prueba,¹⁷⁸ la pluralidad de los sujetos procesales,¹⁷⁹ y presuntas víctimas,¹⁸⁰ la imposibilidad de detener a los inculpadlos,¹⁸¹ el tiempo transcurrido desde la violación,¹⁸² las características del recuso consagradas en la legislación interna,¹⁸³ el contexto en el que ocurrió la violación,¹⁸⁴ si el asunto comprende debates técnicos,¹⁸⁵ si se trata de asuntos de gran relevancia y/o que requieran de un cuidado especial, así como de si supone procesos usuales para los Estados.¹⁸⁶ En este sentido, tomando como fuente al TEDH en el caso *Milasi vs. Italia*, la Corte IDH ha establecido que “la complejidad debe determinarse por la naturaleza de las acusaciones, el número de acusados y la situación política y social reinante en el lugar y tiempo de la ocurrencia de los hechos”.¹⁸⁷ En todo caso, también citando al TEDH en el caso *Baraona vs. Portugal*, la Corte IDH ha señalado que “[a]ún si se estuviese ante una causa compleja en sus aspectos de fondo, los tribunales internos deben actuar con la debida prontitud en la resolución de la causa para el conocimiento de la misma”.¹⁸⁸

Respecto a la *actividad procesal del interesado*, de acuerdo con la Corte IDH, se deben evaluar los “comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna”,¹⁸⁹ a fin de verificar si del expediente ante la Corte IDH se desprende que las presuntas víctimas o sus familiares han entorpecido o demorado los procesos judiciales.¹⁹⁰ Citando la jurisprudencia del TEDH en los casos *Guichon vs. France*, *Stoidis vs. Greece* y *Glaser vs. the United Kingdom*, la Corte IDH ha señalado que “[s]i la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura por parte del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable”.¹⁹¹ Así, la Corte IDH ha evaluado, *inter alia*, si el in-

175 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 130. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 160.

176 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 156. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 300. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 179.

177 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 78. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 165.

178 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 78. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 157.

179 *Ver, inter alia*, Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, párr. 106. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 133. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 165.

180 *Ver, inter alia*, Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 221. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 165.

181 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 156.

182 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 150. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 245. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 158.

183 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 83. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 158.

184 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 184. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 293. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 156.

185 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párrs. 163 y 176. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 165.

186 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 67.

187 Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 190. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 179.

188 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 130.

189 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 57.

190 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 157.

191 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 57.

teresado obstaculizó el proceso interno o si participó activamente haciendo todo lo posible para avanzar en la resolución del mismo;¹⁹² si hubo desinterés de su parte, o si se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación del país.¹⁹³ Al respecto, la Corte IDH ha considerado que “la interposición de recursos constituye un factor objetivo, que no debe ser atribuido ni a la presunta víctima ni al Estado demandado, sino que debe ser tomado en cuenta como un elemento objetivo al determinar si la duración del procedimiento excedió el plazo razonable”.¹⁹⁴

Respecto a la *conducta de las autoridades judiciales*, se evalúan los comportamientos que por su acción u omisión afectan la prolongación de la actuación judicial interna,¹⁹⁵ así como todos los procesos o procedimientos no judiciales que, de alguna manera, inciden en la causa y que pueden dejar entrever el comportamiento de las autoridades públicas.¹⁹⁶ Así, por ejemplo, no se respeta el plazo razonable en caso de que una investigación haya sido abandonada sin llegar a la identificación y a la sanción de los responsables,¹⁹⁷ ni cuando las autoridades no aceleran el proceso a su cargo y no tienen en cuenta los efectos que el tiempo tendría sobre los derechos de los implicados.¹⁹⁸ En su análisis, la Corte IDH ha valorado también la actuación de las autoridades del Estado en calidad de parte demandada en el proceso, con el fin de establecer si se les podrían atribuir las dilaciones.¹⁹⁹ Asimismo, y vinculado al elemento anterior, la Corte IDH ha señalado que “el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo [...] que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios”.²⁰⁰ Así, la Corte IDH ha recordado que “el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos”.²⁰¹

En lo que concierne a la *afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo*, la Corte IDH ha señalado que “[s]i el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”. Para ello, se deberá tomar en consideración, entre otros elementos, la materia objeto de controversia.²⁰² De esta manera, no se respetan las exigencias del plazo razonable cuando no se tienen en cuenta los derechos e intereses en juego en el proceso, o las afectaciones significativas, irreversibles e irremediables que el retraso en la decisión judicial puede generar en la situación jurídica y los derechos de las personas involucradas.²⁰³ A partir de ello, en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, que involucraba a un niño con discapacidad, la Corte IDH consideró que:

en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la

192 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 169-175. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párr. 226.

193 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 79.

194 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párrs. 173-174. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 211.

195 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 57.

196 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 131.

197 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 162.

198 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 70. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 179-186. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párr. 227.

199 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 187.

200 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párrs. 114-115. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 207.

201 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 83. Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 265.

202 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 155. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 75. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 187.

203 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 76.

tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos [...] y se eviten efectos negativos de carácter irreversible.²⁰⁴

De igual manera, en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH ha establecido que “es necesario actuar con especial celeridad cuando, por el propio diseño interno normativo, la posibilidad de activar una acción civil de daños y perjuicios depende del proceso penal. Además, citando al TEDH en los casos *Laudon vs. Alemania*, *Orzel vs. Polonia*, *Inversen vs. Dinamarca*, *X. vs. Francia* y *F. E. vs. Francia*, la Corte IDH ha indicado que se exige una diligencia especial en aquellos casos en los cuales está en juego la integridad de la persona, como en lo que concierne a una persona con VIH.²⁰⁵

No obstante, sobre este cuarto elemento, incluido a partir del año 2008 en la sentencia del caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, la Corte IDH ha emitido fallos en los cuales ha considerado innecesario analizarlo para determinar la razonabilidad o no del plazo,²⁰⁶ situación que ha generado cuestionamientos en la doctrina.²⁰⁷

La Corte IDH ha declarado que la pertinencia de aplicar los referidos cuatro criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias particulares de cada caso,²⁰⁸ pues en determinados supuestos “el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”.²⁰⁹ Sin embargo, en algunos casos también ha considerado que no es necesario analizar los citados cuatro elementos “dado que es evidente que el tiempo transcurrido sobrepasa excesivamente el plazo que pudiera considerarse razonable” para que el Estado investigue los hechos, “máxime si se tiene en cuenta que a ese tiempo se le deberá sumar aquel que tome la individualización e identificación de los responsables y el trámite del proceso penal con sus distintas etapas, hasta la obtención de una sentencia firme”.²¹⁰

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que “no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional”,²¹¹ o “una sobrecarga crónica de casos pendientes”.²¹² El alto número de causas pendientes ante un tribunal tampoco “justifica por sí solo que se afecte el derecho del individuo a obtener en un plazo razonable una decisión”.²¹³ En todo caso, la jurisprudencia establece que “corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un periodo determinado que exceda los límites del plazo razonable”,²¹⁴ por ejemplo, “si este expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el caso”.²¹⁵

204 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 196 y 203.

205 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párrs. 312-313.

206 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 138. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 165. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 187.

207 Salmón, E. y Blanco, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Cooperación Alemana al Desarrollo, Lima, 2012, pp. 204, 222, 223 y 227.

208 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 171. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 238.

209 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 149. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 244.

210 Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 153.

211 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 137. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 74.

212 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 137. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 74.

213 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 180. Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 270.

214 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 145. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 239.

215 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 257. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párr. 237.

En caso de no demostrarlo, la Corte IDH “tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto”.²¹⁶

Finalmente en este punto —y sin perjuicio de lo desarrollado en el comentario sobre el “derecho a la libertad personal”—,²¹⁷ corresponde hacer una precisión sobre la relación entre el concepto del plazo razonable en el proceso judicial y el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, reconocido en el artículo 7.5. de la CADH.

De acuerdo con la Corte IDH, pese a que “ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona”, es necesario distinguir entre el artículo 7.5., sobre la duración de la medida cautelar privativa de la libertad, y el artículo 8.1. referido al plazo para la conclusión del proceso.²¹⁸ Sobre el particular, la Corte IDH ha establecido que “[c]uando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas de la privación de libertad” y “[e]ste derecho del individuo trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad”.²¹⁹

4.4. Deber de motivar las resoluciones en un proceso

El deber de motivar las resoluciones es una de las “debidas garantías” vinculada con la correcta administración de justicia para salvaguardar el derecho a un debido proceso,²²⁰ no solo del imputado sino también de la víctimas y/o sus familiares, “en relación con sus derechos de acceso a la justicia y a conocer la verdad”.²²¹

La Corte IDH ha establecido que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”,²²² de manera que “protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”.²²³ Así, “una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial”.²²⁴

En la misma línea de lo declarado por el TEDH en el caso *Hadjianastassiou vs. Greece*, la Corte IDH ha señalado que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias,²²⁵ ya que “la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas”, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.²²⁶ Además, en aquellos casos en que las decisiones

216 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 156. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 239.

217 Sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable ver la sección correspondiente en el comentario al artículo 7 (derecho a la libertad personal) a cargo de Casal.

218 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 119.

219 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 70. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 120.

220 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 77. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 248.

221 Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 151.

222 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itiiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 107. Corte IDH. *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. EPF. 2012, párr. 100. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 248.

223 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 77. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 141. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 248.

224 Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 151.

225 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párrs. 152-153. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 248.

226 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC.

son recurribles, la motivación proporciona a las partes la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.²²⁷

No obstante ello, la Corte IDH ha sido clara al señalar que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, “sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha”.²²⁸

Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que “el requisito de que la decisión sea razonada, no es equivalente a que haya un análisis sobre el fondo del asunto, estudio que no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso”.²²⁹

En consecuencia, “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión”, de manera clara y expresa, “a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”.²³⁰ Por su parte, en el ámbito disciplinario se vuelve “imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad”.²³¹

4.5. Derecho a la defensa

El derecho a la defensa “obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”.²³² Por lo tanto, “desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa”.²³³

Conforme a lo establecido en la opinión consultiva el *derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.²³⁴

Al respecto, la Corte IDH ha resaltado que el derecho a la defensa, necesariamente, debe “poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso,²³⁵ incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”.²³⁶

De acuerdo con la Corte IDH:

[s]ostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, [...], a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de

2008, párr. 78. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 248.

227 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 78. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 270.

228 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 90. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 146.

229 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 94.

230 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 122. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 248.

231 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 120.

232 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 29. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 153.

233 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párrs. 174-175. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 152.

234 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párrs. 117 y 119. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 146.

235 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 29. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 153.

236 *Idem*.

actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención.²³⁷

En esta misma línea, ha establecido que:

[i]mpedir que la persona ejerza su derecho de defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada.²³⁸

Así, de acuerdo con la Corte IDH, el derecho a la defensa:

se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.²³⁹

La CADH otorga garantías específicas tanto al derecho de defensa material –por ejemplo a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 8.2.g) y a las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (art. 8.3.)–, como al de defensa técnica.²⁴⁰

Las garantías mínimas del derecho de defensa son desarrolladas en el siguiente apartado correspondiente al artículo 8.2. de la CADH.

5. Garantías mínimas en el marco del derecho a las garantías judiciales (art. 8.2. de la CADH)

La Corte IDH ha señalado que el artículo 8.2. de la CADH establece las garantías mínimas que, “por lo menos”, deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal.²⁴¹

De acuerdo con la Corte IDH, “[a] denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”.²⁴² Por ello, “la Convención no impide que los Estados adopten medidas adicionales a aquellas reconocidas en el artículo 8.2.”,²⁴³ asumiendo una “extensión *pro persona* por obra de ordenamientos nacionales o internacionales y de interpretaciones jurisprudenciales”.²⁴⁴

En este punto, es importante destacar que “[l]a Convención no acoge un sistema procesal penal en particular [sino que d]eja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que [se] respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros

237 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 29. Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 175.

238 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 29. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 209.

239 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 61. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 153.

240 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 153.

241 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 24. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 73.

242 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 24. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 176.

243 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 24. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párr. 84.

244 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 5.

tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional”.²⁴⁵

Por otro lado, cabe resaltar que si bien la redacción de la CADH se refiere al derecho de “[t]oda persona inculpada de delito” y por ende sujeta a un enjuiciamiento penal en sus distintas etapas –investigación, acusación, juzgamiento y condena–,²⁴⁶ conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del artículo 8 se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda a otros órdenes distintos al penal, esto es, al civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.²⁴⁷ De acuerdo con la Corte IDH, obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas es un derecho humano. Así, “[l]as garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.²⁴⁸

En efecto, dado el alcance del artículo 8.2. de la CADH, la Corte IDH se ha pronunciado sobre la aplicabilidad del mismo en una diversidad de casos,²⁴⁹ entre otros, “en el marco de dos casos relacionados con un juicio político y la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú por el Congreso,²⁵⁰ y un juicio político contra vocales del Tribunal Constitucional ecuatoriano,²⁵¹ así como en el ámbito del desarrollo de procesos administrativos y laborales conducidos por el poder ejecutivo en contra de funcionarios públicos,²⁵² y ciudadanos”.²⁵³ En estas sentencias, la Corte IDH no ha limitado la aplicación del artículo 8.2. de la CADH a procesos penales,²⁵⁴ sino la ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos ante autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral; así mismo ha indicado que tanto en estas como en otro tipo de materias “el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”.²⁵⁵ Naturalmente, lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a cada proceso, según su naturaleza y alcance.²⁵⁶

Finalmente, es importante citar al juez García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, en el cual plantea la relación entre los artículos 8.1. y 8.2. de la CADH. El juez García Ramírez expone las situaciones que se podrían presentar en el análisis de un caso que compromete la garantía del juez competente, independiente e imparcial (art. 8.1.) y las correspondientes consecuencias jurídicas en cuanto a las garantías mínimas del debido proceso legal (art. 8.2.).

Si en un procedimiento se hubiesen observado formalmente todas las garantías judiciales mínimas señaladas en el artículo 8.2. de la CADH, pero no la garantía del juez competente, independiente e imparcial prevista en el artículo 8.1. “no se entendería que hubo debido proceso ni se aceptaría que su culminación constituyese sentencia definitiva”, ya que “todas las actuaciones fueron realizadas ante un órgano que no cumplía las condiciones del artículo 8.1.”, lo cual es un “defecto insubsanable”. A modo de ejemplo se señala que, si se trató de un juez incompetente, parcial y dependiente, pero que hizo efectivas las garantías del artículo 8.2., “esta última situación no lo dota de la capacidad para resolver la

245 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párr. 66.

246 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 91.

247 Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 149. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párrs. 69-71. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 157.

248 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 127. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 73.

249 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 74.

250 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001.

251 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

252 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

253 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

254 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

255 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 70. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 166. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 205.

256 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 75.

controversia ni convalida la violación al artículo 8.1. [ya que] ‘el justiciable no fue oído por quien debió oírlo’”. Es en este supuesto en el que la Corte IDH –normalmente– no considera necesario analizar o declarar otras eventuales violaciones al artículo 8.2. ya que, conforme lo señala el juez García Ramírez, “[t]odos los actos se hallan tocados por el vicio en el origen del procedimiento”. Además, “[e]n tales casos, la Corte ha dispuesto la invalidez del procedimiento y franqueado la puerta que conduce a un verdadero proceso”.²⁵⁷

Y si, por el contrario, en un procedimiento se satisface la garantía del juez competente, independiente e imparcial pero se vulnera alguna de las garantías mínimas del artículo 8.2. de la CADH, “sería admisible la reposición de actos o etapas del procedimiento, posiblemente ante la misma autoridad jurisdiccional que lo condujo, a condición de que la causa se tramite con apego a las garantías inicialmente desatendidas, en la medida en que esto sea jurídicamente necesario y posible”. Así, por ejemplo, si al inculcado no se le brindó el tiempo y los medios para preparar su defensa, es posible que se reponga el procedimiento o una parte de este para satisfacer dicho derecho. Ello es así porque “el justiciable fue oído por quien debió oírlo, pero no en la forma en que debió hacerlo”.²⁵⁸

Dicho esto, a continuación presentamos la jurisprudencia de la Corte IDH respecto a cada una de las garantías mínimas previstas en el artículo 8.2. que, como ha quedado señalado, deben tener como presupuesto la garantía de un proceso seguido ante un juez competente, independiente e imparcial en los términos del artículo 8.1.

5.1. Derecho a la presunción de inocencia

La Corte IDH ha señalado que el principio de presunción de inocencia “constituye un fundamento de las garantías judiciales”,²⁵⁹ “al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”,²⁶⁰ de modo que, dicho principio, “es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa”.²⁶¹

La presunción de inocencia implica “que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada”.²⁶²

En la medida que “la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal”,²⁶³ dicho principio establece que “el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye”, ya que la carga de la prueba (*onus probandi*) recae en la parte acusadora.²⁶⁴ En efecto, la presunción de inocencia “exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión”.²⁶⁵ Precisamente por ello, si contra una persona obra prueba incompleta o insuficiente de su responsabilidad penal, “no es procedente condenarla, sino absolverla”,²⁶⁶ en la medida que para una sentencia

257 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrs. 7, 8 y 10.

258 *Idem*.

259 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 77. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 85.

260 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 77. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 183.

261 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 154. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 128.

262 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 157. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 310. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 126.

263 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 182. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 127.

264 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 154. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 127.

265 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 128.

266 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 120. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*

condenatoria debe existir prueba plena, o más allá de toda duda razonable, de dicha responsabilidad.²⁶⁷ En consecuencia, el principio de presunción de inocencia “acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”.²⁶⁸

En relación con el deber de los jueces, y siguiendo el desarrollo de la jurisprudencia del TEDH en el caso *Barberà, Messegue and Jabardo vs. Spain*, la Corte IDH ha señalado que la presunción de inocencia “implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa, y no del acusado, y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado”.²⁶⁹ En ese sentido, “[l]a presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que [sí lo] es”.²⁷⁰

Asimismo, la Corte IDH ha citado al TEDH en el caso *Allenet de Ribemont vs. France* para indicar que “[el derecho a la] presunción de inocencia puede ser violado no solo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública”,²⁷¹ por lo que si bien “no [se] puede impedir a las autoridades informar al público acerca de las investigaciones criminales en proceso”, sí se “requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela necesarias para que [el derecho a] la presunción de inocencia sea respetado”.²⁷² Por ello, también siguiendo al TEDH en los casos *Daktaras vs. Lithuania*, *But evic ius vs. Lituania*, *Ismoilov y otros vs. Rusia*, *Böhmer vs. Alemania*, y *Khuzhin y otros vs. Rusia*, la Corte IDH ha señalado que “las autoridades estatales deben elegir cuidadosamente sus palabras al declarar sobre un proceso penal, antes de que una persona o personas haya sido juzgada y condenada por el delito respectivo”. Conforme a la Corte IDH:

[s]i bien en el marco del proceso penal en sí mismo, los señalamientos de culpabilidad por parte de funcionarios tales como fiscales y procuradores no constituyen una violación a la presunción de inocencia, las declaraciones de estos funcionarios a la prensa, sin calificaciones o reservas, infringen la presunción de inocencia en la medida en que fomenta que el público crea en la culpabilidad de la persona y prejuzga la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente.²⁷³

Así, tomando dicho referente, la Corte IDH ha establecido que el artículo 8.2. de la CADH “exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”.²⁷⁴ Así, la Corte IDH ha advertido que “la presunción de inocencia exige que las autoridades estatales sean discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal”.²⁷⁵

De esta manera, la Corte IDH ha afirmado que:

vs. México. EPFRC. 2010, párr. 183.

267 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 120. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 128. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párrs. 126 y 128.

268 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 154. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 128.

269 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 184. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 127.

270 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 184. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 128.

271 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párrs. 159-160. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 244.

272 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párrs. 159-160. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 127.

273 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 244.

274 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párrs. 159-160. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 127.

275 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 244.

[e]s legítimo, y en ocasiones constituye un deber, que las autoridades estatales se pronuncien sobre cuestiones de interés público. No obstante, las declaraciones públicas emitidas por funcionarios públicos deben guardar una especial cautela, a efectos de no infringir los derechos de las personas, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden llegar a tener en determinados sectores de la población, así como para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos.²⁷⁶

Al respecto, citando al TEDH en los casos *G. C. P. vs. Rumania*, e *Ismoilov y otros vs. Rusia*, la Corte IDH ha establecido que “existe una clara diferencia entre las declaraciones donde se manifiesta una sospecha de que alguien es responsable de un determinado delito, y aquellas donde claramente se establece, en ausencia de una condena definitiva, que alguien es responsable del delito en cuestión”.²⁷⁷ Sobre el particular, la Corte IDH ha reiterado su jurisprudencia según la cual “las autoridades estatales deben tener en cuenta que los funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer estos”.²⁷⁸ Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política [...] precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado.²⁷⁹ Tomando como referente el caso *Allenet de Ribemont* del TEDH, la Corte IDH estableció que:

[l]a presunción de inocencia no impide que las autoridades mantengan debidamente informada a la sociedad sobre investigaciones penales, pero requiere que cuando lo hagan, guarden la debida discreción y circunspección necesaria para garantizar la presunción de inocencia de los posibles involucrados.²⁸⁰

Adicionalmente, en el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, la Corte IDH ha señalado que más allá de la compatibilidad con la CADH:

de instituciones que buscan la colaboración de ciertos implicados con la parte acusadora a cambio de determinadas contraprestaciones —como la del colaborador eficaz, el arrepentido o [...] de prescindir de la persecución penal de uno de los partícipes cuando haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave— [...], lo cierto es que es posible afirmar la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un co-imputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia [...] [Por tanto] fundar una condena sobre la base de una declaración de un co-imputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia.²⁸¹

Por otro lado, es importante destacar, en este apartado, que del principio de presunción de inocencia “deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia”, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.²⁸²

276 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 245.

277 *Ibidem*, párr. 246.

278 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 131. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 247.

279 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 139. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 247.

280 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 247.

281 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 133.

282 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 77. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 121.

En consecuencia, una prolongada detención preventiva equivaldría a anticipar la pena,²⁸³ y, por tanto, puede violar el principio de presunción de inocencia.²⁸⁴

5.2. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal

Durante los trabajos preparatorios de la CADH, los representantes de los Estados debatieron sobre la remoción o el mantenimiento de la palabra “gratuitamente” en la formulación del artículo, basándose en la forma en que el derecho en cuestión estaba regulado en sus respectivas legislaciones internas. No obstante, la propuesta de remoción fue rechazada y quedó aprobado el texto a partir de “una enmienda conjunta presentada por las delegaciones de El Salvador y Colombia” que responde a la versión actual del artículo.²⁸⁵

Sobre el contenido del derecho, la Corte IDH ha afirmado que para que un proceso alcance sus objetivos, “debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”, atendiendo así al “principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación”. De esta manera, frente a condiciones de desigualdad real entre las personas, los Estados están obligados “a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.²⁸⁶

De acuerdo con la Corte IDH, “[s]i no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.²⁸⁷

Teniendo en cuenta tales criterios, la Corte IDH ha analizado la situación de extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, muchas veces con un idioma que desconocen, y experimentando una condición de particular vulnerabilidad;²⁸⁸ así como casos de personas pertenecientes a una comunidad campesina o pueblo indígena.²⁸⁹ Tomando como referencia lo expuesto en un caso cuya víctima era miembro de un pueblo indígena, de acuerdo con la Corte IDH, la obligación del Estado sobre este punto consiste en asegurar que las personas “puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales [...], facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”.²⁹⁰

Asimismo, cabe destacar en este punto la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, aun cuando fue desarrollada en cuanto a la violación del derecho a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley. En dicho caso, el director del Centro Penal de Tela en el que se encontraba interno el señor López Álvarez prohibió a la población garífuna de dicho centro hablar en su idioma materno. Ante este hecho probado, la Corte IDH señaló que:

283 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 77. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, párr. 111.

284 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párrs. 77-78.

285 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 199-200. El proyecto contenía la frase en el sentido que el derecho se debía garantizar “para [la] mejor defensa” del inculpado, pero finalmente dicha expresión no se consideró necesaria.

286 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 119. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 152.

287 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 203.

288 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 152. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 165.

289 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 202.

290 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 100.

[l]os Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos [...] [y, que la lengua] es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.²⁹¹

5.3. Derecho del inculpado a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada

De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 8.2.b de la CADH “el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos”.²⁹² Esta información debe ser “expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos”.²⁹³ Según la Corte IDH, “[l]a descripción material de la conducta imputada [debe] cont[ener] los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia”.²⁹⁴ Asimismo, ha advertido que “dicha obligación estatal adquiere mayor relevancia cuando el procesado se encuentra sujeto a una medida privativa de libertad”.²⁹⁵

En la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*, la Corte IDH se remitió a la Observación General n.º 13 del Comité de DHONU relativa a la “[i]gualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14)”, y estableció, *inter alia*, que las exigencias del derecho a ser informado “sin demora” de la acusación pueden satisfacerse “ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa”.²⁹⁶

La Corte IDH ha expresado que “el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una ‘acusación’ en sentido estricto”.²⁹⁷ Así, la notificación detallada de los hechos que se atribuyen al imputado debe ocurrir previamente al momento en que rinda su primera declaración,²⁹⁸ ante cualquier autoridad pública.²⁹⁹ El contenido de dicha notificación “variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, [...] cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos [...] [En todo caso,] [a]ntes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen”.³⁰⁰

En consecuencia, el investigado, antes de declarar, deberá conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no tendrá que deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan y, por tanto, “su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas

291 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 100.

292 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 187. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 199.

293 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 187. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 28. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 80.

294 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párr. 67. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 80.

295 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 225. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 199.

296 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 186.

297 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 195. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 209.

298 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 187. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 209.

299 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 187. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 209. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 30.

300 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 31. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 199.

producen”.³⁰¹ Sobre el particular, en la sentencia del caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte IDH afirmó que toda vez que “[l]a transición entre ‘investigado’ y ‘acusado’ –y en ocasiones incluso ‘condenado’– puede producirse de un momento a otro”, no se puede esperar a que la persona sea formalmente acusada o que se encuentre privada de la libertad, “para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa”.³⁰²

No obstante lo expuesto, la Corte IDH ha precisado que, en ciertos casos, “[e]s admisible que [...] exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia”, ya que “[a]siste al Estado la potestad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas”. Sin embargo, la Corte IDH ha recordado que “esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, inter alia, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan”.³⁰³

Adicionalmente, con relación a este derecho, la Corte IDH ha desarrollado el “*principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia*”, el cual es un corolario indispensable del derecho de defensa y garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que implica que “la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”, es decir, que “debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculcado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia”.³⁰⁴

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que la calificación jurídica de los hechos que se le imputan a una persona “puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación”.³⁰⁵

En el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte IDH observó que no solo cambió la calificación jurídica del delito que se le imputó a la víctima en la acusación y el auto de apertura a juicio, de violación agravada a asesinato, sino que se modificó también la base fáctica del proceso, sin ofrecerle la oportunidad de rendir una nueva declaración en relación con los últimos hechos que se le atribuyeron, razón por la cual se declaró la violación al artículo 8.2.b) de la CADH y, en consecuencia, al representar un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, al artículo 8.2.c).³⁰⁶ En el mismo sentido, de acuerdo con la Corte IDH, el cambio en el objeto de una indagatoria puede transgredir el derecho de defensa de las personas en un proceso, si estas no son informadas con anticipación sobre el nuevo asunto que motiva su concurrencia.³⁰⁷

Como parte de las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2., el derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación “se aplica tanto en materia penal como en los otros órdenes señalados en el artículo 8.1. de la CADH, a pesar de que la exigencia en los otros órdenes puede ser de otra intensidad o naturaleza”.³⁰⁸ Así, por ejemplo, “cuando se trata de un proceso disciplinario sancionatorio el alcance de esta garantía puede ser entendido de manera diversa, pero en todo caso implica

301 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 47. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 199.

302 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 46. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 197.

303 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 45. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 196.

304 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párrs. 67 y 68. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 47.

305 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párrs. 67 y 68.

306 *Ibidem*, párr. 73.

307 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999, párr. 82.

308 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 80.

que se ponga en conocimiento del sujeto disciplinable cuáles son las conductas infractoras del régimen disciplinario que se le imputan”.³⁰⁹

5.4. Derecho del inculpado a que se le conceda tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa

Como se estableció con anterioridad este derecho está íntimamente relacionado con lo desarrollado en el apartado anterior. En ese sentido, si a una persona no se le ofrece la oportunidad de conocer la acusación en su contra en el tiempo y la forma establecidos por la CADH, se genera un obstáculo para la preparación de su defensa, y por ello se viola también el artículo 8.2.c. En ese sentido, la Corte IDH ha destacado que “contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa”, es una de “las garantías inherentes al derecho de defensa”.³¹⁰

Asimismo, este derecho comprende la obligación del Estado de permitir “el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra”,³¹¹ respetando el principio del contradictorio, “que garantiza la intervención del inculpado en el análisis de la prueba”.³¹² Así, la Corte IDH ha establecido que “el acceso al expediente es requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna”.³¹³

En los casos en que el Estado pretenda limitar este derecho, la Corte IDH ha establecido que:

[se] debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención.³¹⁴

Por otro lado, cabe destacar la conexidad de este artículo con los dos siguientes, relativos a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección o por uno proporcionado por el Estado. A partir de ello, es posible identificar jurisprudencia de la Corte IDH en la cual se declara la violación conjunta de dichos derechos debido a que, *inter alia*, la víctima no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público o que, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él;³¹⁵ el abogado defensor tuvo solo un día para revisar todo un expediente,³¹⁶ o su labor fue restringida; existieron escasas posibilidades de presentación de pruebas de descargo,³¹⁷ o se produjo el cambio de objeto del proceso en la etapa de la indagatoria, entre otros.³¹⁸ En todos esos casos, la Corte IDH ha considerado que la imposibilidad o las limitaciones en el derecho a defenderse personalmente o a través de un defensor impiden que, en los hechos, el imputado cuente con los medios para preparar su defensa, en los términos del artículo 8.2.c.

309 *Idem*.

310 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 170. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 209.

311 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 170. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 156.

312 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 54. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 152.

313 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 252. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 168.

314 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 55.

315 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 83.

316 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 141. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 121.

317 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 141.

318 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 82.

5.5. Derecho del inculcado a defenderse personalmente, ser asistido por un defensor de su elección, y de comunicarse libre y privadamente con su defensor

El derecho reconocido en el artículo 8.2.d) de la CADH se refiere a dos posibilidades de defensa del inculcado, esto es, la que puede ejercer él mismo y aquella que supone la asistencia de un defensor de su elección.

Así, la Corte IDH ha destacado que un inculcado puede defenderse personalmente, siempre que esto lo permita “la legislación interna”.³¹⁹ Asimismo, el inculcado, a través de sus propios actos, entre ellos la declaración que rinda sobre los hechos que se le atribuyen, puede enfrentar y refutar la acusación en su contra.³²⁰ Si el inculcado “no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección”.³²¹

La defensa técnica supone que un defensor asesore al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.³²² Si bien en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte IDH equiparó la defensa técnica a aquella que es ejercida por un “profesional del [d]erecho”,³²³ de los trabajos preparatorios de la CADH se desprende que dicha defensa no necesariamente puede ser realizada por un abogado. En efecto, el proyecto de CADH se refería al derecho de ser “defendido” por un “abogado”; sin embargo, a iniciativa del delegado de Panamá, se propuso la palabra “defensor”, la cual fue aprobada en la medida que comprendía tanto a un abogado como a quien no lo era y, no obstante, ejercía la defensa. A partir de ello, la palabra “defendido” se reemplazó por “asistido”.³²⁴ En cualquier caso, la Corte IDH ha resaltado que “no basta que el procesado cuente con un abogado defensor para garantizar su derecho a la defensa, sino que se debe garantizar el *ejercicio efectivo de dicha defensa*, proporcionando el tiempo y los medios adecuados para preparar la misma”.³²⁵

Por otro lado, en la medida que el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona,³²⁶ o desde que la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos,³²⁷

el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración [lo contrario implicaría] limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.³²⁸

En cuanto a la posibilidad de que el inculcado cuente con el patrocinio letrado de un defensor de su elección, la Corte IDH ha resaltado la importancia de la comunicación libre y privada entre ambos.³²⁹ Este extremo del artículo fue debatido en el marco de los trabajos preparatorios de la CADH, ya que la

319 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 25.

320 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 61.

321 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 25.

322 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 61. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 132.

323 *Idem*.

324 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos. *Op cit.* pp. 200-201.

325 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 170. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 205.

326 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 62. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 155.

327 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 132.

328 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 62. Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 176.

329 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 146 y 148. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 83.

delegación de Argentina planteó que la mayoría de las legislaciones penales de los países americanos regulaban la incomunicación decretada por el juez y, en ese sentido, propusieron agregar que dicha comunicación quedaba garantizada, “salvo en el caso de incomunicación decretada por el juez en el periodo respectivo del proceso”. Sin embargo, la propuesta argentina fue rechazada en la votación y la redacción del artículo resultó en su formulación actual.³³⁰

De acuerdo con la Corte IDH:

si un Estado considera oportuno restringir el derecho a la defensa debe hacerlo apegado al principio de legalidad, presentar el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio empleado para ello es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. De lo contrario, la restricción será contraria a la Convención.³³¹

Asimismo, ha señalado que:

[s]i bien el Estado debe garantizar en la mayor medida posible el éxito de las investigaciones y la imposición de sanciones a quienes resulten culpables, el poder estatal no es ilimitado, por lo cual debe actuar dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.³³²

Sobre el alcance de este derecho en procedimientos no penales, la Corte IDH ha concluido que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y [...] contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”.³³³

Por otro lado, la Corte IDH ha resaltado la importancia de la asistencia letrada en casos “en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad”, considerando que, en dichos supuestos es necesario que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de dicha situación, para que la persona en cuestión goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.³³⁴

Al respecto, corresponde presentar los estándares desarrollados por la Corte IDH sobre el derecho a la asistencia consular en casos relativos a personas privadas de su libertad que no son nacionales del país que las detiene.

5.5.1. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular en casos relativos a personas privadas de la libertad en lugares distintos a los de su país de origen

La Corte IDH ha señalado que el derecho a la información sobre la asistencia consular, reconocido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) busca remediar la situación en la que se encuentran los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos,

de modo tal que puedan disfrutar de un verdadero acceso a la justicia, se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y gocen de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas.³³⁵

330 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, pp 46, 200-201.

331 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 55. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

332 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 154. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 53. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 206.

333 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 28. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 145.

334 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 132. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 164.

335 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 152. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 165.

En consecuencia, desde la óptica de los derechos de la persona detenida extranjera, tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado parte:³³⁶ 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la CVRC; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma.³³⁷

La notificación debe ser hecha antes de que el detenido rinda su primera declaración,³³⁸ y supone que se le informe sobre su derecho a que el Estado receptor comunique a la oficina consular competente de su situación, y a que el Estado receptor transmita sin demora “cualquier comunicación dirigida a la oficina consular” por el detenido. La notificación se erige así “en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad”.³³⁹ La Corte IDH ha considerado que la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la CADH, pues coloca al detenido en estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir el fallo sancionatorio, regulado en el artículo 8.2.h) de la CADH.³⁴⁰ Cabe destacar que la Corte IDH ha resaltado que “la Convención de Viena pone la decisión de ser o no visitado por el funcionario consular en manos del detenido”.³⁴¹

En cuanto al acceso efectivo a la comunicación consular, los artículos 36.1.a) y 36.1.b) de la CVRC disponen que al detenido se le debe permitir comunicarse libremente con los funcionarios consulares, y recibir visitas de ellos. Según el artículo 36.1.c) del mismo instrumento, “los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado [y] a organizar su defensa ante los tribunales”. Así, “el Estado receptor no debe obstruir la actuación del funcionario consular de brindar servicios legales al detenido”.³⁴²

El derecho a la asistencia misma, se impone al Estado del cual el detenido es nacional, en el sentido que tiene “el deber de proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero brindando protección consular. Las visitas de los funcionarios consulares deberían ser con miras a proveer la ‘protección de los intereses’ del detenido nacional, particularmente los asociados con ‘su defensa ante los tribunales’”.³⁴³ De esta manera, el derecho a la visita consular presenta un potencial para garantizar y dar efectividad a los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la defensa”.³⁴⁴

Por tanto, el derecho de un detenido extranjero a solicitar la ayuda del consulado de su país ha sido considerado por la Corte IDH como un componente de las “garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa”. Es en ese sentido que la Corte IDH ha destacado los actos relacionados con la defensa en los que el cónsul puede asistir al detenido y, en consecuencia, su importancia para garantizar el cumplimiento del derecho a “ser asistido por un defensor”,

336 De acuerdo con la Corte IDH, dichos estándares “no se aplican a las personas detenidas o retenidas que hayan solicitado una medida de protección internacional [...]. Si son detenidas, tales personas gozan de los derechos bajo la Convención de Viena, no obstante, hay otras consideraciones para proteger sus intereses”. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 152.

337 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 153. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 166.

338 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 106. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010. Ver nota de pie de página n.º 157.

339 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 86. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 154.

340 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 180.

341 *Ibidem*, párr. 155.

342 *Ibidem*, párr. 158.

343 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 87. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 158.

344 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 158.

bajo el artículo 8.2.d) de la CADH. De modo tal que “[l]a inobservancia u obstrucción de[l] derecho [del detenido extranjero] a la información afecta las garantías judiciales”, y resulta en una violación de las mismas.³⁴⁵

5.6. Derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley

Conforme ha sido señalado, la defensa técnica supone que un defensor asista al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.³⁴⁶ De esta manera, “la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales”.³⁴⁷

Este derecho se caracteriza por ser irrenunciable cuando el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley —supuestos regulados en el artículo 8.2.d) precedente—, en cuyo caso “tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno”.³⁴⁸ Sobre el particular, los trabajos preparatorios de la CADH evidencian que el texto del artículo buscaba recoger la tendencia en la legislación de los países latinoamericanos según la cual, aun si el inculcado no quiere defenderse el Estado debe poner a su servicio un abogado para que aquel siempre esté asistido.³⁴⁹

Igualmente, ya que el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona,³⁵⁰ o desde que la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos,³⁵¹ “el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración”. Lo contrario “es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”.³⁵² Sin embargo, la Corte IDH ha enfatizado que “el nombrar un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados,”³⁵³ y “se quebrante la relación de confianza”.³⁵⁴

Además, el artículo 8.2.e de la CADH se refiere al derecho específico de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. El proyecto de CADH aludía únicamente a la “intervención obligatoria de un abogado remunerado por el Estado”, sin embargo, dicha redacción fue matizada tomando en consideración que en algunos Estados podía no existir la remuneración para el abogado en tales casos.³⁵⁵ Al respecto, en su opinión consultiva sobre *excepciones al agotamiento de los recursos internos*, la Corte IDH ha señalado que si el Estado en cuestión no pro-

345 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párrs. 122 y 129. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 157.

346 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 61. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 132.

347 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 25.

348 *Idem*.

349 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 201.

350 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 62. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 155.

351 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 132.

352 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 62. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 155.

353 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 155. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 157.

354 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 157.

355 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 17, 201-202.

vee a un indigente un defensor gratuitamente, y aquél se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, “podría presentarse una violación del artículo 8 de la C[ADH] si se p[ru]eba que esa circunstancia afectó el debido proceso” a que tiene derecho dicha persona. Consecuentemente, como la CADH no ordena que la asistencia legal sea gratuita, “un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee”,³⁵⁶ sin costo alguno. Por ello, de acuerdo con la Corte IDH, “cuando la persona que requiera asistencia jurídica no tenga recursos esta deberá necesariamente ser provista por el Estado en forma gratuita”.³⁵⁷

En el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, la Corte IDH precisó que, en casos que se refieren a la materia penal,

en la cual se consagra que la defensa técnica es irrenunciable, debido a la entidad de los derechos involucrados y a la pretensión de asegurar tanto la igualdad de armas como el respeto irrestricto a la presunción de inocencia, la exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar adecuadamente el proceso implica que la defensa que proporcione el Estado no se limite únicamente a aquellos casos de falta de recursos.³⁵⁸

En cuanto a este derecho, la Corte IDH se ha pronunciado específicamente sobre el rol de las defensorías públicas, reconociendo así que:

un rasgo distintivo de la mayoría de los Estados parte de la Convención es el desarrollo de una política pública e institucionalidad que garantiza a las personas que así lo requieran y en todas las etapas del proceso el derecho intangible a la defensa técnica en materia penal a través de las defensorías públicas, promoviendo de este modo la garantía de acceso a la justicia para las personas más desaventajadas sobre las que generalmente actúa la selectividad del proceso penal [...] [Por tanto] [l]a institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.³⁵⁹

Consiguientemente, la Corte IDH ha afirmado que “es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculcado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. La Corte IDH ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas.³⁶⁰ Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional”.³⁶¹

Asimismo, toda vez que la defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, pero que debe gozar de la autonomía necesaria para asesorar según el mejor juicio profesional en atención a los intereses del imputado, la Corte IDH ha estimado que “el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de la defensa pública, dado la independencia de la profesión y el juicio profesional del abogado defensor”. En este sentido, la Corte IDH ha considerado que, “como parte del deber estatal de garantizar una adecuada defensa pública, es necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas.”³⁶²

356 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párrs. 25-27.

357 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párr. 25. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 155.

358 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 155.

359 *Ibidem*, párr. 156.

360 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 159. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 157.

361 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 157.

362 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 163.

Así, al analizar una presunta vulneración del derecho a la defensa por parte del Estado, la Corte IDH evalúa, por ejemplo, “si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o puede tener un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado.”³⁶³ Al respecto, la Corte IDH ha precisado que “una discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o con el resultado de un proceso no será suficiente para generar implicaciones en cuanto al derecho a la defensa”.³⁶⁴

De esta manera:

la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida, además, por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública. *Si es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control.* [...] la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales.³⁶⁵

En consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado también será establecida “si la negligencia inexcusable o falla manifiesta de la defensa debió haber sido evidente para las autoridades judiciales o bien fueron puestas en conocimiento de las mismas y no se adoptaron las acciones necesarias y suficientes para prevenir y/o remediar la violación al derecho a la defensa, de modo tal que la situación condujo a la violación del debido proceso, atribuible al Estado”.³⁶⁶

Por otro lado, en la opinión consultiva sobre *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte IDH ha considerado que, “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.”³⁶⁷ Así, en la línea de lo resuelto por el TEDH en el caso *Benham vs. United Kingdom*, la Corte IDH ha señalado que, en los casos en que la consecuencia de un procedimiento migratorio pueda ser una privación de la libertad de carácter punitivo, “la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”.³⁶⁸

Finalmente, cabe destacar que la Corte IDH ha establecido que ni el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, o las organizaciones no gubernamentales responden a las exigencias de una defensa técnica proporcionada por el Estado. El Ministerio Público, debido a que “[e]l derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación”. El Ministerio Público acusa, afirmando la pretensión penal, mientras que la defensa responde y rechaza la acusación concernida. De esta manera, para la Corte IDH, “[n]o es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona”.³⁶⁹

La Defensoría del Pueblo actúa y realiza funciones en virtud de una queja o denuncia que se realice en contra de una autoridad encargada de la administración pública, lo cual “es claramente distint[o de] la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo o nombrar defensor particular”. En consecuencia, para la Corte IDH, el ámbito o espectro de actuación de una Defensoría del Pueblo “no satisface la garantía de un defensor proporcionado por el Estado que, en principio y para efectos convencionales, debe ejercer asistencia y representación legal

363 *Ibidem*, párr. 164.

364 *Ibidem*, párr. 166.

365 *Ibidem*, párr. 168. (énfasis agregado)

366 *Ibidem*, párr. 172.

367 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 126. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 146.

368 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 146. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 164.

369 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 63.

amplia, desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad”. En ese sentido, la Corte IDH ha resaltado “que la asistencia letrada suministrada por el Estado no puede ser confundida con la actividad que en el marco de sus funciones realiza la Defensoría del Pueblo”, ya que si bien “ambas pueden complementarse, [...] para efectos convencionales están claramente diferenciadas”.³⁷⁰

Las organizaciones no gubernamentales, en la medida que “la asistencia que puedan prestar [...] no sustituye la obligación del Estado de brindar asistencia legal”.³⁷¹

5.7. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos

La Corte IDH se ha pronunciado acerca de violaciones del derecho de la defensa de interrogar testigos en casos que, en el marco de la jurisdicción penal militar, imponían una absoluta restricción para contra-interrogar testigos de cargo;³⁷² otros en los que había no solo “testigos sin rostro” sino también “jueces sin rostro”,³⁷³ y en otro sobre un juicio político celebrado ante el Congreso en el cual a los magistrados inculcados no se les permitió contra-interrogar a los testigos en cuyos testimonios se basó su destitución.³⁷⁴

A partir de ello, la Corte IDH ha establecido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos”.³⁷⁵ Tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH en los casos *Barberà, Messegue y Jabardo vs. Spain* y *Bönisch vs. Austria*, la Corte IDH ha indicado que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones que el Estado, con el objeto de ejercer su defensa”,³⁷⁶ “y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.³⁷⁷ Así, esta garantía mínima “materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal”.³⁷⁸

También citando al TEDH en el caso *Kostovski vs. Países Bajos*, la Corte IDH ha señalado que la eventual reserva de identidad de un testigo “limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada”.³⁷⁹ Sin embargo, “[e]l deber estatal de garantizar los derechos a la vida y la integridad, la libertad y la seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal puede justificar la adopción de medidas de protección”, procesales (como la reserva de datos de identificación o de características físicas que individualicen a la persona) como extraprocesales (como la protección de su seguridad personal).³⁸⁰

370 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 133 y 135.

371 *Ibidem*, párrs. 137 y 146.

372 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párrs. 178-179.

373 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 153 y 155. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 184. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 152. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 208-210.

374 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 83.

375 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 132. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 178. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 152.

376 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 153-154. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párr. 84.

377 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 155.

378 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 242.

379 *Idem*.

380 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 243.

Asimismo, nuevamente tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH en los casos *Doorson vs. Países Bajos*, *Visser vs. Países Bajos*, *Birutis y otros vs. Lituania*, *Krasniki vs. República Checa*, y *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*, la Corte IDH ha establecido que dichas medidas se deben analizar considerando si:

se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional, verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo, y teniendo en cuenta la incidencia que tuvo la medida en el derecho a la defensa del acusado.³⁸¹

En particular, basándose en la jurisprudencia del TEDH en los casos *Doorson vs. Países Bajos*, *Van Mechelen y otros vs. Países Bajos*, *Jasper vs. Reino Unido*, *Kostovski vs. Países Bajos*, y *Windisch vs. Austria*, y en la del TPIY en el caso *Duško Tadić*, la Corte IDH ha señalado que corresponde tomar en cuenta si:

el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes: a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración.³⁸²

En cualquier caso,³⁸³ la Corte IDH ha señalado que:

[i]ncluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. Por tratarse de prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculcado han sido limitados, las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica. La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada.³⁸⁴

La Corte IDH ha entendido que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas en el proceso.³⁸⁵

5.8. Derecho a no ser obligado a declararse contra sí mismo ni a declararse culpable

La Corte IDH ha señalado que el “desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos

381 *Ibidem*, párr. 245.

382 *Ibidem*, párr. 246.

383 Siempre sobre la base de la jurisprudencia del TEDH en los casos *Doorson vs. Países Bajos*, *Van Mechelen y otros vs. Países Bajos*, *Visser vs. Países Bajos*, y *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*.

384 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 247.

385 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 155.

procesales”, tales como el derecho a la no autoincriminación, que hoy día figura en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.³⁸⁶

La confesión ha sido entendida por la Corte IDH como “el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos”. De acuerdo con la Corte IDH, también “pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda”. En ese sentido, la confesión ha sido considerada por la Corte IDH como un acto dentro del proceso que posee especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable.³⁸⁷

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, este derecho “también se tien[e] que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata”.³⁸⁸

La Corte IDH ha analizado este derecho de manera conjunta con aquel contemplado en el artículo 8.3. de la CADH, según el cual la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

5.9. Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior

La Corte IDH ha establecido que el derecho de recurrir el fallo es “una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”,³⁸⁹ que “procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”.³⁹⁰ De esta manera, la Corte IDH ha enfatizado que:

sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios,³⁹¹ la falta de garantía del derecho a recurrir el fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados.³⁹²

En la sentencia del caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile* la Corte IDH sistematizó las características del recurso que contempla el artículo 8.2.h) de la CADH. De acuerdo con la Corte IDH, dicho recurso debe ser “ordinario, accesible y eficaz”, permitir un examen o revisión integral del fallo recurrido, “estar al alcance de toda persona condenada y respetar las garantías procesales mínimas”.³⁹³

Recurso sencillo y ordinario: El derecho de interponer un recurso contra el fallo “debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada”,³⁹⁴ esto es, antes de que sea obligatoria y “t[enga] que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de

386 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 117.

387 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 128.

388 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 120-121.

389 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párrs. 158 y 161. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 269.

390 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párrs. 158 y 161. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 97.

391 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 171. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 119.

392 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 119.

393 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

394 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 158. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto”.³⁹⁵ En ese sentido, el derecho a impugnar el fallo “busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.³⁹⁶

Recurso accesible: La presentación del recurso no debe “requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”,³⁹⁷ de manera que los Estados “no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo”.³⁹⁸ Por ello, la Corte IDH ha estimado que “las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente”.³⁹⁹

Recurso eficaz: “[N]o basta con la existencia formal del recurso, sino que este debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido”.⁴⁰⁰ Al respecto, la Corte IDH ha establecido que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe entenderse que “para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea”.⁴⁰¹ Este requisito está íntimamente vinculado con el siguiente.⁴⁰²

Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo: Respecto al alcance de la revisión, la Corte IDH ha enfatizado que debe tratarse de un “examen integral”,⁴⁰³ o íntegro,⁴⁰⁴ de la decisión recurrida. Por lo tanto, debe permitir que se analicen “cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria”.⁴⁰⁵ De acuerdo con la Corte IDH, “[l]a doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”.⁴⁰⁶

395 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párrs. 167 y 220. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 263.

396 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 158. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

397 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párrs. 161 y 164. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 90. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

398 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párrs. 161 y 164. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 90. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014, párr. 94.

399 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 99. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

400 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 158. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

401 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 100. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

402 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

403 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 165. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

404 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 89. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 97.

405 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 100. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párrs. 270, 280 y 287.

406 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 89. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 167.

Recurso al alcance de toda persona condenada: Comoquiera que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado, la Corte IDH ha interpretado que el derecho a recurrir del fallo “no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado”.⁴⁰⁷ Este derecho “debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria”.⁴⁰⁸ Así, el artículo 8.2.h) de la CADH es muy similar al artículo 14.5. del PIDCP, según el cual el derecho a recurrir del fallo es una garantía que tiene “[t]oda persona declarada culpable de un delito”.⁴⁰⁹ Por ello, se trata de “una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Part[e] de la Convención”.⁴¹⁰

Recurso que respete las garantías procesales mínimas: En la regulación de los respectivos regímenes recursivos, los Estados “deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la CADH, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral”.⁴¹¹ Así, por ejemplo, la Corte IDH ha considerado que se genera una situación de impedimento fáctico para asegurar un acceso real al derecho a recurrir, cuando la sentencia a impugnar no es notificada al inculpado, de modo que, además de colocarlo “en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica”, torna “impracticable” el ejercicio del referido derecho.⁴¹²

En cuanto al juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso, la Corte IDH ha subrayado su jurisprudencia en el sentido que “el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas –tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores–, de manera que “el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales”.⁴¹³ Así, “[t]oda persona sometida a una investigación y proceso penal debe ser protegida en las distintas etapas del proceso, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena”.⁴¹⁴ Por ello, es preciso que el juez que resuelve el recurso “reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto”, pues “[s]i el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él”.⁴¹⁵ De esta manera, queda en evidencia que este derecho “no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso”.⁴¹⁶ Una verdadera garantía de reconsideración del caso “será aquella que se configura ante un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece”.⁴¹⁷ Además, dicho juez o tribunal debe cumplir con “el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen”.⁴¹⁸

407 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 107. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

408 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 92. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

409 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 84. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 93.

410 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 92. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014, párr. 104.

411 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 100. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 270.

412 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 180.

413 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 161.

414 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 91. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 269.

415 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 161. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 179.

416 *Idem*.

417 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 161.

418 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 163.

Asimismo, la Corte IDH ha destacado que al resolver las inconformidades expuestas por el recurrente, el juez o tribunal superior que conoce del recurso a que tiene derecho un condenado bajo el artículo 8.2.h) de la CADH:

debe asegurar que el fallo de condena proporcione una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia.⁴¹⁹

En ese sentido, la Corte IDH ha subrayado que:

el tribunal superior que resuelve el recurso debe controlar, en virtud del recurso contra el fallo condenatorio y para no hacer ilusorio el derecho a ser oído en condiciones de igualdad, que el tribunal inferior cumpla con su deber de exponer una valoración que tenga en cuenta tanto la prueba de cargo como de descargo. Aún si el tribunal inferior optara por valorar la prueba de manera conjunta, tiene el deber de exponer claramente en qué puntos existen coincidencias y en cuáles contradicciones en la misma, así como ocuparse de las objeciones que la defensa hiciera sobre puntos o aspectos concretos de esos medios de prueba.⁴²⁰

Cabe destacar que en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, la Corte IDH señaló que:

[a]nte la presunta comisión de un delito, la jurisdicción penal ordinaria se activa con el fin de investigar y sancionar a los presuntos autores, a través de las vías ordinarias penales. Sin embargo, con respecto a ciertas altas autoridades, algunos ordenamientos jurídicos han establecido una jurisdicción distinta a la ordinaria, como la competente para juzgarlos, en virtud del alto cargo que ocupan y de la importancia de su investidura [...] [incluso] el Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos [...].⁴²¹

En virtud de ello, de acuerdo con la Corte IDH, “la designación del máximo órgano de justicia, a efectos del juzgamiento penal de altos funcionarios públicos, no es *per se*, contraria al artículo 8.2.(h) de la Convención Americana”.⁴²² Sin embargo, la Corte IDH ha interpretado que “al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, *pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente*, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente”. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que puede establecerse, “[...], por ejemplo, [...] que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso”.⁴²³ Si bien la Corte IDH ha verificado que “esta ha sido la práctica de algunos Estados de la región”, ha dejado en claro “que el Estado puede *organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda*”.⁴²⁴

Si bien la CADH no prevé excepciones al derecho a recurrir del fallo como sí lo hace expresamente el Sistema Europeo,⁴²⁵ la Corte IDH ha considerado que “no es *per se* contrario a la Convención

419 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 288.

420 *Ibidem*, párr. 289.

421 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 90.

422 Corte IDH. *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014, párr. 88.

423 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párr. 90. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014, párr. 105. (énfasis agregado)

424 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014, párr. 105. (énfasis agregado)

425 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 94. De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el derecho a recurrir del fallo “podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley,

Americana que se establezca en el derecho interno de los Estados que en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación”.⁴²⁶ En todo caso, “la inexistencia de un recurso judicial que garantice la revisión de la sentencia de condena o la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron [el] derecho a recurrir del fallo implican un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h) de la Convención”.⁴²⁷

5.10. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza (art. 8.3. de la CADH)

Conforme ha quedado señalado, la confesión ha sido entendida por la Corte IDH como “el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos”.⁴²⁸ De acuerdo con el TEDH, las garantías del artículo 8.3. están previstas para el inculpado en el marco de un proceso judicial, debiéndose respetar incluso en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a dicho proceso para evitar cualquier impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trate.⁴²⁹ La regla de que dicha confesión solo es válida si es hecha sin coacción, “ostenta un carácter absoluto e inderogable”, reconocido por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos “que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos”.⁴³⁰ La Corte IDH ha reiterado así “la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura, tratos crueles e inhumanos y coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona”.⁴³¹

En ese sentido, “al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial”, ya que dicha anulación “es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción”.⁴³² Por ello, la Corte IDH ha sostenido que “la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales”.⁴³³

De acuerdo con la Corte IDH, dicha regla se sustenta en el hecho de que “las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen”, al ser doblegada su resistencia psíquica.⁴³⁴ De esta manera, basándose en la jurisprudencia del TEDH en los casos *John Murray vs. United Kingdom*, *Jalloh vs. Germany*, *Gafgen vs. Germany*, y *Harutyunyan vs. Armenia*, la Corte IDH ha establecido que “aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo”.⁴³⁵

o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”.

426 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 120.

427 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 116.

428 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 128.

429 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 120.

430 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 165. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 118.

431 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 165-166. Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013, párr. 58.

432 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 166.

433 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 108. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 166.

434 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 198. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 167.

435 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 167. Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013, párr. 58.

Conforme a la Corte IDH, el carácter absoluto de la regla de exclusión prohíbe otorgarle valor probatorio “no solo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción”. De este modo, se garantiza el cumplimiento de dicha regla cuando se excluye la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción.⁴³⁶

En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado, tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH en el citado caso *Harutyunyan vs. Armenia*, que:

en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido torturada o tratada de manera cruel e inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta a la que realizó la acción [de coacción], no conlleva automáticamente que dicha confesión sea válida [pues dicha declaración posterior] puede ser la consecuencia del maltrato que padeció la persona y[.] específicamente, del miedo que subsiste después de este tipo de hechos.⁴³⁷

Ello es así porque “la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse,⁴³⁸ pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral”.⁴³⁹

La Corte IDH ha recordado que “en los casos que la persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia,⁴⁴⁰ a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia. Asimismo, la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria”.⁴⁴¹

Al igual que en el caso del artículo 8.2.g) de la CADH, la Corte IDH ha precisado que este derecho “también se tien[e] que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata”.⁴⁴²

5.11. Derecho del inculpado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos: principio de *ne bis in idem* (art. 8.4. de la CADH)

El artículo 8.4. regula el principio del *ne bis in idem* que “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos”, prohibiendo un nuevo juicio por esos mismos hechos materia de una sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada.⁴⁴³ La Corte IDH ha destacado la diferencia del artículo 8.4. con la redacción utilizada por el PIDCP, cuyo artículo 14.7. dispone que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”, refiriéndose al “mismo delito” y no a los “mismos hechos”, en los términos de la CADH. De esta manera, la propia Corte IDH ha resaltado que la CADH “utiliza [...] un término más amplio en beneficio de la víctima”.⁴⁴⁴

436 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 167.

437 *Ibidem*, párr. 173.

438 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 104. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 174.

439 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 174.

440 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 136. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 86.

441 *Idem*.

442 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 120-121.

443 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 208. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 125. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 259.

444 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párr. 66. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 259.

Específicamente, la situación regulada supone dos momentos: la realización de un primer juicio que se pronuncia sobre el fondo del asunto, y la culminación del mismo en una sentencia firme de carácter absoluto⁴⁴⁵ es decir, con una decisión adoptada de forma definitiva y obligatoria,⁴⁴⁶ que absuelve al inculpado. El término “sentencia firme”, contenido en la CADH, “no siempre coincide con su definición en el derecho interno”.⁴⁴⁷

Por ello, citando a la CIDH, la Corte IDH ha precisado que para que se configure una violación del artículo 8.4. de la CADH: “(i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio”.⁴⁴⁸ Como bien lo ha señalado la Corte IDH, el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, lo cual incluye “los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia”.⁴⁴⁹

No obstante lo expuesto, la Corte IDH ha resaltado en su jurisprudencia que este derecho no es absoluto y que, en consecuencia, no resulta aplicable cuando: “(i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; (ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales,⁴⁵⁰ o (iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia”.⁴⁵¹ De esta manera, “[u]na sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’”, es decir, que resulta “de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o [en el que] los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”.⁴⁵²

Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que, ante su jurisdicción, “eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal [para su] cuestionamiento”,⁴⁵³ como las citadas. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha declarado que “[s]i los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá”.⁴⁵⁴

De igual manera, la Corte IDH ha establecido que “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la CADH desplaza[n] la protección del *ne bis in idem*”.⁴⁵⁵ Por tanto, “el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia solo cuando se llega a esta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de [l] Tribunal en la materia”.⁴⁵⁶

445 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 137. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 260.

446 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 167.

447 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 267.

448 *Ibidem*, párr. 262.

449 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párr. 66. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 260.

450 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párrs. 137-139. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 267.

451 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 154. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 267.

452 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. FRC. 2004, párr. 131. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 195.

453 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de FRC. 1997, párrs. 10-12. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 154.

454 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 219.

455 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 155.

456 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 197. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema*

En la misma línea, la Corte IDH ha precisado que lo dispuesto en el artículo 8.4. de la CADH, “se inserta en el marco de las normas relativas al ‘juicio justo’ o a las garantías del ‘debido proceso’, previstas en el artículo 8 de dicho tratado. Por lo tanto, el artículo 8.4. de la Convención debe interpretarse en armonía con estas últimas normas y con las demás disposiciones de la Convención”.⁴⁵⁷ De acuerdo con la Corte IDH:

[s]uponer que lo dispuesto en el artículo 8.4. de la Convención se aplicaría en toda circunstancia implicaría que lo resuelto por un juez nacional tendría preeminencia frente a lo que pueda decidir [la] Corte [Interamericana] de conformidad a la Convención. También implicaría, consecuentemente, que la aplicación, en toda circunstancia, del referido artículo 8.4. de dicho tratado, podría conducir, en definitiva, a la impunidad e inaplicabilidad de las correspondientes normas internacionales, lo que no se concediría con el objeto y fin de la Convención.⁴⁵⁸

5.12. Derecho a un proceso penal público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia (art. 8.5. de la CADH)

En el marco de los trabajos preparatorios de la CADH, el debate sobre la publicidad del proceso se inició en el momento de la aprobación del primer párrafo del hoy artículo 8 cuando, a propuesta del delegado de Venezuela, se planteó formular el derecho de toda persona a ser oída ‘públicamente’. Los delegados de los Estados debatieron acerca de la pertinencia de mantener o no la palabra. Quienes apoyaban su supresión señalaron que resultaba innecesaria en la medida que ya el último inciso del artículo se refería a ese aspecto. Por su parte, quienes estuvieron en contra de la supresión, no dejaron de expresar su preocupación ya que, en algunos casos, “[era] dudoso que pueda ofrecerse protección adecuada a la persona cuando su caso se trata públicamente, ta[l] como en el campo de la delincuencia juvenil”. Asimismo, se indicó que “la palabra ‘públicamente’ no e[ra] por sí sola una garantía, ya que se necesita[ban] pautas que regiment[aran] esa publicidad”. Sin embargo, al momento de aprobar el inciso 7.4. –actual 8.5.–, no se desarrolló mayor debate y el texto del proyecto de la CADH se mantuvo en los términos en que consta ahora.⁴⁵⁹

La Corte IDH ha señalado que el derecho al proceso público consagrado en la CADH “es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”.⁴⁶⁰ Así, la Corte IDH ha resaltado que se trata de un derecho “protegido por diversos instrumentos internacionales como elemento esencial de las garantías judiciales”.⁴⁶¹

Tal publicidad del proceso tiene la función de “proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia [...] [Por ello, la publicidad] hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”.⁴⁶²

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia permite concluir que dicho derecho exige que los procesos se desarrollen en recintos a los que tenga acceso el público, prohibiendo circunstancias de secreto y aislamiento para el desahogo de las diligencias procesales, sobre todo, para el caso de las

y otros vs. *República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 195. (énfasis agregado)

457 Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. FRC. 2013, párr. 128.

458 *Ibidem*, párr. 130.

459 OEA. Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, *op cit.*, pp. 195, 196 y 205.

460 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párrs. 166-167. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 217.

461 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 166.

462 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 168. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 217.

audiencias.⁴⁶³ De igual modo, la Corte IDH ha valorado positivamente la transmisión a través de los medios de comunicación de audiencias del juicio oral.⁴⁶⁴

Por otro lado, conforme lo establece la propia CADH, el Estado está obligado a presentar informaciones y argumentos para demostrar que, en un determinado caso, se deben restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser “necesario para preservar los intereses de la justicia”.⁴⁶⁵ En el caso específico de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, la Corte IDH ha sido enfática al señalar que:

procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura.⁴⁶⁶

6. Consideraciones especiales del derecho a las garantías judiciales respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH

A continuación se presentan los estándares establecidos por la Corte IDH sobre las consideraciones especiales del derecho a las garantías judiciales cuando se trate de casos que involucran la alegada violación del derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión, los derechos del niño y el derecho de circulación y de residencia.

6.1. Con relación al derecho a la vida y la pena de muerte

A partir de su opinión consultiva sobre *restricciones a la pena de muerte*,⁴⁶⁷ la Corte IDH ha señalado que, “debido a la naturaleza excepcionalmente seria e irreversible de la pena de muerte, su imposición o aplicación está sujeta a ciertos requisitos procesales, que limitan el poder punitivo del Estado y cuyo cumplimiento debe ser estrictamente observado y revisado”. Así, basándose en las “Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte” de la ONU, la Corte IDH ha establecido que “la obligación de respetar y asegurar las garantías judiciales es más exigente y amplia, especialmente infranqueable y rigurosa, en aquellos procesos que puedan culminar en la pena de muerte”,⁴⁶⁸ pues “dicha pena conlleva una privación del más fundamental de los derechos, el derecho a la vida”,⁴⁶⁹ con la consecuente imposibilidad de revertir la pena una vez que esta se ha llevado a cabo”.⁴⁷⁰

De esta manera, la Corte IDH ha afirmado que:

la omisión del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar un debido proceso en un caso de pena de muerte, indudablemente podría resultar en una injusticia grave e

463 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 172. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párrs. 146-147. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párrs. 198 y 200.

464 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 200.

465 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 148. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 220.

466 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 134. Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas su derecho a la intimidad.

467 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983.

468 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párr. 78. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párr. 85.

469 Ver el comentario sobre el artículo 4 (derecho a la vida) a cargo de Ayala y Rivero.

470 Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, párr. 85.

irreversible, con el posible resultado de la ejecución de una persona, a la que no se le brindaron sus garantías judiciales.⁴⁷¹

Por otro lado, en cuanto a las peticiones individuales de clemencia que pueden promover los condenados a pena de muerte, la Corte IDH ha dispuesto que “deben ejercerse mediante procedimientos imparciales y adecuados, de conformidad con el artículo 4.6. de la Convención [sobre el derecho de los condenados a muerte a solicitar amnistía, indulto o la conmutación de la pena], en combinación con las disposiciones relevantes de esta acerca de las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8”.⁴⁷² Consecuentemente, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento “que se caracterice por ser imparcial [público] y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda [participar] hac[iendo] valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia”.⁴⁷³

6.2. Con relación al derecho a la integridad personal

En la sentencia del caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, la Corte IDH se refirió al:

control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas [...] [dicho control] deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.⁴⁷⁴

Tomando como referente los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* de la CIDH, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* revisadas (Reglas de Mandela), y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la Corte IDH ha señalado que si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal de una persona privada de libertad, y el encierro no permite el ejercicio mínimo de derechos básicos:

según las circunstancias del caso, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas a la prisión regular existen, sin que eso implique la extinción de la pena impuesta ni dejar de cumplir con la obligación de asegurar su ejecución. Además, es necesario valorar si el mantener a la persona en prisión redundaría no solo en la afectación de la salud de esa persona, sino también de la salud de todos los demás privados de libertad que indirectamente podrían ver reducidas sus posibilidades de atención médica por la necesidad de disponer más recursos para atender a aquella persona enferma [...] *los jueces deben sopesar el interés del Estado en que se ejecute una condena penal válidamente impuesta con la necesidad de evaluar la viabilidad de continuar con el internamiento de personas condenadas que padecen determinadas enfermedades graves*. Es decir, cuando la patología de salud sea incompatible con la privación de libertad, o sea que el encierro carcelario no pueda ser un espacio apto para el ejercicio de derechos humanos básicos, se hace necesario procurar que la cárcel reduzca y mitigue los daños en la persona y que se brinde el trato más humano posible según los estándares internacionales. [...]

En cualquier caso, si el juzgador no adoptara otra medida sustitutiva, le corresponde ejercer el control sobre las actividades administrativas ejercidas previamente y, de encontrarse errores, ordenar su inmediata subsanación o reparación.

[...]

471 *Idem*.

472 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 186.

473 *Ibidem*, párrs. 188-189.

474 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 236.

[Esto] no significa que los jueces de ejecución estén obligados a decidir en todos los casos por la libertad de la persona privada de libertad. Lo relevante es que *los jueces de ejecución actúen con la mayor vigilancia y debida diligencia en función de las particulares necesidades de protección de la persona privada de libertad y los derechos en cuestión*, particularmente si la enfermedad puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por falta de capacidad institucional de atender la situación o por negligencia de las autoridades penitenciarias encargadas. Lo anterior implica que, en ejercicio de un adecuado control judicial de las garantías de las personas privadas de libertad, los jueces de ejecución deben adoptar sus decisiones con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada. De este modo, sea cual sea la decisión finalmente tomada, la misma debe reflejarse en un adecuado razonamiento y debida motivación.⁴⁷⁵

6.3. Con relación a la libertad de pensamiento y de expresión

En la sentencia del caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, la Corte IDH ha indicado que los procedimientos relacionados con el otorgamiento o renovación de las licencias o concesiones de radiodifusión “deben cumplir con ciertas salvaguardas o garantías generales con la finalidad de evitar un abuso de controles oficiales o la generación de restricciones indirectas”.⁴⁷⁶

En ese marco, la Corte IDH, citando al TEDH en el caso *Meltex Ltd. & Mesrop Movsesyan vs. Armenia*, ha indicado que “la manera en que los criterios de licenciamiento son aplicados durante el proceso de adjudicación debe proveer suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la expresión de razones de parte de las autoridades de regulación cuando deniegan una licencia de radiodifusión”. Así, “un procedimiento de adjudicación de licencias donde la autoridad de regulación a cargo no ofrece las razones de sus decisiones, no provee una adecuada protección del derecho fundamental a la libertad de expresión contra las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas”.⁴⁷⁷

6.4. Con relación a los derechos del niño

En su opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño*, la Corte IDH señaló que, en lo que corresponde a las garantías judiciales en procesos que involucran a niños y niñas, las reglas se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la CADH sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, “que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia”.⁴⁷⁸ Dicho *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas “debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas”.⁴⁷⁹

La Corte IDH ha establecido que la protección especial derivada del artículo 19 de la CADH,⁴⁸⁰ “deberá proyectarse sobre los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelva sobre sus derechos, lo cual implica una protección más rigurosa de los artículos 8 y 25 de la Convención”.⁴⁸¹

475 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párrs. 244, 246-247. (énfasis agregado)

476 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 171.

477 *Ibidem*, párr. 244.

478 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 116.

479 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 194. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 44.

480 Sobre las garantías judiciales y medidas de protección que resultan aplicables a los menores de edad ver el comentario al artículo 19 (derechos del niño) a cargo de Beloff.

481 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 95-98. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 220.

Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños, el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.⁴⁸² De acuerdo con la Corte IDH, “[e]l tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor”.⁴⁸³ Así, la Corte IDH ha señalado que “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos”, procurando “el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.⁴⁸⁴ Consecuentemente, el juez está obligado a “proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucren menores de edad”, entre otros, observando los respectivos requisitos legales, promoviendo el acervo probatorio necesario, omitiendo la utilización de estereotipos.⁴⁸⁵

En efecto, la Corte IDH ha considerado que “la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño” y que, por tanto, no puede invocarse tal interés “para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”.⁴⁸⁶

En lo que concierne al derecho a ser oído, la Corte IDH ha determinado que existe una relación entre este y el interés superior del niño, “*pues es a partir de esta relación que se facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida*”.⁴⁸⁷ Así, la Corte IDH ha señalado que el derecho a ser oído “debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño”, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados, con el objeto de que su intervención “se ajuste a [sus] condiciones [...] y no redunde en perjuicio de su interés genuino”.⁴⁸⁸ Al respecto, la Corte IDH ha citado las especificaciones hechas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU en su Observación General n.º 12 en cuanto a los alcances del citado artículo 12, a saber: 1) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; 2) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; 3) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; 4) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; 5) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y 6) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”.⁴⁸⁹

482 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 95-98. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 209. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 242.

483 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 230.

484 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 102. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 230.

485 Corte IDH. *Caso Forerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 78.

486 *Ibidem*, párr. 105.

487 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 99. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 228. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 220. (énfasis agregado)

488 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 196. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 238.

489 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 198. Cabe destacar que en la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, en cuanto a las declaraciones que el menor esté llamado a emitir en

En lo que corresponde a procesos propiamente penales, para la Corte IDH, “hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculcados en esa especie de enjuiciamientos”, por lo que “no debe presentarse la posibilidad de que en estos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión”.⁴⁹⁰

Asimismo, la Corte IDH ha considerado que:

las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.⁴⁹¹

Como correlato, la Corte IDH ha resaltado que “el Comité de los Derechos del Niño [estableció] que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no solo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino [...] también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño”. Por ello, de acuerdo con la Corte IDH, no basta con escuchar al niño, ya que “las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso”.⁴⁹² Así, “[s]i el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión”. Por todo ello, “en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones”.⁴⁹³

Además, la Corte IDH, citando al Comité de los Derechos del Niño de la ONU, ha advertido que “un niño o niña no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos, dado que el proceso de ‘escuchar’ a un niño o niña puede resultar difícil y puede causar efectos traumáticos”.⁴⁹⁴ Sin embargo, conforme a la Corte IDH, “el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no [lo] libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño”. En caso contrario, “la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opinión del niño o la niña”.⁴⁹⁵

Por otro lado, en cuanto al plazo de los procesos judiciales, la Corte IDH ha señalado que aquellos relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”.⁴⁹⁶ Adicionalmente, la Corte IDH ha establecido que “el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con

los procedimientos en los que participe, la Corte IDH señaló que “debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración”, de manera que esta puede y debe ser valorada por el juzgador con especial cautela. Por ello, de acuerdo con la Corte IDH, no se puede asignar a dicha declaración eficacia dispositiva, “cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 130.

490 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 131.

491 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 199.

492 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 200. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 230.

493 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 200.

494 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 205.

495 *Ibidem*, párr. 206.

496 Corte IDH. *Caso L. M. respecto de Paraguay: Medidas Provisionales*. Resolución de 1 de julio de 2011. Considerando décimo sexto. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 51. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 127.

la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, p[uede] determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”.⁴⁹⁷

En lo que concierne a la situación específica de los niños y niñas en conflicto con la ley, la Corte IDH ha señalado que “una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal”,⁴⁹⁸ esto es, la creación de medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas”.⁴⁹⁹ En ese sentido, y a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos:

la posibilidad de adoptar medidas para tratar a [l]os niños sin recurrir a procedimientos judiciales; en el caso de que un proceso judicial sea necesario, e[l t]ribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.⁵⁰⁰

Respecto a los niños y niñas con discapacidad, –y tomando como referente el artículo 7 de la CDPD–, la Corte IDH ha resaltado que “los niños y las niñas con discapacidad [tienen] derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”. De manera que “es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución”. Además, la Corte IDH ha considerado que, “en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de [sus] derechos”.

En este sentido, el artículo 13 de la CDPD se refiere a los alcances del derecho al acceso a la justicia indicando que los Estados partes “asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos”.⁵⁰¹ Asimismo, la Corte IDH ha establecido que habrá casos, dependiendo del tipo de deficiencia de la persona, en que sea conveniente

497 Corte IDH. *Caso L. M. respecto de Paraguay: Medidas Provisionales*. Resolución de 1 de julio de 2011. Considerando décimo octavo. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 52.

498 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 109. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 210.

499 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 135. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 210.

500 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 211.

501 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 229 y 241.

que la persona con discapacidad cuente con la asesoría o intervención de un funcionario público, que pueda ayudar a garantizar que sus derechos sean efectivamente protegidos.⁵⁰²

En lo que concierne a niños y niñas solicitantes de asilo, tomando como referente directrices del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), la Corte IDH se ha referido a la importancia del “derecho de los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa”. Los alcances de dicho derecho “pueden depender de si el niño o niña es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado o no y/o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado”.⁵⁰³ De acuerdo con la Corte IDH, “cuando el solicitante de la condición de refugiado es una niña o un niño, los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado del niño. Así, cuando son solicitantes, los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para asegurar que justas decisiones sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. A la vez, y bajo este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente”.⁵⁰⁴ Por otro lado:

en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar. En ese procedimiento de determinación de la condición de refugiado, los familiares del solicitante pueden eventualmente ser escuchados, incluso si entre los mismos hay niños o niñas. En cada caso corresponde a las autoridades evaluar la necesidad de escucharlos, en función de lo planteado en la solicitud.⁵⁰⁵

Específicamente, frente a procesos de expulsión en donde se encuentran involucrados niñas y niños, la Corte IDH ha establecido que el Estado debe observar garantías “cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible”.⁵⁰⁶ En este sentido, “cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual,⁵⁰⁷ debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la CADH, ser idónea, necesaria y proporcionada.”⁵⁰⁸

En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a:

(i) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (ii) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; (iii) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad

502 *Ibidem*, párrs. 242-243.

503 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 223.

504 *Ibidem*, párr. 224.

505 *Ibidem*, párr. 225.

506 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 275. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 357.

507 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 281. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 357.

508 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 153. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 357.

familiar, y (iv) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.⁵⁰⁹

6.5. Con relación al derecho de circulación y de residencia

La Corte IDH ha señalado que “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad,⁵¹⁰ pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos”.⁵¹¹ Sin embargo, dicha situación “no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia”.⁵¹² Esto es particularmente relevante, en la medida que, “en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante”.⁵¹³

A partir de ello, y remitiéndose a diferentes órganos internacionales de protección de los derechos humanos, la Corte IDH ha destacado las características que debe reunir el proceso llevado a cabo por los Estados para la expulsión o deportación de extranjeros de su territorio.⁵¹⁴

El proceso debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 22.9. de la CADH.⁵¹⁵ No debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus.⁵¹⁶ Debe observar garantías mínimas con relación al extranjero, esto es: 1) que sea informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra; la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; 2) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y 3) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.⁵¹⁷

Por tanto, en materia migratoria y en atención a la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus

509 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.* párr. 279. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 357.

510 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 114. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 128.

511 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 98. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 128.

512 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 100. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 154. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 402.

513 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 100. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 129.

514 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párrs. 160-163. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 208.

515 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 175. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 356.

516 *Idem*.

517 *Idem*

migratorio”,⁵¹⁸ ya que “[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”.⁵¹⁹ Todo ello, prosiguiendo el objetivo que “los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.⁵²⁰

En la sentencia del caso *familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, la Corte IDH señaló que:

[e]l derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7. de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo.⁵²¹

De esta manera:

dada la especial regulación del derecho a buscar y recibir asilo, y en relación con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio [...], en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, en procedimientos que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los artículos 22.7. y 22.8. de la Convención Americana deben ser analizados en relación con las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento, según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso.⁵²²

Por tanto, la Corte IDH ha enfatizado que:

en virtud de la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a ese tipo de procedimientos, que son normalmente de carácter administrativo. En ese sentido, todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. De tal manera, aún si los Estados pueden determinar los procedimientos y autoridades para hacer efectivo ese derecho, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias.⁵²³

Por tanto, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7., 22.8. y 25 de la CADH, y tomando en cuenta las directivas y criterios del ACNUR, la Corte IDH ha señalado que:

las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales aplicables, que, [...], implican las siguientes obligaciones para los Estados: a) deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto

518 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 121. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 351.

519 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 122. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 351.

520 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párrs. 117 y 119. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 351.

521 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 154.

522 *Ibidem*, párr. 155.

523 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 157.

al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa; d) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.⁵²⁴

Asimismo, citando criterios del ACNUR, la Corte IDH ha hecho notar que “los Estados pueden establecer ‘procedimientos acelerados’ para resolver solicitudes que sean ‘manifiestamente infundadas y abusivas’, respecto de las cuales no existe la necesidad de protección internacional”. No obstante, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aun en esos procedimientos deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión.⁵²⁵

7. La obligación de investigar las violaciones de derechos humanos como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial

La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la CADH,⁵²⁶ de conformidad con el artículo 1.1. del mismo instrumento. Dicha investigación de los hechos, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables debe ser llevada a cabo por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8,⁵²⁷ y las exigencias del derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la CADH.

Debido a que el deber de investigar comprende las exigencias de ambos derechos –y con el objetivo de brindar una mejor comprensión de los alcances del mismo–, incluiremos su desarrollo en el capítulo correspondiente al comentario al artículo 25 (protección judicial).

524 *Ibidem*, párr. 159.

525 *Ibidem*, párr. 172.

526 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 166 y 176. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 167.

527 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 106. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 178.

Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C n.º 115. En adelante: Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C n.º 126. En adelante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C n.º 137. En adelante: Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 180. En adelante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. En adelante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C n.º 255. En adelante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C n.º 266. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 268. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276. En adelante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 288. En adelante: Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C n.º 301. En adelante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C n.º 311. En adelante: Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales*, Resolución n.º 1/03, 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Kokkinakis vs. Greece*, App. n.º 14307/88, 1993.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*. Serie A/B, Opinión Consultiva del 4 de diciembre de 1935.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organización de las Naciones Unidas

Comité DHONU. Observación general n.º 32. *Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. CCPR/C/GC/33, 25 de junio de 2009.

Referencias académicas

ANTKOWIAK, T. M., GONZA, A. *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

GALLANT, K. S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge University Press, 2008.

GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional: Especial consideración al delito de genocidio*. Tecnos, 1999.

HARRIS, D., O'BOYLE, M., BATES, E. y BUCKLEY, C. *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2ª. ed., 2009.

KREB, C. “Nulla poena nullum crimen sine lege”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010.

NOWAK, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N. P. Engel, 2005.

Contenido

1. Introducción y antecedentes	325
2. Ámbito de protección del artículo 9 de la CADH	326
2.1. Alcance general	326
2.2. Principios que regulan el concepto de legalidad	331
2.3. Crímenes internacionales	337
2.4. Perspectiva comparada	338

1. Introducción y antecedentes

El artículo 9 de la CADH se refiere al principio de legalidad penal o *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹ En su sentido más inclusivo, el principio incorpora: 1. el concepto de la irretroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 2. la prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 3. el principio de máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); y 4. el principio de reserva de ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).² En conjunto, estos conceptos imponen límites al *ius puniendi* de los Estados y requieren que “un acto pueda castigarse únicamente si, al momento de cometerse, fuera objeto de una ley penal en vigor, suficientemente precisa y escrita, unida a una sanción suficientemente cierta”.³

En definitiva, pese al corto alcance del título en inglés, el artículo 9 de la CADH abarca más que *freedom from ex post facto laws*; el título en español “principio de legalidad y de retroactividad” representa en forma más precisa su contenido. De hecho, el artículo 9 también va más allá del rango usual de estos conceptos a través de la adición de una cláusula que establece: “[s]i con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”, consagrando expresamente el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.⁴

Por lo demás, el proyecto preliminar del artículo 9 elaborado por la CIDH fue análogo a los textos del CEDH y del PIDCP. La divergencia más significativa del artículo 9 —tal como fue aprobado—, consiste en que no dispone expresamente la inclusión de los delitos “bajo el derecho nacional o internacional”. Este aspecto, explícitamente contemplado en los otros dos instrumentos, permitió una reinterpretación del concepto de legalidad penal en el ámbito internacional para lograr la persecución y sanción de crímenes internacionales cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, aun cuando no estuvieran establecidos en una ley formal.⁵ No obstante, el artículo 9 utiliza la frase “según el derecho aplicable”, la cual, durante la negociación de la CADH, fue interpretada por el presidente de la Comisión I —encargada de determinar la “Materia de la Protección”— en el sentido de incluir tanto el derecho nacional como el internacional.⁶

1 Para un análisis crítico de la aplicación del principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal ver los capítulos 3 y 5 en Antkowiak, T. M., Gonza, A. *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

2 Kreß, C. “Nulla poena nullum crimen sine lege”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, párr. 1.

3 *Idem*.

4 Durante la Conferencia de San José, el delegado ecuatoriano propuso exitosamente la inclusión de este elemento, el cual no se encuentra en el CEDH, sino que deriva del artículo 15.1 del PIDCP. Ver OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 206.

5 Art. 15(1) PIDCP, Art. 7(1) CEDH. Para ver críticas y análisis sobre el principio de legalidad en el ámbito internacional, ver Gil Gil, A. *Derecho Penal Internacional: Especial consideración al delito de genocidio*. Tecnos, 1999. Gallant, K. S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge University Press, 2008.

6 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, *op. cit.*, p. 206. Esta cuestión es abordada más adelante en la sección sobre los crímenes internacionales.

La CADH, al igual que el CEDH y el PIDCP, enfatizó la importancia del principio *nullum crimen et nulla poena sine lege*, al separarlo de las garantías procesales en juicios penales.⁷ Estos tres tratados refuerzan aún más el principio al establecer que no estará sujeto a derogación.⁸ Además de estos tres convenios, algunos conceptos del principio de legalidad se encuentran en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos como la DUDH,⁹ la Carta de Banjul,¹⁰ y la Carta Árabe sobre Derechos Humanos.¹¹ Por su parte, el Estatuto de Roma de la CPI establece una versión amplia de estos principios.

Debido a la aceptación generalizada en la ley y en la práctica, tanto nacional como internacional, el concepto de legalidad es un principio general de derecho y forma parte del derecho internacional consuetudinario.¹²

Del mismo modo, el SIDH otorga gran importancia al *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La Corte IDH ha sostenido que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”.¹³ El principio de legalidad, “que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del siglo XVIII, [...] es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático”.¹⁴ De esta manera, la Corte IDH se refiere a la doctrina del contrato social: los derechos solamente pueden ser legítimamente limitados a través de leyes que expresan la voluntad de la nación.¹⁵ El artículo 9 de la CADH tiene entonces el objetivo de proteger al individuo frente al poder punitivo del Estado otorgando diversas garantías.

2. Ámbito de protección del artículo 9 de la CADH

En esta sección se examina la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al principio de legalidad y de retroactividad. Es de mencionar que durante los últimos años se ha invocado con mayor frecuencia la violación del artículo 9 tanto por la CIDH como por los representantes de las presuntas víctimas en los procedimientos ante la Corte IDH, lo cual, ha arrojado criterios y precisiones importantes sobre su ámbito de protección. Así esta sección se divide en dos sub-apartados: 1. alcance general y 2. principios que regulan el concepto de legalidad.

2.1. Alcance general

2.1.1. Alcance del término “condena” en el artículo 9 de la CADH

La Corte IDH ha precisado que el término “condena” al inicio del artículo 9, “se refiere a la sanción por parte del Estado de una conducta establecida como delito por el derecho aplicable”.¹⁶

En el caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, la CIDH alegó la violación del principio de legalidad, toda vez que en una resolución en la que se había determinado la aplicación del beneficio de la

7 Nowak, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N. P. Engel, 2005. En el ámbito interamericano esas garantías procesales se consagran en el artículo 8 de la CADH.

8 Art. 27.2. de la CADH, art. 2 del PIDCP, art. 15 (2) del CEDH.

9 Art. 11.2.

10 Art. 7.2.

11 Art. 15.

12 Ver Kreß, C., *op. cit.*, pp. 411 a 424.

13 Por ejemplo, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 183. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 107.

14 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 23.

15 Corte Permanente de Justicia Internacional. *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*. Serie A/B, Opinión Consultiva del 4 de diciembre de 1935, párrs. 50-52.

16 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 273.

exención de la pena a favor del señor Galindo,¹⁷ el fiscal provincial omitió especificar cuál o cuáles de esas conductas habían sido las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito. La CIDH señaló “que aunque no se trat[aba] de una autoridad judicial, la naturaleza de la resolución [...] tenía el efecto de una decisión final, firme, en la que [había] qued[ado] plasmada la responsabilidad penal del señor Galindo y su respectivo arrepentimiento”.¹⁸

La Corte IDH no rechazó la posibilidad de que una condena pudiera ser emitida por una autoridad distinta a la judicial, sin embargo, no encontró violación al principio de legalidad, toda vez que la resolución emitida por el Fiscal Provincial:

[...] no p[odía] *asimilarse a una sentencia condenatoria ni en un sentido formal ni en un sentido sustantivo*. En efecto, por una parte, no se trat[ó] de una decisión judicial emitida en el marco de un proceso penal que estable[ciera], con efectos legales, la responsabilidad penal de un individuo. Por otra parte, la Resolución [y su posterior] confirmación [...] [fueron] *actos que no [tuvieron] efectos directos sobre los derechos, obligaciones o, en general, la situación jurídica del señor Galindo*.¹⁹

De esta manera se infiere que la prohibición establecida en el artículo 9 se aplica a aquellos actos de autoridad que se asemejen en sentido formal y sustantivo a una sentencia condenatoria.

2.1.2. Aplicación a normas sustantivas

La Corte IDH ha precisado que el principio de legalidad solamente es aplicable a las normas sustantivas. Este criterio quedó asentado a partir del caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*.

Este caso se relacionó con la investigación y el proceso penal del Sr. Liakat Ali Alibux, exministro de Finanzas y exministro de Recursos Naturales de Surinam, por el delito de falsificación en la Ley sobre Acusación de Funcionarios con Cargos Políticos [LAFCP]. Las partes en el procedimiento ante la Corte IDH coincidieron que la Ley tenía un carácter procesal; sin embargo, los representantes de la presunta víctima y la CIDH alegaron que la disposición había tenido efectos sustantivos. De esta manera, la controversia jurídica planteada ante la Corte IDH radicó en si la LAFCP era contraria al principio de legalidad y de retroactividad, toda vez que había sido aplicada a su entrada en vigor, con posterioridad a la presunta comisión del delito por el funcionario.²⁰

La CIDH argumentó que el principio de legalidad y de retroactividad en el artículo 9 de la CADH podía ser aplicado a normas que regularan el procedimiento;²¹ señaló que el texto del artículo 9 de la CADH refleja que la finalidad de los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal desfavorable se aplica, en principio, a las normas sustantivas que definen los tipos penales. Sin embargo,

[...] en ciertas circunstancias la aplicación de normas procesales puede tener efectos sustantivos relevantes para el análisis del artículo 9 [...]. [C]oncluyó que la jurisprudencia de la Corte tiende a una interpretación extensiva del artículo 9 de la C[ADH], no limitando su aplicación

17 *Ibidem*, párr. 275.

18 *Ibidem*, párr. 268.

19 *Ibidem*, párr. 276. (énfasis agregado) Asimismo, la Corte IDH señaló que tras consulta directa al Estado, este le había informado que “las resoluciones fiscales de 4 y 9 de noviembre de 1994 “bajo ninguna circunstancia [...] implicaron que el señor Galindo Cárdenas [fuera] considerado como una persona que había cometido un ilícito penal [y] que tales actos “no generaron ningún otro efecto legal o jurídico que el otorgamiento del beneficio de exención de la pena [y] tampoco gener[aron] al señor Galindo] restricciones ni limitaciones a ningún derecho ni se le impuso algún tipo de obligaciones o cargas”. También destacó que “[el] señor Galindo Cárdenas no fue incluido en ningún registro de personas que cometieron delitos” y las resoluciones antedichas no “le generaron un antecedente judicial o penal, por lo cual no deriv[aron] en ninguna consecuencia legal como el agravamiento de penas o modificación del régimen sancionatorio frente a la eventual comisión de un delito [con] posterior[idad] a [la confirmación de la resolución]”, *Idem*.

20 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, párr. 68.

21 *Ibidem*, párrs. 2.e., 53-54.

a las normas que criminalizan un acto, sino también a las normas que permiten la posibilidad real del procesamiento.²²

Durante el análisis de este argumento, la Corte IDH se refirió a la jurisprudencia del TEDH, y concluyó que, de acuerdo con la jurisprudencia de ese Tribunal, el principio de legalidad:

no establece ningún requisito respecto al procedimiento a seguir para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos. Así, por ejemplo, la ausencia de una norma previa para el enjuiciamiento de un ilícito penal puede analizarse desde el punto de vista del derecho al debido proceso garantizado por el artículo 6 del CEDH, pero no afecta en sí misma al principio de legalidad penal. Por otro lado, *la aplicación inmediata de normas que regulan el procedimiento (principio de tempus regit actum) no es contraria a los principios de legalidad e irretroactividad*. No obstante, *el Tribunal Europeo determina en cada caso si la disposición legislativa en cuestión, independientemente de su denominación formal, contiene reglas estrictamente procesales o de derecho penal material, en el sentido que afectan al tipo delictivo o a la severidad de la pena*. En este sentido, el principio de legalidad (“no hay pena sin ley”) establecido en el artículo 7 del CEDH solo se aplica a las normas o medidas que definen los tipos delictivos y las penas o su alcance.²³

Esta es la base para el criterio que la Corte IDH sienta al afirmar que el principio de legalidad solo es aplicable a las normas que, con independencia de su denominación formal, contengan reglas de derecho penal material, es decir, aquellas que tengan un impacto en el tipo delictivo o en la pena. Así, la Corte IDH señaló que:

[...] la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir, *los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula* [...]. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, *la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad*.

En razón de lo anterior, *el principio de legalidad*, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, *no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal*.²⁴

En el análisis de los hechos del caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, la Corte IDH concluyó que toda vez que la LAFCP era una norma estrictamente procesal, no le era aplicable el principio de legalidad y retroactividad al no haber afectado:

[...] el carácter sustantivo del delito previamente previsto por ley ni el alcance de la severidad de la pena aplicable[, y subrayó que] la normativa aplicable era debidamente accesible y previsible, al encontrarse el tipo delictivo y la pena establecidos en ley, de manera clara, expresa

22 *Ibidem*, párr. 53.

23 *Ibidem*, párr. 68. (énfasis agregado y notas al pie omitidas) Al llevar a cabo su análisis, la Corte IDH también observa una tendencia regional a la aplicación inmediata de la norma procesal al momento de entrada en vigor de la misma (principio de *tempus regit actum*; asimismo, observó que en otros países, considerados estos como la excepción a dicha tendencia, se aplica la norma procesal más beneficiosa para el procesado. *Ibidem*, párr. 67, notas al pie 80 y 81 de la sentencia.

24 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, párrs. 69-70. (énfasis agregado)

y previa, por lo que no resultaba violatorio a la CADH que la ley que reguló el proceso fuera aplicada de manera inmediata a su entrada en vigor.²⁵

2.1.3. *Aplicación del principio en materias distintas a la penal*

La Corte IDH ha determinado que el principio de legalidad y de retroactividad es aplicable a la materia administrativa sancionatoria y a la disciplinaria; esto debido a que las sanciones administrativas, al igual que las sanciones penales, son:

una expresión del poder punitivo del Estado y [...] tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas puesto que unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de una conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma sancionatoria exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. En concordancia con lo anterior, la Corte considera que el principio de legalidad también tiene vigencia en materia disciplinaria, no obstante su alcance depende considerablemente de la materia regulada [...]. La precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver.²⁶

2.1.4. *Relación entre el principio de legalidad y las garantías judiciales*

Tal y como se estableció al inicio de este comentario, los redactores de la CADH acordaron que el derecho a las garantías judiciales, por un lado, y el principio de legalidad y retroactividad, por otro lado, quedarían consagrados en dos disposiciones distintas de la CADH. Esto ha generado que la Corte IDH establezca claramente el alcance de ambos artículos, y que determine cuándo se está en contravención de uno u otro derecho.

Por ejemplo, en el caso *J. vs. Perú*, la CIDH argumentó la violación del principio de legalidad y del derecho de defensa por “(ii) la alegada indeterminación en cuanto a las conductas incriminadas a la presunta víctima, así como su fundamento jurídico [...]”; la Corte IDH concluyó, sin embargo, que las violaciones no se debieron a un defecto en el ordenamiento legal –por lo cual no había violación del artículo 9– sino que fueron las actuaciones de los fiscales lo que constituía una violación al derecho de defensa consagrado en el artículo 8.2. de la CADH.²⁷

En este mismo orden, en los casos de la *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)* y del *Tribunal Constitucional*, ambos en contra de Ecuador, la CIDH alegó la violación al artículo 9 de la CADH por la creación de un procedimiento *ad hoc* sancionatorio para cesar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y a los vocales del Tribunal Constitucional. La CIDH afirmó que no existía

25 *Ibidem*, párr. 74.

26 Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 257. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016. Asimismo, Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 106. En el caso *Baena Ricardo*, la Corte IDH sostuvo que, dada la naturaleza punitiva de la sanción administrativa (despido), se vinculó el artículo 9 de la CADH. En el caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, la Corte IDH atendió a lo señalado por el perito Jaime Bernal Cuéllar, en el sentido de que “[e]l derecho disciplinario está integrado por el conjunto de normas encaminadas a exigir de sus destinatarios un específico estándar de conducta en el ejercicio de sus funciones [...] el derecho disciplinario forma parte del derecho sancionador [...] en la medida en que está compuesto por un conjunto de normas que permiten imponer sanciones a los destinatarios que realicen una conducta definida como falta disciplinaria[.] [E]n virtud de su naturaleza sancionatoria, el derecho disciplinario es una especie de derecho punitivo que se acerca a las previsiones del derecho penal [y por ello] las garantías sustanciales y procesales del derecho sancionatorio más general –el derecho penal– son aplicables *mutatis mutandis* al derecho disciplinario, [...] en atención a que ambos emplean las sanciones como principal mecanismo de coerción.” Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párrs. 76-77.

27 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 277 y 294-295.

regulación sobre el sistema disciplinario aplicable para cesar a los funcionarios, ni las causales que podrían dar lugar a la destitución,²⁸ el procedimiento para su aplicación ni la autoridad competente para ello. De acuerdo con la CIDH “ante la ausencia de un régimen sancionatorio completo, cualquier procedimiento que se hubiera seguido en esas condiciones era violatorio del artículo 9 de la CADH”.²⁹

La Corte IDH concluyó que tanto los magistrados como los vocales habían sido destituidos mediante una resolución del Congreso Nacional, quien carecía de debida competencia para ello, mediante la aplicación errónea y arbitraria de la disposición legal y sin ser oídos, lo cual vulneró el artículo 8.1. de la CADH. Al determinar que el órgano que llevó a cabo el cese no era el competente, la Corte IDH consideró que no era necesario entrar al análisis del eventual alcance que hubiera tenido el principio de legalidad, por lo que no resultó procedente emitir un pronunciamiento sobre las alegadas violaciones al artículo 9 de la CADH.³⁰

No obstante la independencia convencional de la que gozan tanto las garantías judiciales como el principio de legalidad y retroactividad, es indudable que en ocasiones existen hechos que ameritan ser analizados bajo la óptica de los artículos 8 y 9 de la CADH, y que entrañan una violación a ambas disposiciones. Así, la Corte IDH ha señalado que: “[e]n un Estado democrático y de derecho es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.”³¹

En el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, la Corte IDH concluyó que el tipo penal por el que se presumía el dolo específico de la finalidad de infundir temor en la población en general si el hecho delictivo se cometía mediante el uso de medios o artificios explosivos consagrado en la legislación antiterrorista –y por el cual las víctimas habían sido procesadas y condenadas–,³² constituía una violación tanto del principio de legalidad como de la presunción de inocencia.

En esta sentencia, la Corte IDH determinó que las disposiciones legales deben respetar también las garantías judiciales:

La Corte reitera que la tipificación de delitos implica que la conducta incriminada esté delimitada de la manera más clara y precisa posible [...]. En esa tipificación, la especial intención o finalidad de producir “temor en la población en general” es un elemento fundamental para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo es y sin el cual la conducta no sería típica. La Corte considera que la referida presunción de que existe tal intención cuando se dan determinados elementos objetivos (entre ellos “el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios”) es violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2. de la misma.³³

28 En el caso del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*, la CIDH argumentó que la expresión “infracciones constitucionales o legales” y la “formulación de las causales de remoción no ofrec[ían] estándares de determinación suficientes [...] [por lo que] la falta de certeza respecto de las causales de separación del cargo de los magistrados, además de fomentar dudas sobre la independencia del poder judicial, p[odía] dar lugar a actuaciones arbitrarias de abuso de poder, con repercusiones directas en los derechos al debido proceso y a la legalidad”. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párrs. 145-146.

29 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 127.

30 *Ibidem*, párr. 180. Es interesante señalar que, en este caso, el Estado se allana por la violación del principio de legalidad, sin embargo, este allanamiento no afecta la conclusión a la que arriba la Corte IDH. *Ibidem*, párr. 13. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 223.

31 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 130. (notas al pie omitidas)

32 En el procedimiento ante la Corte IDH, el propio Estado manifestó que la Ley Antiterrorista –aplicada a las víctimas– había sido posteriormente reformada, eliminando la presunción de la intención de causar temor con el fin de proteger el principio de presunción de inocencia “[...] de modo que [...] cualquier acusación de terrorismo deb[ía] ser probada por quien la plante[ara] y no, como era antes de la modificación legal, en que los imputados de tales delitos debían desvirtuar la presunción de intención terrorista.” Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 172.

33 *Ibidem*, párr. 171.

La Corte IDH concluyó que:

*la consagración legal de dicha presunción podía condicionar la lógica del análisis con la que los tribunales internos se aproximaban a confirmar en las causas penales la existencia de la intención [...]. El principio de presunción de inocencia, que según ha determinado la Corte constituye un fundamento de las garantías judiciales [...], implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa, y no del acusado, y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado [...]. La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal [...].*³⁴

Es interesante señalar que, en el análisis que hace la Corte IDH para concluir que el tipo penal en la legislación chilena es contrario al principio de legalidad, se consideraron las opiniones de los peritos sobre la normativa internacional en materia de terrorismo, y en particular, una resolución emitida por el Consejo de Seguridad de la ONU, así como la definición modelo de terrorismo desarrollada por el anterior Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de la ONU.³⁵

2.2. Principios que regulan el concepto de legalidad

El artículo 9 de la CADH establece tres principios que regulan el ámbito de protección de la legalidad: 1. principio de máxima taxatividad legal, 2. leyes *ex post facto* y principio de irretroactividad, y 3. principio de aplicación de la ley penal más favorable. A continuación, analizaremos cada uno de ellos atendiendo a la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.2.1. El principio de máxima taxatividad legal

Según la Corte IDH, el principio de legalidad, y más específicamente el principio de máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), exige que las “acciones y omisiones” criminales sean definidas “con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles”.³⁶

La tipificación de un delito “debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa”, debido a que “el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”.³⁷ En varias ocasiones, la Corte IDH ha señalado que:

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.³⁸

34 *Ibidem*, párrs. 173, 171. (énfasis agregado) Los peritos propuestos por las partes señalaron ante la Corte IDH que las presunciones en los tipos penales “iban en detrimento del acusado e invertían el razonamiento del tribunal en cuanto que todos los elementos del delito deb[ía]n ser probados más allá de toda duda razonable”, en particular, la presunción analizada por la Corte IDH “comprometía en buena medida el principio de culpabilidad”, “imp[uso...] una extensión irrestricta del alcance del terrorismo, al [...] invertir la carga de la prueba, y fijar el [...] principio de que cualquier conducta realizada con un artefacto incendiario [...] se consideraba, en principio, terrorista [lo que era] completamente incompatible no sólo con el principio de legalidad[...] (pues hace [...] imprevisible cuando se estimaría que ‘consta lo contrario’, es decir, la ausencia de la finalidad [de producir temor]), sino también con los más elementales postulados del debido proceso”. *Ibidem*, párr. 172, notas al pie 183-186.

35 *Ibidem*, párr. 166, notas al pie 175-179.

36 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 55. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 121.

37 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 55. Eso incluye crímenes dentro de la jurisdicción militar: las normas penales militares “deben establecer claramente y sin ambigüedad, *inter alia*, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar y deben determinar la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, así como especificar la correspondiente sanción”. *Idem*.

38 Por ejemplo, Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, p. 63. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs.*

Aunque el principio de máxima taxatividad legal no está expresamente establecido por el artículo 9, la Corte IDH ha declarado violaciones a sus disposiciones cuando los códigos penales no contienen definiciones claras y precisas:

Respecto del principio de legalidad, esta Corte ha indicado que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.³⁹

Asimismo, ha señalado que le corresponde al juez penal:

en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.⁴⁰

De acuerdo con la Corte IDH, las leyes penales demasiado generales sobre delitos contra el honor, como la difamación o las calumnias, por ejemplo, entran en conflicto con el artículo 9 de la CADH.⁴¹ La Corte IDH ha destacado que tales normas “deberán ser analizadas con especial cautela” y utilizadas “en forma verdaderamente excepcional”, debido a su repercusión en el derecho a la libertad de expresión.⁴²

De igual forma, la Corte IDH declaró que una ley que castigaba actos “contrarios a la democracia y el orden constitucional” era violatoria de la CADH, puesto que carecía de “características específicas” sobre las conductas ilícitas.⁴³ Dos o más leyes que aluden esencialmente a la misma conducta criminal –tales como los delitos casi indistinguibles relacionados con el terrorismo y la traición a la patria,⁴⁴ o delitos similares respecto de “afiliación” y “colaboración” con organizaciones terroristas–⁴⁵ también violan el artículo 9.

En el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, una ley sobre homicidio establecía posibles condenas de entre 25 y 50 años de prisión. También contemplaba la pena de muerte “si se revelare una mayor peligrosidad del agente”, determinada por el juez de acuerdo con “las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes”.⁴⁶ La Corte IDH mostró preocupación de que una evaluación de la ‘peligrosidad’ pudiera conducir a la pena de muerte, pues consideró que eso abriría la puerta a la arbitrariedad y al “autoritarismo”,⁴⁷ y concluyó que la ley violaba el artículo 9 de la CADH.⁴⁸ La sentencia *Fermín Ramírez* mostró que la Corte IDH, en su análisis de la legalidad, evalúa tanto la definición legal del delito como los términos relacionados con la sanción penal.

Perú. FRC. 1999, párr. 121. En el caso de tipos penales establecidos en normas especiales que remitan o deban ser completados con normas generales, la Corte IDH ha establecido que esto no es violatorio del artículo 9 de la CADH, siempre que la aplicación de la norma penal general sea legal y previsible. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, párr. 209.

39 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 287. (énfasis agregado y nota al pie omitida)

40 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 132.

41 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 57. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

42 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 74.

43 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 108.

44 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 155. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 119.

45 Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 200.

46 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párr. 92.

47 *Ibidem*, párr. 94.

48 *Ibidem*, párr. 98.

En cuanto a los delitos culposos, en el caso *Mohamed vs. Argentina*, la Corte IDH estableció el siguiente criterio:

[...] tratándose de delitos culposos, cuya ilicitud es menor comparada a la de los delitos dolosos y cuyos [sic] elementos típicos están definidos de forma genérica, *se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa al verificar la efectiva existencia de la conducta típica y determinar la responsabilidad penal.*

[...]

La Corte hace notar que tratándose de un delito culposo, cuyo tipo penal es abierto y requiere ser completado por el juzgador al realizar el análisis de la tipicidad, *lo relevante es que en la sentencia se individualice el correspondiente deber de cuidado infringido con la conducta activa (imprudencia) u omisiva (negligencia) del imputado y que ello fuera determinante para que se produjera el resultado lesivo del bien jurídico tutelado.*⁴⁹

Esta sentencia del caso también es relevante, ya que la Corte IDH establece un criterio importante sobre la posibilidad de recurrir a fuentes distintas de la norma formal penal para completar el análisis de delitos culposos. Siempre que “[...] *el fallo [exponga] claramente en qué funda la imprudencia o negligencia y cuál es el hecho del cual surge esa imprudencia o negligencia*”.⁵⁰

En cuanto a la aplicación del principio de máxima taxatividad legal en el régimen administrativo sancionatorio o disciplinario, tratándose de sanciones aplicadas en el marco de procedimientos disciplinarios, la Corte IDH ha declarado la violación del artículo 9 de la CADH cuando la sanción es impuesta con base en una conducta que no se encuentra tipificada como infracción disciplinaria.⁵¹

Asimismo, en cuanto a las normas con cierto grado de indeterminación o cláusulas abiertas en esas materias, en el caso *López Lone y otros vs. Honduras*, la Corte IDH señaló que:

cierto grado de indeterminación no genera, *per se*, una violación de la Convención, es decir, el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad exigible, *siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que no se produzca una interferencia arbitraria.*⁵²

En dicha sentencia, la Corte IDH no solo estableció el criterio precedente, sino también llegó a conclusiones importantes sobre el deber de establecer criterios objetivos para limitar la discrecionalidad en la aplicación de sanciones. A continuación, nos detendremos en el análisis de esta sentencia.

En este caso, un grupo de jueces y juezas habían sido destituidos mediante acuerdos emitidos por la Corte Suprema y decisiones del Consejo de la Carrera Judicial de Honduras. La Corte IDH señaló que si bien la ley y el reglamento que se les había aplicado establecían un sistema de gradación de sanciones por el cual se aplicaba la destitución solo para la comisión de faltas graves, o la reincidencia de las menos graves, y para otras causales de destitución establecidas expresamente en la Ley de la Carrera Judicial, un artículo de la ley había extendido la sanción de destitución a faltas calificadas como leves, o menos graves en caso de incumplimiento, o violación grave o reiterado de cualquiera de ellas (todas las víctimas del caso habían sido destituidas por la Corte Suprema, entre otras múltiples normas, con base en dicha causal).⁵³

La Corte IDH consideró que el diseño normativo descrito afectó la previsibilidad de la sanción porque permitía la destitución de un juez o jueza por el incumplimiento de cualquiera de los deberes o

49 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 132, 136. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

50 *Ibidem*, párrs. 136, 139. (énfasis agregado).

51 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párrs. 93, 95.

52 Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 264. (énfasis agregado)

53 *Ibidem*, párr. 261, 263.

incompatibilidades de su cargo cuando el juzgador entendiera que se trataba de un incumplimiento grave, y de esta forma concedía una excesiva discrecionalidad al órgano encargado de aplicar la sanción. La Corte IDH continuó su análisis al afirmar que si bien puede aceptarse que la precisión requerida en materia disciplinaria sancionatoria es menor que en materia penal:

el uso de supuestos abiertos o conceptos indeterminados tales como la “dignidad de la administración de justicia” o el “decoro del cargo” [–causales disciplinarias señaladas en los acuerdos y decisiones de destitución de los jueces y juezas–] *requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a dichos conceptos a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones*. Estos criterios pueden ser establecidos por vía normativa o por medio de una interpretación jurisprudencial que enmarque estas nociones dentro del contexto, propósito y finalidad de la norma, de forma tal de evitar el uso arbitrario de dichos supuestos, con base en los prejuicios o concepciones personales y privadas del juzgador al momento de su aplicación.⁵⁴

A continuación, la Corte IDH hace precisiones importantes sobre el deber de motivación:

[...] tal como indicó el perito Ibáñez, en materia disciplinaria “es imposible codificar todos los supuestos” por lo que “al final siempre tiene que haber una cláusula relativamente abierta referida a deberes profesionales [...]”. Sin embargo, en estos supuestos y ante el uso de tipos disciplinarios abiertos o indeterminados, *la motivación al momento de su aplicación es fundamental, pues corresponde al juzgador disciplinario, interpretar dichas normas respetando el principio de legalidad y observando la mayor rigurosidad para verificar la existencia de la conducta sancionable*.⁵⁵

La Corte IDH notó que los acuerdos y decisiones de destitución carecían de una motivación adecuada, al no contener una adecuada relación entre los hechos “constitutivos de la conducta o comportamiento reprochable y las normas presuntamente incumplidas”.⁵⁶ Así, “[n]i el ordenamiento jurídico ofreció las bases o criterios objetivos que permitieran acotar el alcance de los tipos disciplinarios[,] ni la labor del juzgador permitió sentar las bases que limitaran la eventual arbitrariedad en su aplicación”,⁵⁷ por lo cual declaró la violación del artículo 9 de la CADH.

Como último comentario en esta sección sobre el principio de máxima taxatividad legal, es importante señalar que la Corte IDH no siempre determina la compatibilidad con el artículo 9 de todas las leyes penales o sancionatorias que se le presenten. Al parecer, *la víctima también debe haber sido condenada por un delito o habersele aplicada la sanción*.⁵⁸ Si se ha impuesto una condena basada en una ley ambigua, la Corte IDH ha sido receptiva ante un examen de legalidad, incluso si el asunto no ha sido planteado por las partes en el juicio.⁵⁹ Dicha postura parece ser una posición pragmática para la Corte IDH, a fin de limitar lo que podría convertirse en una revisión inagotable de los códigos penales nacionales. En todo caso, la compatibilidad de una ley con la CADH es una cuestión independiente de su aplicación a cualquier individuo en particular, e igualmente podría llevar a una violación del artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH.

54 *Ibidem*, párr. 272. (énfasis agregado)

55 *Ibidem*, párr. 270. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

56 *Idem*.

57 *Ibidem*, párr. 274. (énfasis agregado)

58 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008, párr. 126. La Corte IDH puede también examinar leyes ambiguas que apliquen sanciones de carácter administrativo. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 107.

59 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 53. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 62, considerando *sua ponte* una violación del artículo 9. Sin embargo, ver sentencia Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párrs. 113, 116, en donde los peticionarios sostuvieron que las leyes penales violaban el artículo 9, pero la Corte IDH decidió no evaluar este alegato.

2.2.2. Leyes ex post facto e irretroactividad

La Corte IDH ha examinado una serie de casos en los cuales los individuos fueron condenados por acciones que no eran ilícitas en el momento de su comisión. Estos juicios correspondían, primordialmente, a cargos relacionados con conductas entendidas como terrorismo en el Perú;⁶⁰ dado que las leyes penales habían sido aprobadas de manera posterior a los actos en cuestión, y fueron la base legal para la condena de los demandantes, la Corte IDH determinó que hubo violaciones del artículo 9 de la CADH por la aplicación retroactiva.⁶¹ De igual manera, en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, la Corte IDH determinó que la aplicación retroactiva de una ley a 270 servidores civiles que protestaron por las condiciones laborales en las que se encontraban y que había derivado en su despido, fue contrario al artículo 9 de la CADH.⁶²

De manera más reciente, la sentencia *Mohamed vs. Argentina* —a la que hicimos referencia en la sección anterior—, plantea ciertas interrogantes sobre la aplicación del principio de irretroactividad tratándose de delitos culposos. En ese caso, la Corte IDH decidió no entrar al análisis de la presunta violación del principio de irretroactividad, alegada por la CIDH y los representantes. Esas partes en el procedimiento señalaron que la integración del tipo penal en la decisión que determinó la culpabilidad del señor Mohamed por homicidio culposo, había tomado en cuenta un decreto que no estaba en vigor en el momento de la comisión del presunto hecho delictivo en violación del principio de irretroactividad.⁶³

Como se advirtió, la Corte IDH decidió no pronunciarse sobre la posible violación del artículo 9 de la CADH, y que, en todo caso, las presuntas violaciones al principio de irretroactividad debían ser examinadas por el tribunal superior que conociera el recurso contra el fallo condenatorio del señor Mohamed, en cumplimiento del artículo 8.2.h. de la CADH que había determinado previamente.

No obstante, es interesante señalar que en los párrafos que preceden la determinación de la Corte IDH de no entrar al análisis de la violación del principio, esta cita un extracto de la sentencia condenatoria de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el que constata que:

para individualizar el “deber de cuidado” exigible al imputado, se h[izo] referencia, por una parte, a las “[l]as normas de cuidado” aplicables al caso como “normas de práctica internacional” y, por la otra, a “principios” de tales prácticas contenidos en el decreto (reglamento de tránsito) que aún no había entrado en vigencia al momento del hecho.⁶⁴

A partir de las citas de la Corte IDH resulta claro que, para la individualización del deber de cuidado, el juzgador se apoyó en normas de prácticas internacionales que se incorporaron en la legislación interna a través del decreto y que, la mayor parte de la adecuación del tipo penal por la Sala, se basó en un análisis del código penal vigente al momento de los hechos. Si suponemos que dichas normas eran prácticas internacionales en el momento de la comisión del hecho delictivo, ¿habrá violación al principio de irretroactividad?, aún más, en caso de que dichas normas no hayan sido reconocidas como prácticas internacionales en el momento de la comisión del ilícito, ¿la mera referencia por el órgano sancionador a un decreto que entró en vigor con posterioridad a la comisión del hecho delictivo será contraria al principio de irretroactividad?

A pesar de que ambos interrogantes pudieran responderse negativamente, dada la importancia del principio de legalidad los juzgadores deberían evitar citar, invocar o apoyarse en marcos normativos que no se encuentran vigentes al momento de los hechos, para así preservar el principio de irretroactividad y no comprometer la legalidad de la resolución.

60 Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 207-208. Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 107.

61 *Idem*.

62 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 115. En este caso, no se ordena la modificación legislativa, pues en el momento en que se dictó sentencia la ley ya no estaba vigente.

63 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 127.

64 *Ibidem*, párr. 138.

2.2.3. Ley penal más favorable

El artículo 9 de la CADH establece que “tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. En el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, una ley panameña dispuso que “los extranjeros condenados a la deportación que elud[ieran] esta pena, permaneciendo en el país clandestinamente, o la burl[aran] regresando a él, estar[ían] dedicados a trabajos agrícolas en la Colonia Penal de Coiba, por dos (2) años, y obligados a salir del país al cumplirse este término”.⁶⁵

El señor Vélez Loor, después de reingresar a Panamá de manera subsecuente a una orden de deportación, fue condenado a una pena de dos años de prisión en lugar de la establecida en la ley. El Estado explicó que Coiba se había convertido recientemente en un “sitio turístico [y] ecológico” y, como consecuencia, “la aplicación literal del precepto indicado resulta[ba] inoperante”.⁶⁶ En el momento en que el caso llegó a la Corte IDH, la ley había sido derogada; no obstante, la Corte IDH estimó que había una violación del artículo 9 debido a “la aplicación de una sanción más gravosa a la prevista” en la ley en cuestión.⁶⁷ En efecto, el Estado castigó una ofensa administrativa, es decir un asunto migratorio, con una sanción penal.

Además, como se señaló anteriormente, tanto el PIDCP como la CADH estipulan que: “[s]i con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Esta disposición fue aplicada por la Corte IDH en *Ricardo Canese vs. Paraguay*, desarrollando el principio de retroactividad de la norma penal más favorable.

Los tribunales paraguayos condenaron al señor Canese por calumnias y lo sentenciaron a prisión en cumplimiento de las leyes penales pertinentes.⁶⁸ No obstante, un año después entró en vigor un nuevo código penal en donde se disminuyeron “las penas mínimas y máximas para el delito de difamación y [se] estableció la multa como sanción alternativa a la pena de prisión”.⁶⁹ De acuerdo con la Corte IDH, los tribunales “debían comparar los aspectos más favorables de la misma aplicables al caso concreto[,] y determinar si se debía[n] reducir las penas impuestas al Sr. Canese o si se debía aplicar solamente la pena de multa”.⁷⁰ El Estado no dio respuesta a las peticiones del señor Canese al respecto y, por lo tanto, incurrió en una violación del artículo 9.⁷¹

En contraste, en el caso *Mémoli vs. Argentina*, los señores Mémoli habían sido condenados por el delito de injurias tipificado en un artículo del código penal, el cual fue modificado posteriormente para excluir de toda sanción penal las expresiones relacionadas con asuntos de interés público o que no fueran asertivas, la pena privativa de libertad por su comisión, y establecer sanciones penales menos graves para el delito de injurias.⁷² A partir de esta modificación legislativa, los señores Mémoli —quienes ya habían cumplido su pena—, iniciaron procedimientos a nivel interno para anular la sentencia penal condenatoria en su contra, sin haber obtenido una respuesta favorable.⁷³

La Corte IDH concluyó que en este caso no había violación del artículo 9 de la CADH. En su análisis coincidió con los motivos expuestos a nivel interno por los cuales se rechazó la revisión de la condena penal impuesta, a saber, que la pena se encontraba agotada, y que la despenalización de las expresiones

65 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 185.

66 *Ibidem*, párr. 186.

67 *Ibidem*, párr. 188.

68 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 182.

69 *Ibidem*, párr. 183.

70 *Ibidem*, párr. 186.

71 *Idem*.

72 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 156.

73 En el procedimiento ante la Corte IDH, los representantes argumentaron que una causa civil que seguía en curso estaba basada exclusivamente en la condena penal, lo cual fue reconocido por el Estado. Adicionalmente, alegaron que la condena penal había representado “un impedimento legal” para que una de las presuntas víctimas participara en un concurso para el cargo de juez de un Tribunal de Faltas de la ciudad de San Andrés de Giles, así como “para obtener una licencia de radio”. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 150.

relativas a asuntos de interés público no aplicaba a la condena impuesta a los señores Mémoli, en tanto la información contenida en sus expresiones no guardaba relación con asuntos de esa naturaleza.⁷⁴

2.3. Crímenes internacionales

Como se indicó, a diferencia de la CADH, tanto el PIDCP como la CEDH incluyen expresamente los delitos “según el derecho nacional o internacional” en sus disposiciones respectivas sobre el principio de legalidad. Además establecen que: “[n]ada de lo dispuesto en e[l] artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.⁷⁵

La inclusión de delitos “internacionales” tenía el propósito de prevenir que un individuo evadiera la sanción de un crimen internacional al argüir que la acción u omisión no era ilícito bajo el derecho nacional correspondiente.⁷⁶ Al señalar además que los crímenes según los “principios generales del derecho” también podrían ser juzgados, el PIDCP y el CEDH extendieron su alcance a delitos que no están identificados en los tratados o el derecho consuetudinario internacional.⁷⁷

Aun si los redactores de la CADH no quisieron incluir los ‘delitos internacionales’ en el artículo 9,⁷⁸ en la actualidad existe apoyo para la sanción de tales delitos en el SIDH. En 2003, la CIDH emitió una resolución especial, “Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales”, en la cual subrayó que:

[L]os crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la O[EA] y de la [ONU], por lo que la comisión de estos no debe quedar impune.⁷⁹

La Corte IDH ha reiterado la obligación de extraditar o enjuiciar a los perpetradores de tales crímenes, incluso bajo los principios de la jurisdicción universal.⁸⁰

En el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, las desapariciones forzadas bajo examen habían ocurrido hacía más de 30 años —época en la que el crimen no había sido expresamente establecido en el derecho brasilero—; no obstante, la Corte IDH declaró responsable al Estado por las desapariciones forzadas y exigió la persecución y la sanción de los perpetradores.⁸¹ Cuan-

74 *Ibidem*, cfr. párrs. 146, 158. En caso de que la Corte IDH hubiera determinado que las expresiones sí eran de interés público, surge la interrogante sobre la posibilidad de solicitar la anulación de la condena penal —a pesar del agotamiento de la pena— en el marco del principio de la aplicación de la ley penal más favorable; toda vez que dicha condena puede afectar el ejercicio de otros derechos como la posibilidad de ser elegidos a cargos de representación popular, entre otros.

75 El artículo 15.2. del PIDCP. El artículo 7.2. del CEDH tiene una redacción bastante similar: “[e]l presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

76 Por ejemplo, ver Nowak, M., *op. cit.*, p. 276.

77 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C. Harris, O’Boyle & Warbirck. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2ª. ed., 2009, pp. 338-339. El artículo 38 del Estatuto de la CIJ dispone tres fuentes primarias de derecho internacional: “a. las convenciones internacionales [...] b. la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. (énfasis agregado) Es interesante notar que el Estatuto de Roma de la CPI, tras codificar diversas conductas constitutivas de crímenes internacionales, señala en su artículo 22.3. lo siguiente: “[n]ada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

78 El delegado argentino, en respuesta a la sugerencia del delegado colombiano de incluir la referencia al derecho internacional contenida en el PIDCP, expresó que “sería una aspiración interesante para el futuro”. OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, *op. cit.* Minutas de la 8a Sesión del Comité I, Doc. 48, noviembre 15 de 1969, p. 206.

79 CIDH. *Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales*, Resolución n.º 1/03, 2003.

80 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 160. Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 131-132.

81 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 325.

do el Estado argumentó que se afectaría el principio de legalidad y de irretroactividad, la Corte IDH respondió con dos argumentos centrales: la necesidad de que los jueces internos realicen el “control de convencionalidad” aplicando no solo la ley interna sino la CADH y su interpretación, así como la no afectación del principio de irretroactividad, dado que “los efectos del acto internacionalmente ilícito en cuestión continúan ocurriendo”.⁸² Este último punto, en primera medida, señala que la naturaleza de los crímenes continuados trascendió los límites temporales de la ley de amnistía en Brasil, la cual fue promulgada para impedir la sanción de ciertos delitos cometidos bajo el gobierno militar.⁸³

La pregunta es si el razonamiento de la Corte IDH podría ser interpretado en el sentido de que los crímenes, debido a su condición de “internacionalmente ilícitos”, deberían ser procesados a pesar de cuestiones de retroactividad. Más adelante en la sentencia de *Gomes Lund*, la Corte IDH ordena al Estado –al no contar con tipificación interna del delito de desapariciones forzadas–, a establecerlo.⁸⁴ Sin embargo, la Corte IDH todavía no ha hecho una afirmación directa en el sentido de que el artículo 9 de la CADH permite la sanción de delitos internacionales que no estaban tipificados en el derecho nacional al momento de su comisión. Hasta ahora ha podido dar una respuesta al asunto en los casos de desapariciones forzadas, ‘aprovechando’ el carácter continuado del ilícito.

2.4. Perspectiva comparada

Ni el TEDH ni el Comité DHONU son tan propensos como la Corte IDH a declarar violaciones a las disposiciones que establecen el principio de legalidad. Esto es cierto particularmente en lo que respecta al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. En efecto, se ha notado que “la Corte [Europea], en varios casos, ha establecido que no hubo violación del artículo 7 [del Convenio Europeo] a pesar de que hay leyes redactadas de forma muy general u oscura”.⁸⁵ Dicho enfoque es incompatible con el reconocimiento del TEDH de que el principio de legalidad, protegido por el artículo 7 del CEDH, requiere, *inter alia*, que los delitos penales estén “claramente definidos en el derecho”.⁸⁶

Asimismo, al parecer la Corte IDH aplica el artículo 9 a un rango más amplio de situaciones que su contraparte en Europa. Se recordará que, para la Corte IDH, la sanción administrativa requiere la protección del artículo 9. Por otra parte, el artículo 7 del CEDH (que trata del principio de legalidad) solamente aplica al sistema de justicia penal.⁸⁷ Aún así, esta es un área que requiere de un mayor desarrollo jurisprudencial. En cuanto al Comité DHONU, los casos existentes son similarmente escasos;⁸⁸ dicho Comité ha afirmado que:

Las acusaciones de carácter penal corresponden en principio a actos que en el derecho penal nacional se han declarado punibles. La noción puede extenderse también a actos de naturaleza delictiva porque conllevan sanciones que, independientemente de su calificación en el derecho interno, deben considerarse penales por su objetivo, carácter o gravedad.⁸⁹

Pero el Comité DHONU no ha interpretado el test de “objetivo, carácter o gravedad” lo suficiente como para afirmar con certeza cuándo consideraría que ciertas sanciones administrativas encuadrarán en la disposición equivalente del PIDCP.

82 *Ibidem*, párr. 179.

83 *Idem*. En el caso *Radilla Pacheco vs. México*, el cual también trató de los crímenes continuados de desapariciones forzadas, la Corte IDH hizo una declaración parecida, ver Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 239.

84 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párrs. 286-287.

85 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C. *op. cit.*, p. 355.

86 TEDH. *Kokkinakis vs. Greece*, App. n.º 14307/88, 1993, párr. 52.

87 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C. *op. cit.*, p. 332.

88 En 22 decisiones en las que se evaluó el artículo 15 del PIDCP durante el periodo de 1981 a 2007, el Comité DHONU no declaró violación de la disposición.

89 Comité DHONU. Observación general n.º 32. *Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. CCPR/C/GC/33, 25 de junio de 2009, párr. 15.

Artículo 10. Derecho a indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C n.º 77. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C n.º 91. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 231. En adelante: Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. EPF. 2011.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 288. En adelante: Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Caso 11.381.

CIDH. Informe n.º 3/02, *Caso Jorge Fernando Grande vs. Argentina*, Petición 11.498.

CIDH. Informe n.º 43/04, *Caso Yalmileth Rojas Piedras vs. Costa Rica*, Petición 306-99.

CIDH. Informe n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay*, Caso 11.500.

CIDH. Informe n.º 135/11, *Caso Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina*, Caso 12.167.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Brumărescu vs. Romania* (Just Satisfaction), 2001-I.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Case Concerning the Factory at Chorzów* (Germany vs. Poland). Series A, n.º 17, at 47, September 13th, 1928.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Consejo Europeo

Consejo Europeo. Informe Explicativo, Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organización de las Naciones Unidas

Comité de Derechos Humanos

Comité DHONU. *Terry Irving vs. Australia*, Comunicación n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

Comité DHONU. Observación general n.º 31. *Naturaleza jurídica de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004.

Comité DHONU. Observación general n.º 32. Artículo 14, *el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad de los tribunales y cortes de justicia*. CCPR/C/GC/32, 2007.

Referencias académicas

ÁLVAREZ, I. *et al.* “Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach”, en *American University Law Review*, 56, n.º 6, August 2007.

ANTKOWIAK, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Colum. J. Transnat’l L.*, n.º 46, 351, 2008.

ANTKOWIAK, T. “An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice”, en *Stanford J. Int’l L.*, n.º 47, 279, 2011.

COLANDREA, V. “On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases”, en *HRLR*, vol. 7, n.º 2, 2007.

HARRIS, D., O’BOYLE, M. & WARBRICK, C. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2da. ed., 2009.

HELPER, L. “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, en *EJIL*, vol. 19, n.º 1, 2008.

JEFFRIES, J. C. “Disaggregating Constitutional Torts”, en *Yale L. J.*, n.º 110, 259-262, 2000.

LEACH, P. “Beyond the Bug River: New Approaches to Redress by the ECHR”, en *EHRLR*, n.º 148, 2005.

LOSADA-REVOL, I. & RIBEIRO-MIERES, S. “El Artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Alcance y Contenido”, en REY, S. A. *Problemas Actuales de Derechos Humanos*, n.º 1. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

MEDINA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

NOWAK, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N. P. Engel, 2005.

Otras referencias

Black’s Law Dictionary 435, 9th ed. 2009.

ANTKOWIAK, T. & GONZA, A. *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

Contenido

1. Introducción y antecedentes	341
2. Ámbito de protección del artículo 10	342
2.1. Parámetros flexibles	342
2.2. "Condenado en sentencia firme"	342
2.3. El término "condenada" comprende sanciones distintas al encarcelamiento	343
2.4. "Error judicial" y "miscarriage of justice"	344
2.5. El significado de "indemnización"	345
3. El marco de la Corte IDH en materia de reparaciones	347
3.1. Reparaciones pecuniarias	347
3.2. Reparaciones no pecuniarias	347
3.3. Las reparaciones de la Corte IDH desde una perspectiva comparada	348

1. Introducción y antecedentes

Los antecedentes en la redacción del artículo 10 de la CADH se desprenden del proyecto preliminar presentado por la CIDH, el cual incorporó elementos tanto del CEDH como del PIDCP. El proyecto de la CIDH estipulaba lo siguiente:

Toda persona que haya sido privada de libertad ilegalmente o por error judicial, será indemnizada por las pérdidas sufridas como consecuencia de la condena y por el tiempo que haya sido privado de la libertad, salvo en el caso de que el sentenciado haya contribuido a hacer posible el error judicial.¹

Los artículos 5.5. del CEDH y 9.5. del PIDCP, contemplan un "derecho efectivo a obtener reparación" para las víctimas que hubieren sido privadas de la libertad, detenidas, presas o arrestadas ilegalmente.² Además, el artículo 14.6. del PIDCP y el artículo 3 del Protocolo n.º 7 para el CEDH establecen un derecho a la reparación en el caso de 'error judicial'.

Debido a una oposición sustancial durante la Conferencia Especializada de 1969 en San José, el artículo 10 casi fue eliminado en su totalidad.³ Argentina, por ejemplo, objetó la falta de practicidad de establecer un 'derecho automático a la indemnización', así como la amplitud y vaguedad de la terminología empleada.⁴ Estados Unidos consideró que el término 'error judicial' podría interpretarse como cualquier fallo revocado posteriormente en apelación, con lo que se indemnizaría a 'demandantes sin causa legal', e impondría una pesada carga financiera a los Estados.⁵ Sin embargo, algunas delegaciones –entre ellas Guatemala y Costa Rica– apoyaron la inclusión de este derecho en el documento,⁶ como

- 1 Artículo 9, Proyecto de la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos, Doc. 5 (versión en inglés). 22 de septiembre de 1969.
- 2 Aún así, Manfred Nowak ha afirmado que, a pesar de su "naturaleza inmediatamente vinculante", el lenguaje del PIDCP sugiere que es un recurso más "orientado hacia el futuro". Ver Nowak, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N. P. Engel, 2005, p. 237.
- 3 Ver minutas de la 8a. sesión del Comité I, Doc. 48, 15 de noviembre de 1969, pp. 207-208, en OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.
- 4 Proyecto de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, Observaciones y Comentarios de los Gobiernos Americanos, Doc. 13 (versión en inglés). 22 de septiembre de 1969.
- 5 *Idem*. Durante las negociaciones del PIDCP, Estados Unidos y Argentina estuvieron entre los Estados que se opusieron al derecho a la indemnización en esos términos. Nowak, M. *op. cit.*, p. 352.
- 6 Ver minutas de la 8a. sesión del Comité I, Doc. 48, noviembre 15 de 1969, p. 208, en OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

resultado se formó un grupo de trabajo cuya propuesta fue posteriormente enmendada por el delegado mexicano, hasta formular la redacción final que hoy en día se refleja en el artículo 10 de la CADH.⁷

Finalmente, en la versión final de la CADH se excluyeron las referencias a la privación de la libertad. El supuesto ‘derecho automático a la indemnización’ fue atenuado con la frase “de acuerdo con la ley”. En la versión en inglés el término *judicial error* fue reemplazado por *miscarriage of justice*, pero en español permaneció sin cambios y permaneció el concepto de “error judicial”.⁸

A pesar de los esfuerzos de los delegados en San José por restringir el contenido del artículo 10, este sigue siendo más amplio que el artículo 14.6. del PIDCP y que el artículo 3 del Protocolo n.º 7 del CEDH. A comparación de lo estipulado en la CADH, los textos de los tratados en los sistemas universal y europeo son casi idénticos y muy específicos, pues exigen la existencia de una sentencia condenatoria firme posteriormente revocada o un indulto debido a un hecho nuevo o nuevas revelaciones “plenamente probatorio[s] de la comisión de un error judicial”. Más aún, la persona debe haber “sufrido una pena como resultado de tal sentencia” y no debe ser responsable por “no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

2. Ámbito de protección del artículo 10

2.1. Parámetros flexibles

El artículo 10 de la CADH tiene un parámetro flexible para su interpretación, debido a que contiene solo algunas de las limitaciones propias de los textos en los ámbitos universal y europeo, también debido a que no establece una definición clara del término ‘error judicial’.⁹

En el momento en que se redacta este comentario no hay sentencia de la Corte IDH en donde se analice esta disposición. En *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* –un caso que hace referencia a sentencias civiles– la CIDH presentó un argumento somero sobre la presunta violación del artículo 10,¹⁰ sin embargo la Corte IDH no evaluó la disposición, y simplemente citó el artículo en el apartado sobre reparaciones de la sentencia.¹¹ Por su parte, tal y como se señala más adelante, la CIDH ha abordado el artículo en algunos informes.

2.2. “Condenado en sentencia firme”

La frase “condenado en sentencia firme” parece hacer referencia únicamente a condenas en el ámbito penal, tanto por su significado literal como por el origen de la frase – a saber lo dispuesto en el PIDCP y el CEDH–. Esta interpretación ha sido sostenida también por la CIDH. En *García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, un número de empleados que habían sido despedidos solicitaron la protección de su derecho constitucional de huelga ante la Corte Suprema de Nicaragua, a través de la interposición de un recurso de amparo, en ese caso la CIDH si bien encontró errores en la resolución de la Corte Suprema, y que el Estado había violado los derechos de los peticionarios al debido proceso y a la protección judicial, concluyó que el fallo de la Suprema Corte “no constituy[ó] una sentencia condenatoria” y por lo tanto

7 Ver minutas de la 12a. Sesión del Comité I, Doc. 51, Rev. 1, 18 de noviembre de 1969, p. 250, en OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

8 Esta dicotomía también existe en las versiones en español y en inglés del artículo 14.6. del PIDCP.

9 Medina, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 356.

10 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001. En dos sentencias más de la Corte IDH, el artículo 10 está mencionado, pero solo porque hacen referencias a informes anteriores de la CIDH en los cuales la CIDH no encontró violaciones de la disposición. Ver Corte IDH. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. EPF. 2011.

11 *Ibidem*, párr. 194.

no era violatorio del artículo 10 de la CADH porque no se trató de una sentencia en materia penal.¹² A pesar de esta decisión, algunos comentaristas han propuesto una interpretación más amplia de la disposición, la cual podría incluir asuntos civiles y administrativos, además de sentencias en materia penal.¹³

Por “sentencia firme”, generalmente se entiende a aquellas decisiones inapelables, aunque la definición precisa del término “firme” ha sido debatida en otros sistemas de derechos humanos.¹⁴ Según el Informe explicativo del Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales, del 28 de mayo de 1970, una sentencia se considera firme si ha adquirido fuerza *res judicata*.¹⁵ Esto ocurre “cuando no haya más recursos ordinarios disponibles o cuando las partes hayan agotado estos recursos o si han permitido que el plazo expire sin valerse de ellos”.¹⁶

La CIDH ha indicado que comparte esta interpretación del término “sentencia firme” en el contexto del artículo 10. En *Rojas Piedras vs. Costa Rica*, la peticionaria buscaba ser indemnizada por un error judicial que había derivado en su condena por un tribunal de primera instancia;¹⁷ sin embargo, tras interponer recurso de revisión contra dicha decisión ante la Corte Suprema de Costa Rica esta “absolvió de toda pena y responsabilidad a la presunta víctima y ordenó, en forma clara y específica, la cancelación de la inscripción del fallo condenatorio en el Registro Judicial de Delincuentes”.¹⁸ Por este motivo, la decisión del Tribunal de Costa Rica de primera instancia que se cuestionaba, no constituyó una “sentencia firme” a efectos del artículo 10 en tanto “no adquirió carácter de cosa juzgada”.¹⁹ La CIDH decidió declarar inadmisibles la supuesta violación del artículo 10.

En el caso *Grande vs. Argentina*, ante la Corte IDH, el peticionario había sido procesado durante la dictadura militar por supuestas actividades delictivas de la gerencia de la cooperativa de crédito donde él trabajó.²⁰ Posteriormente, el Estado había sometido al Sr. Grande “a un procesamiento penal” por más de 8 años, hasta que los cargos fueron “definitivamente desechados”.²¹ De manera similar al caso *Rojas Piedra*, la CIDH decidió que la petición era inadmisibles en relación con los argumentos vertidos sobre el artículo 10, y sostuvo que el Sr. Grande no había recibido una sentencia firme en absoluto, porque los cargos contra él fueron desestimados.²² Sin embargo, sí admitió el caso por violaciones procesales, sometiéndolo ante la Corte IDH, órgano que no encontró violaciones a derechos humanos.²³

2.3. El término “condenada” comprende sanciones distintas al encarcelamiento

La decisión de la CIDH en *Cirio vs. Uruguay* demuestra que la palabra “condenada” del artículo 10 puede referirse a sentencias que imponen sanciones penales distintas al encarcelamiento. En este caso, un oficial militar en retiro criticó la actuación de las fuerzas armadas, como resultado, un tribunal militar “enjuició al peticionario por el crimen de insulto al honor militar”.²⁴ El Sr. Cirio fue declarado culpable y recibió “una sanción de por vida que, entre otras cosas, le privaba de su estatus y beneficios”, incluyendo su pensión.²⁵ Transcurridos más de veinte años desde el fallo del tribunal militar, el Sr. Cirio

12 CIDH. Informe n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Caso 11.381, párr. 93.

13 Ver Losada-Revol, I. y Ribeiro-Mieres, S. “El Artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Alcance y Contenido”, en Rey, S. A. *Problemas Actuales de Derechos Humanos*, n.º 1, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

14 Comité DHONU. *Terry Irving vs. Australia*, Comunicación n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

15 Comentario sobre el artículo 1.a: Informe explicativo del Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales del 28 de mayo de 1970, p. 22.

16 *Idem*.

17 CIDH. Informe n.º 43/04, *Caso Yalmileth Rojas Piedras vs. Costa Rica*, Petición 306-99.

18 *Ibidem*, párr. 65.

19 *Ibidem*, párr. 64.

20 CIDH. Informe n.º 3/02, *Caso Jorge Fernando Grande vs. Argentina*, Petición 11.498.

21 *Ibidem*, párr. 38.

22 *Ibidem*, párr. 43.

23 Ver Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. EPF. 2011.

24 CIDH. Informe n.º 124/06, *Caso , Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay*, Caso 11.500, párr. 60.

25 *Ibidem*, párr. 62.

fue restituido en su estatus y beneficios, pero no en lo correspondiente a los montos anteriores del pago de su pensión. De acuerdo con la CIDH, a pesar de que las autoridades “reconocie[ron] la naturaleza política e ideológica del castigo, no revocaron las resoluciones que lo sancionaron ni brindaron reparaciones que subsanaran el hecho (*restitutio in integrum*)”.²⁶ En consecuencia, la CIDH determinó que Uruguay violó el derecho del peticionario consagrado en el artículo 10 de la CADH.

2.4. “Error judicial” y “*miscarriage of justice*”

Como se señaló anteriormente, la frase *judicial error* fue reemplazada por *miscarriage of justice* en la versión final en inglés del artículo 10, sin embargo en la versión en español el término “error judicial” permaneció intacta. “*Miscarriage of justice*” en la terminología legal de los EE.UU. indica un “resultado manifiestamente injusto en un procedimiento judicial”.²⁷ El Informe explicativo del Protocolo n.º 7 del CEDH describe de manera similar que este concepto supone “fallas serias en el procedimiento judicial que implican graves perjuicios para la persona condenada”.²⁸ Ante ello, *miscarriage of justice* no supone un mero defecto en los procedimientos judiciales, sino que se debe producir un resultado manifiestamente injusto.

En cuanto al término error judicial –en el contexto de la CADH– no es posible inferir si tiene el mismo sentido que *miscarriage of justice*. El voto del comisionado Julio Prado Vallejo en *García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, sugiere que el concepto comprende errores judiciales menos graves. Citando jurisprudencia de España, Prado Vallejo considera que existe “error judicial” cuando “a través de fraude, negligencia, o conocimiento o comprensión errónea de los hechos, una decisión judicial no refleja la realidad y puede ser entendida como injusta”.²⁹ Esta interpretación de error judicial es más amplia que el concepto restringido de *miscarriage of justice*,³⁰ pues los “resultados manifiestamente injustos” podrían no ser necesarios para establecer una violación del artículo 10.

En el contexto del PIDCP y el Protocolo n.º 7 del CEDH, es necesario que se presente un hecho nuevo o que nuevas revelaciones demuestren que existió un error judicial. Por ejemplo, en el caso *Irving vs. Australia* ante el Comité DHONU, una sentencia condenatoria fue anulada por defectos en el proceso.³¹ Sin embargo, el Comité DHONU le denegó al peticionario su derecho a indemnización porque la anulación no se debió a hechos nuevos o a nuevas revelaciones.³²

El artículo 10 de la CADH no hace referencia alguna a un hecho nuevo o a uno recientemente descubierto, estos elementos tampoco fueron requeridos por la CIDH para encontrar una violación al artículo en el caso *Cirio*. Tal como se estableció, en ese caso el peticionario había criticado a las fuerzas armadas y fue condenado por insultar el honor militar, cuando se determinó la anulación de la sanción

26 CIDH. Informe n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay*, Caso 11.500, párr. 124.

27 Black’s Law Dictionary 435, 9th ed. 2009.

28 Consejo Europeo. Informe Explicativo, Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 23.

29 CIDH. Informe n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*. Caso 11.381, Voto razonado y parcialmente disidente del comisionado Julio Prado Vallejo.

30 Es interesante señalar que en unas de las declaraciones interpretativas hechas por Argentina al ratificar la CADH estableció que: “[e]l artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el ‘error judicial’ sea establecido por un Tribunal Nacional”. Información disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina (fecha de último acceso: 2017/06/20). Por lo tanto, en *Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina*, la CIDH concluyó que “[toda vez que] una corte nacional no ha[bía] establecido que se h[ubiera] producido un error judicial” el Estado no era responsable por la violación del artículo 10. CIDH. Informe n.º 135/11, *Caso Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina*, Caso 12.167, párr. 130.

31 Comité DHONU. *Caso Terry Irving vs. Australia*, Comunicación n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

32 En un voto disidente, Henkin y Scheinin opinaron que la frase del artículo 14.6., “por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial”, debe solo aplicar a indultos y no a sentencias revocadas. Comité DHONU. *Terry Irving vs. Australia*, Comunicación n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

no fue sobre la base de hechos nuevos, sino porque el Estado reconoció la “naturaleza política e ideológica del castigo”.³³

Asimismo, es importante señalar que en el caso *Cirio*, el Estado anuló la sanción y restituyó el estatus de la víctima, sin que dichas medidas sean requeridas explícitamente por el artículo 10 de la CADH. En contraste, el PIDCP y el Protocolo n.º 7 requieren una anulación o indulto formal para que la víctima solicite indemnización.

2.5. El significado de “indemnización”

2.5.1. Una obligación positiva del Estado

El derecho de indemnización que sigue a un error judicial claramente establece una obligación positiva del Estado. Si bien el SIDH apenas comienza a evaluar la naturaleza de la obligación consagrada en el artículo 10, algunos aspectos de esta obligación han sido considerados ya por otros mecanismos de derechos humanos. Un punto que merece especial atención es la indemnización “conforme a la ley”, lo cual no significa que el Estado tiene la obligación de otorgar una indemnización cuando el derecho interno o la práctica no establece tales indemnizaciones.³⁴ Más bien, tal y como fue indicado por el Comité DHONU, los Estados deben promulgar disposiciones internas que garanticen que la indemnización puede, en efecto, ser pagada a la víctima de un error judicial en un plazo razonable.³⁵

2.5.2. El efecto del indulto o anulación de condena sobre el derecho a la indemnización

Otro aspecto que todavía no se encuentra claramente desarrollado por los órganos del SIDH es el impacto que podrían tener los indultos sobre el derecho a la indemnización. El Comité DHONU ha establecido que no se debe indemnización “si el fallo condenatorio se anula [...] en virtud de un indulto de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya existido un error judicial”.³⁶

El texto escueto del artículo 10 de la CADH, sin embargo, podría conducir a un resultado diferente. Esto es, si una condena es anulada, o la persona indultada, por razones diferentes a un error judicial –por ejemplo consideraciones humanitarias–, el derecho a la indemnización establecido en el artículo 10 podría ser aplicable.³⁷ Lo que presupone, por supuesto, que la persona fue condenada en sentencia firme a través de un error judicial.

2.5.3. Indemnización vs. restitutio in integrum

En *Cirio vs. Uruguay*, la CIDH aborda la naturaleza de la indemnización establecida en el artículo 10. De acuerdo con el criterio establecido por la CIDH, el Estado está obligado a garantizar “reparaciones completas (*restitutio in integrum*) a la víctima”.³⁸ En ese caso, debido a que la reparación que se le concedió al Sr. Cirio por los daños sufridos había sido insuficiente, pues no atendía a los pagos de pensión pendientes durante el tiempo en que estuvo firme la sentencia, la CIDH determinó la violación del artículo 10. Algunos han sugerido que en este caso se aplicó incorrectamente el estándar del artículo 63.1. de la CADH (sobre reparaciones) al análisis del artículo 10.³⁹

33 CIDH. Informe n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay*, Caso 11.500, párr. 124.

34 Consejo Europeo. Informe Explicativo, Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 25.

35 Comité DHONU. Observación general n.º 32. Artículo 14, *el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad de los tribunales y cortes de justicia*. CCPR/C/GC/32, 2007, párr. 52.

36 *Ibidem*, párr. 53. El Consejo Europeo mantiene un criterio similar, ver Consejo Europeo. Informe Explicativo, Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 23.

37 Ver Losada-Revol, I. Ribeiro-Mieres, S., *op. cit.*

38 CIDH. Informe n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay*, Caso 11.500, párr. 124.

39 Ver Losada-Revol, I. Ribeiro-Mieres, S., *op. cit.*

Como se indicó arriba, el artículo 10 afirma el derecho a la indemnización “conforme a la ley”, frase que refleja lo estipulado en el artículo 14.6. del PIDCP. En el contexto del PIDCP, Manfred Nowak explica que esto obedece a “la convicción de que una cuestión tan compleja como es la determinación de una indemnización por error judicial sólo puede ser implementada internamente atendiendo a los correspondientes lineamientos establecidos por ley”.⁴⁰ En la misma línea, el artículo 3 del Protocolo n.º 7 del CEDH establece indemnizaciones “conforme a la ley o a la práctica vigente en el Estado respectivo”.

De acuerdo con los diversos ordenamientos legales internos, la indemnización muy probablemente significará la entrega de dinero en efectivo;⁴¹ sin embargo, cuando se ordenan reparaciones de conformidad con el artículo 63 de la CADH, la Corte IDH observa el estándar de la *restitutio in integrum*. Esta sólida norma del derecho internacional “consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”.⁴² El artículo 63.1. otorga a la Corte IDH el mandato extenso de buscar *restitutio in integrum*, el cual exige una “justa indemnización” y:

[...] que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. [La Corte IDH] [d]ispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos [...].

De este modo es posible que, en el caso *Cirio*, la CIDH aplicara un criterio jurídico erróneo al declarar la violación del artículo 10.⁴³ Siguiendo el estándar de la *restitutio in integrum* se habría exigido a Uruguay una indemnización mucho más completa que lo que estaba requerido por sus propias leyes nacionales, y así, más de lo que era exigido por la redacción del artículo 10.

Esto se justifica también en la evolución que han tenido los principios de indemnización y reparación en el derecho internacional, de la misma forma que la propia CADH –según la jurisprudencia de la Corte IDH–, ha ampliado su ámbito de protección a través del tiempo.

De hecho, la jurisprudencia de la Corte IDH es contundente al afirmar que una indemnización monetaria por sí sola raramente representa una reparación adecuada a las violaciones de derechos humanos.⁴⁴ En casos de violación al debido proceso y de detención arbitraria –dos situaciones que con frecuencia son asociadas al derecho que ampara el artículo 10–, la Corte IDH ha ordenado diversas medidas de carácter no monetario, tales como restitución, rehabilitación y ofrecimiento de disculpas –sumadas a las propias indemnizaciones monetarias– para reparar el hecho ilícito. Por tanto, al requerir “reparaciones completas” en el caso *Cirio*, la CIDH podría haber reducido el rango de discrecionalidad permitido a los Estados por lo dispuesto en el artículo 10. Tal vez una decisión que tome en cuenta todas las afectaciones sufridas, y busque restituir el hecho ilícito al estado anterior a la violación, sirva como directiva a los Estados para incorporar los estándares pluridimensionales de reparaciones de la Corte IDH a los marcos legales nacionales.

Desde luego, no hay ninguna razón por la que los abusos asociados a errores judiciales deban recibir una reparación menor que otras violaciones graves a los derechos humanos. La indemnización se menciona solo esporádicamente a lo largo de la CADH;⁴⁵ por ello puede suponerse que los redactores del Pacto de San José intentaron particularizar a las víctimas de los errores judiciales y otorgarles una

40 Nowak, M., *op. cit.*, p. 355. Sin embargo, la determinación de la indemnización por un error judicial no es necesariamente más “compleja” que la determinación de las reparaciones a otras violaciones graves de derechos humanos.

41 Ver, por ejemplo, Jeffries, J. C. “Disaggregating Constitutional Torts”, en *Yale L.J.*, n.º 110, 2000. En este artículo, el autor explica la práctica de los Estados Unidos.

42 Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 415. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 170. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Case Concerning the Factory at Chorzów* (Germany vs. Poland). Series A, n.º 17, at 47, September 13th, 1928.

43 La demanda presentada por la CIDH en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* sugiere un criterio jurídico similar. La demanda está disponible en el siguiente link: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/baena/demand.pdf> (fecha de último acceso: 2017/06/20).

44 Ver, por ejemplo, Antkowiak, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Colum. J. Transnat'l L.*, n.º 46, 351, 2008.

45 La indemnización está mencionada solamente en los artículos 10, 21, 63 y 68 de la CADH.

protección especial. Restringir el artículo 10 a la indemnización monetaria y otros principios limitados de reparación podría ir en contra de esa intención.

3. El marco de la Corte IDH en materia de reparaciones

En los últimos veinte años, la Corte IDH ha conducido un movimiento internacional para expandir los conceptos de reparaciones por violaciones a derechos humanos.⁴⁶ En acatamiento al principio *restitutio in integrum*, y en respuesta a las peticiones de las víctimas, sus sentencias usualmente ordenan una combinación de reparaciones pecuniarias y no-pecuniarias.⁴⁷ A continuación se presenta brevemente el marco de la Corte IDH en materia de reparaciones.⁴⁸

3.1. Reparaciones pecuniarias

De acuerdo con la Corte IDH, los daños pecuniarios se refieren a “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”.⁴⁹ De esta forma, la Corte IDH ha fijado consistentemente daños pecuniarios por pérdida o detrimento de los ingresos, daños actuales,⁵⁰ y daños consecuentes.

La Corte IDH ha establecido que el daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”.⁵¹ Toda vez que este daño es difícil de cuantificar, la Corte IDH determina una compensación en efectivo bajo este rubro “a través de una aplicación razonable de la discreción judicial y en equidad”.⁵² A fin de reparar los daños inmateriales, la Corte IDH también ordena frecuentemente un amplio repertorio de medidas “que buscan, *inter alia*, conmemorar y dignificar a las víctimas, así como evitar la repetición de violaciones a los derechos humanos”.⁵³ Tales reparaciones no pecuniarias son abordadas en la siguiente sección.

3.2. Reparaciones no pecuniarias

Hasta fines de la década de los 90, la Corte IDH limitó las reparaciones no pecuniarias;⁵⁴ sin embargo, a finales de 2001, elaboró casi en su totalidad el amplio enfoque contemporáneo de reparaciones no

46 Ver Antkowiak, T. “An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice”, en *Stanford J. Int'l L.*, n.º 47, 279, 2011. En este artículo, el autor examina los avances en el derecho internacional en materia de reparaciones. Álvarez I. et al. “Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach”, en *American University Law Review*, n.º 56, 1375, 2007. En esta obra se describe la evolución de la Corte IDH en los últimos veinte años en cuanto a la jurisprudencia y reparaciones.

47 Antkowiak, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *op.cit.*

48 Para un análisis más detallado, ver el comentario al artículo 63 (reparaciones y medidas provisionales), a cargo de Correa.

49 Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 307. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, párr. 43. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 275. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 360.

50 La Corte IDH no emplea este término. Este es un término jurídico en el derecho interno de los EE.UU. que describe con acierto lo que la Corte IDH está realizando.

51 Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 307. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001, párr. 84. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 275. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 371.

52 Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 191. Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 156.

53 *Idem*.

54 Una excepción notable es la sentencia *Aloeboetoe vs. Surinam*, un caso que involucró a siete miembros de una comu-

pecuniarias. Actualmente, dentro de las categorías generales de reparaciones que la Corte IDH ordena, se incluye la restitución y cesación, disculpas, construcción de monumentos, reformas legislativas, cursos de capacitación y programas de desarrollo comunitario.⁵⁵

La orden más frecuentemente emitida por la Corte IDH es que los Estados investiguen, procesen y sancionen a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos. Tal como lo señala la propia Corte IDH, estos requisitos no son técnicamente reparaciones, sino que se originan en la obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, de conformidad con el artículo 1.1. de la CADH.⁵⁶ No obstante, es indiscutible que la investigación de delitos y la imposición de penas son reparaciones cruciales, la cuales son exigidas constantemente por las víctimas.

3.3. Las reparaciones de la Corte IDH desde una perspectiva comparada

El enfoque contemporáneo de reparaciones de la Corte IDH comprende medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en conjunto con la compensación pecuniaria. El Comité DHONU –si bien es un órgano cuyas funciones no son vinculantes–, comparte este enfoque a través de sus comentarios generales sobre el PIDCP y varias recomendaciones formuladas a los Estados.⁵⁷ Este modelo comprensivo de reparaciones es apoyado también por otros instrumentos e instituciones de la ONU.⁵⁸

En contraste, históricamente el TEDH solo ha favorecido las reparaciones declarativas y la compensación monetaria.⁵⁹ Su limitado enfoque hacia las reparaciones ha sido demostrado en diversos casos. Es interesante que durante la última década han aparecido divergencias de esta postura conservadora al interior del propio TEDH, pues esporádicamente ha ordenado medidas tales como la recuperación de la libertad, la devolución de la propiedad y la realización de reformas legislativas.⁶⁰ Aun así, estas sentencias poco frecuentes no se aproximan al modelo de reparaciones desarrollado por la Corte IDH, que consistentemente ordena una amplia serie de medidas no pecuniarias elaboradas a detalle.⁶¹

nidad étnica asesinados por fuerzas militares. Entre otras medidas, la Corte IDH ordenó que el Estado reabriera una escuela rural y la dotara de personal, que se reiniciaran las operaciones de una clínica médica local, y que estableciera un fideicomiso para los familiares de las víctimas. La sentencia *Aloeboetoe* presentó un activismo en materia de reparaciones que no se volvería a ver en los siguientes cinco años de sentencias de dicha Corte. Ver Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993.

55 Antkowiak, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *op. cit.*

56 Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 166-167, 178-181.

57 Ver, por ejemplo, Comité DHONU. Observación general n.º 31. *Naturaleza jurídica de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004. En esta observación general se afirma que las reparaciones para las víctimas no solo comprenden la compensación, sino también pueden “consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos”.

58 Por ejemplo, el Estatuto de Roma de la CPI exige el establecimiento de “principios relacionados con las reparaciones de, o con respecto a, las víctimas, incluyendo restitución, compensación y rehabilitación”. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas contempla como medidas compensación, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

59 Ver, por ejemplo, Harris, D., O’Boyle, M. y Warbrick, C. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2a. ed., 2009.

60 Ver, por ejemplo, Helfer, L. “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, en *EJIL*, vol. 19, n.º 1, 2008. Colandrea, V. “On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdic Cases”, en *HRLR*, vol. 7, n.º 2, 2007. Leach, P. “Beyond the Bug River: New Approaches to Redress by the ECHR”, en *EHRLR*, n.º 148, 2005. En los casos de restitución de propiedad, el Estado también ha tenido la opción de otorgar compensación monetaria, ver TEDH. *Brumărescu vs. Romania* (Just Satisfaction), 2001-I.

61 Las recientes sentencias del TEDH no parecen indicar una doctrina de reparaciones más expansiva. Restaurar la libertad de un individuo cesa una detención ilegal, y las modificaciones legislativas ayudan a prevenir la recurrencia de violaciones generalizadas. Tal cesación de violaciones continuas y las garantías de no repetición no son técnicamente reparaciones, se originan en una obligación general del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos dentro de su jurisdicción. Así, estas medidas son independientes del deber de un Estado de reparar a las víctimas individuales.

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C n.º 22. En adelante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. F. 1995.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. En adelante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 165. En adelante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C n.º 193. En adelante: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C n.º 200. En adelante: Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C n.º 238. En adelante: Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 248. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. En adelante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n.º 257. En adelante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 285. En adelante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. En adelante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C n.º 307. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A n.º 7. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Informe Anual 1994*. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III: La Convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresión para preservar la existencia de las sociedades democráticas en los Estados miembros de la OEA.

CIDH. *Informe Anual 2008*. Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Cap. III.

CIDH. Informe 82/10, *Caso Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico vs. Argentina*, Caso 12.524, Fondo, 13 de julio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Klass and others vs. Alemania*, Sentencia de 6 de septiembre de 1978.

TEDH. *Caso B. vs. Francia*, n.º 13.343/87, Sentencia de 25 de marzo de 1992.

TEDH. *Caso Niemietz vs. Alemania*, n.º 13.710/88, Sentencia de 16 de diciembre de 1992.

TEDH. *Caso Akdivar et al. vs. Turquía*, n.º 21.893/93, Sentencia de 16 de septiembre de 1996.

TEDH. *Caso Halford vs. Reino Unido*, Sentencia de 27 de mayo de 1997.

TEDH. *Caso Selçuk vs. Turquía*, n.º 23.184/94, Sentencia de 24 de abril de 1998.

TEDH. *Caso Amann vs. Suiza*, Sentencia de 16 de febrero de 2000.

TEDH. *Caso Bilgin vs. Turquía*, n.º 23.819/94, Sentencia de 16 de noviembre de 2000.

TEDH. *Caso Yöyler vs. Turquía*, n.º 26.973/95, Sentencia de 10 de mayo de 2001.

TEDH. *Caso Chipre vs. Turquía*, n.º 25.781/94, Sentencia de 10 de mayo de 2001.

TEDH. *Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*, n.º 28.957/95, Sentencia de 11 de julio de 2002.

TEDH. *Caso I. vs. Reino Unido*, n.º 25.680/94, Sentencia de 11 de junio de 2002.

TEDH. *Caso Peck vs. Reino Unido*, n.º 44.647/98 Sentencia de 28 de enero de 2003.

TEDH. *Caso Van Kück vs. Alemania*, n.º 35.968/97, Sentencia de 12 de junio de 2003.

TEDH. *Caso Demades vs. Turquía*, n.º 16.219/90, Sentencia de 31 de octubre de 2003.

TEDH. *Caso M.C. vs. Bulgaria*, n.º 39.272/98, Sentencia de 4 de diciembre de 2003.

TEDH. *Caso Ayder et al. vs. Turquía*, n.º 23.656/94, Sentencia de 8 de enero de 2004.

TEDH. *Caso Xenides-Arestis vs. Turquía*, n.º 46.347/99, Sentencia de 22 de diciembre de 2005.

TEDH. *Caso Copland vs. Reino Unido*, Sentencia de 13 de marzo de 2007.

TEDH. *Caso Evans vs. Reino Unido*, n.º 6339/05, Sentencia de 10 de abril de 2007.

TEDH. *Caso Dickson vs. Reino Unido*, n.º 44.362/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2007.

TEDH. *Caso Schlumpf vs. Suiza*, n.º 29.002/06, Sentencia de 8 de enero de 2009.

TEDH. *Caso P. vs. Portugal*, n.º 56.027/09, Sentencia de 6 de septiembre de 2011.

TEDH. *Caso S.H. and others vs. Austria*, n.º 57.813/00, Sentencia de 3 de noviembre de 2011.

TEDH. *Caso Oliari y otros vs. Italia*, n.º 18.766/11 y 36.030/11, Sentencia de 21 de julio de 2015.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

TPIEY. *Case of Mucic et al. "Celebici Camp"*. Judgment of November 16, 1998. Case n.º IT-96-21-T.

Referencias académicas

BERTONI, E. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Editores del Puerto, 2a. ed., Buenos Aires, 2008.

ZELADA, C. J. y OCAMPO ACUÑA, D. "La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derecho en Libertad*, n.º 9, año 4, Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, julio-diciembre 2012.

ZELADA, C. J. "Amor prohibido: un análisis de la ciudadanía sexual desde Contracorriente", en ALCÁNTARA, M. y MARIANI, S. (Eds.) *La Política va al Cine*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima, 2014.

Contenido

1. Introducción	352
2. Vida privada e inviolabilidad del domicilio	354
3. Vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones	359
4. Vida privada y sexualidad	361
5. Vida privada y autonomía reproductiva	367
6. ¿Y dónde quedan la honra y la reputación?	368
7. A manera de conclusión	372

1. Introducción

A diferencia de otros artículos de la CADH, el artículo 11, intitulado “protección de la honra y de la dignidad”, presenta un rostro bastante versátil.

Por una parte, se enfoca, como anuncia su título, en el reconocimiento explícito de “que toda persona tiene derecho al respeto de su honra”,¹ y en la prohibición de “todo ataque ilegal contra la honra o reputación” de los individuos.² Por otro parte, el rótulo no debe llevarnos a error pues el artículo evoca también un contenido más amplio, “no susceptible de definiciones exhaustivas”,³ referido a la vida privada, y que se ha manifestado en casos relacionados con la protección del domicilio, la reserva de las comunicaciones, la autonomía reproductiva y la expresión sexual. Así, la Corte IDH ha afirmado que la intimidad:

...comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.⁴

El artículo 11 de la CADH, entonces, no se refiere solamente a la protección de la honra o de la reputación de los individuos, sino que además consagra el derecho a la vida privada o a la intimidad. En este comentario, nos referiremos a los criterios de interpretación de esta norma elaborados desde la jurisprudencia de la Corte IDH. Como se analiza, las decisiones de la Corte IDH se han referido, sobre todo, a la exploración del alcance de la segunda de las aristas mencionadas, es decir, al derecho a la vida privada.

Ahora bien, durante los últimos años la Corte IDH ha desarrollado una importante línea jurisprudencial del artículo 11 a pesar de los todavía pocos casos contenciosos y opiniones consultivas que lo abordan. La primera vez que la Corte IDH declaró la violación de este artículo fue en 2004 con ocasión de su sentencia en el caso de los *hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*.⁵ En esa decisión —relacionada con la tortura y ejecución extrajudicial de dos menores de edad que fueron luego presentados por las autoridades policiales peruanas como terroristas—, la CIDH no alegó ante la Corte IDH la violación

1 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párr. 57.

2 *Idem*.

3 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 129. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 119. Resulta curioso que la versión en español de la Convención Americana titula el artículo 11 como Protección de la honra y de la dignidad, mientras que la versión en inglés lo rotula más bien como Right to Privacy.

4 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 48.

5 Es importante señalar, sin embargo, que la Corte IDH había realizado antes una breve referencia al artículo 11 en relación con el artículo 14 de la CADH (derecho de rectificación o respuesta) en la Opinión Consultiva OC-7/86, ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986, párr. 23.

del artículo 11 de la CADH, sino que fueron los representantes de las víctimas quienes sostuvieron su vulneración al señalar que la posterior estigmatización del nombre de los hermanos Emilio Moisés y Rafael Samuel Gómez Paquiyauri constituyó “un ataque ilegal contra su honra y reputación” que además ocasionó “injerencias abusivas en el hogar y en la vida privada” de su familia.⁶ Asimismo, la representación de las víctimas consideró que el Estado había violado el artículo 17 de la CADH en perjuicio de los familiares de las presuntas víctimas, en razón de que el Estado, en vez de proteger la institución de la familia, eliminó a dos miembros de la familia Gómez Paquiyauri, hostigó y persiguió a los miembros sobrevivientes que denunciaron los hechos, y dejó sin su padre a la hija de Rafael Samuel Gómez Paquiyauri y su pareja.⁷ En un brevísimo párrafo, la Corte IDH estableció lo siguiente:

En lo que respecta al artículo 11 [...], está probado que las presuntas víctimas fueron tratadas como “terroristas”, sometiéndolas a ellas y a su familia al odio, desprecio público, persecución y a la discriminación, por lo cual se ha conformado una violación del artículo 11 de la C[ADH], en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la familia [Gómez Paquiyauri].⁸

Hasta allí llegó esa primera vez. Fue recién en 2006, con el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*,⁹ que la Corte IDH comenzó a desarrollar, de una manera más sistematizada, el contenido y alcance del artículo 11 en su doble dimensión. Desde entonces se han añadido nuevas decisiones en casos contenciosos que han involucrado la vulneración de dicho artículo: una durante 2007 (*Escué Zapata*),¹⁰ dos en 2009 (*Tristán Donoso*,¹¹ y *Escher y otros*),¹² tres para 2010 (*Manuel Cepeda Vargas*,¹³ *Fernández Ortega y otros*,¹⁴ y *Rosendo Cantú y otra*),¹⁵ dos en 2011 (*Fontevecchia y D'Amico*,¹⁶ y *Contreras y otros*),¹⁷ seis más para 2012 (*Atala Ríffo y niñas*,¹⁸ *Artavia Murillo y otros* “*Fecundación in vitro*”,¹⁹ *Gudiel Álvarez y otros* “*Diario Militar*”,²⁰ *Masacres de Río Negro*,²¹ *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*,²² y *Uzcátegui y otros*),²³ dos para 2013 (*J.*²⁴ y *Mémoli*),²⁵ cuatro para 2014 (personas dominicanas y haitianas expulsadas,²⁶ *Rochac Hernández y otros*,²⁷ *Rodríguez Vera y otros* “*Desaparecidos del Palacio de Justicia*”,²⁸ y *Espinoza Gonzáles*)²⁹ y, finalmente, otras dos para 2015 (*Comunidad Campesina de Santa Bárbara*,³⁰ y *Velásquez Paiz y otros*).³¹ Salvo las sentencias en los casos relativos a los hermanos Gómez Paquiyauri, Manuel Cepeda Vargas y Velásquez Paiz y otros, un rasgo en común

6 Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 176.

7 Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 175. Sin embargo, la Corte IDH decidió no pronunciarse sobre la alegada vulneración del artículo 17. *Ibidem*, párr. 183.

8 *Ibidem*, párr. 182.

9 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

10 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007.

11 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009.

12 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

13 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

14 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

15 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

16 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. FRC. 2011.

17 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

18 Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

19 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros* (“*Fecundación in vitro*”) vs. *Costa Rica*. EPFRC. 2012.

20 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros* (“*Diario Militar*”) vs. *Guatemala*. FRC. 2012.

21 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

22 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

23 Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

24 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

25 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

26 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

27 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

28 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros* (“*Desaparecidos del Palacio de Justicia*”) vs. *Colombia*. EPFRC. 2014.

29 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

30 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

31 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

que comparten las decisiones enunciadas es que, al referirse al artículo 11 de la CADH, sus sentencias colocan un particular acento en la segunda de las dimensiones que hemos descrito, es decir, el derecho a la vida privada.

En este texto, examinaremos los aspectos medulares de las decisiones señaladas en el párrafo previo, las cuales hemos agrupado en cuatro ejes temáticos: 1. vida privada e inviolabilidad del domicilio, 2. vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones, 3. vida privada y sexualidad y 4. vida privada y autonomía reproductiva. En la parte final de nuestro comentario, haremos una breve referencia al rol que juegan la honra y la reputación en la jurisprudencia de la Corte IDH.³²

2. Vida privada e inviolabilidad del domicilio

La Corte IDH ha examinado la relación entre la vida privada y la violación del domicilio en siete sentencias en las que afirmó que el derecho a la vida privada se encuentra “intrínsecamente ligado” al lugar donde se asienta el domicilio familiar.³³ De acuerdo con esta línea argumental, quienes pierden sus hogares también pierden el ámbito personal y geográfico donde desarrollan su vida privada. Por ello, el despojo temporal o permanente del domicilio, no solo viola el derecho al uso y disfrute de los bienes que allí se encuentran (es decir, vulnera el derecho de propiedad de las víctimas), sino que además configura la pérdida de una de las condiciones básicas para la existencia de los seres humanos: su intimidad. Para la Corte IDH, el domicilio es el espacio “natural” donde la vida privada se desarrolla libremente.

Los primeros cuatro casos a los que haremos referencia se encuentran enmarcados en graves violaciones a los derechos humanos en los que se ha materializado el incumplimiento del artículo 11 de la CADH. En el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia* –relacionado con las hostilidades de grupos paramilitares colombianos que perpetraron sucesivas incursiones armadas y que asesinaron a su paso a civiles en estado de indefensión–, la Corte IDH decidió analizar, entre otras, la posible violación del artículo 11.2. de la CADH en relación con la destrucción de las viviendas de los pobladores del corregimiento “El Aro”.³⁴ En la sentencia, la Corte IDH ya había concluido que existía una “violación de especial gravedad del derecho a la propiedad privada por la quema de los domicilios de los pobladores de El Aro”, y bajo ese marco consideró necesario hacer, por vez primera, “algunas precisiones adicionales”,³⁵ sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada desde la perspectiva del artículo 11.2. de la CADH:

El artículo 11.2. de la C[ADH] protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias.

32 Cabe señalar que el análisis de la tensión entre el derecho a la vida privada y la libertad de expresión se analiza en el comentario al artículo 13 de la CADH.

33 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 194. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 95. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 157. En esa misma línea, es importante señalar que en su voto parcialmente disidente en el caso *Yakye Axa*, el juez Abreu Burelli agregó lo siguiente: “[l]a protección del artículo 11 [...] comprende el derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familiar y comunal, lo que implica la preservación de su cultura y el respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005. Voto parcialmente disidente del juez Abreu Burelli, párr. 26.

34 Un dato singular es que en el trámite del caso ante la Corte IDH, ni la CIDH ni los representantes de las víctimas presentaron alegato alguno con relación a una presunta injerencia en el domicilio que pudiese configurar una violación del artículo 11 de la CADH.

35 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 182 y 192.

La Corte [IDH] consider[ó] que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias *por parte de terceros o de la autoridad pública*. En este sentido, el domicilio y la vida privada [están] intrínsecamente ligados, ya que *el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada*.³⁶

Un primer aspecto a destacar de los párrafos transcritos es la afirmación de que la violación del derecho a la vida privada puede provenir no solo de injerencias arbitrarias por parte del Estado sino también de particulares. Un segundo aspecto esencial proviene de la base que la Corte IDH utiliza para justificar estas afirmaciones. Ante la falta de antecedentes en sus propias decisiones, la Corte IDH sustentó sus consideraciones en la jurisprudencia del TEDH referida a la destrucción de casas y a la evacuación forzosa de la población civil por las actividades militares del Estado turco en lugares donde miembros del Partido de los Trabajadores de Kurdistan cometieron atentados.³⁷ En estos casos, el TEDH había “tratado el tema de la propiedad privada conjuntamente con el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, lo cual [se] garantiza por el artículo 8 del CEDH”.³⁸

Con base en los antecedentes del SEDH, la Corte IDH concluyó, así, que la destrucción de los domicilios de los habitantes de “El Aro” por parte de las fuerzas paramilitares, con la colaboración del ejército colombiano, así como de las posesiones que se encontraban en su interior, además de ser una violación al derecho de propiedad de las víctimas, constituían “una grave, injustificada y abusiva injerencia en [su] vida privada y domicilio”.³⁹ En palabras de la Corte IDH:

Las presuntas víctimas que perdieron sus hogares perdieron también el lugar donde desarrollaban su vida privada. Por lo anterior, [...] el Estado colombiano incumplió con la prohibición de llevar a cabo injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y el domicilio.⁴⁰

Como se aprecia, en el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia* las consideraciones sobre el artículo 11.2. se realizan de manera ‘accesoria o complementaria’ a las violaciones ya declaradas de otros derechos, en especial del derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la misma CADH. Esto parecería reforzar la idea de una particular –y saludable– interdependencia entre la vida privada y otros derechos consagrados en la CADH.

La Corte IDH ha reiterado este criterio en el caso de la *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, al analizar el operativo militar Apolonia en el marco del conflicto armado interno en aquel país. De acuerdo con los hechos del caso, miembros de las patrullas militares de Lircay y de la base contrasubversiva de Huancavelica agredieron a los habitantes de la comunidad campesina, para luego

36 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 193-194. (énfasis agregado)

37 Como veremos en los apartados siguientes, esta misma técnica es también empleada por la Corte IDH para los casos relacionados con la violación de las comunicaciones telefónicas y de la vida sexual.

38 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 195. En esta decisión, la Corte IDH hace referencia explícita a los casos del TEDH: *Caso Ayder et al. vs. Turquía*, n.º 23.656/94, Sentencia de 8 de enero de 2004. TEDH. *Caso Bilgin vs. Turquía*, n.º 23.819/94, Sentencia de 16 de noviembre de 2000. TEDH. *Caso Selçuk vs. Turquía*, n.º 23.184/94, Sentencia de 24 de abril de 1998. En la sentencia, además, se hace mención de los casos siguientes: TEDH. *Caso Xenides-Arestis vs. Turquía*, n.º 46.347/99, Sentencia de 22 de diciembre de 2005. TEDH. *Caso Demades vs. Turquía*, n.º 16.219/90, Sentencia de 31 de octubre de 2003. TEDH. *Caso Yöyler vs. Turquía*, n.º 26.973/95, Sentencia de 10 de mayo de 2001. TEDH. *Caso Chipre vs. Turquía*, n.º 25.781/94, Sentencia de 10 de mayo de 2001. TEDH. *Caso Akdivar et al. vs. Turquía*, n.º 21.893/93, Sentencia de 16 de septiembre de 1996. El artículo 8 de la CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

39 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 197.

40 *Ibid.*

quemar las viviendas de las familias Hilario Quispe e Hilario Guillén. Acto seguido, los agentes estatales se apropiaron de sus pertenencias personales, artefactos domésticos, así como de sus ovejas, alpacas, vacunos y caballos. En este caso, luego de declarar la violación del derecho a la propiedad, la Corte IDH reiteró el estándar jurisprudencial al señalar que el Estado debió prevenir injerencias en la privacidad por parte de terceros o agentes estatales, además de recordar que los conceptos de domicilio y vida privada se encuentran relacionados.⁴¹ Por ello, la Corte IDH declaró que la quema de las viviendas de las familias violó el artículo 11.2. que consagra el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y domicilio.⁴²

A pesar de sus notables avances, según la opinión de los autores la sentencia omite analizar que la Comunidad de Santa Bárbara forma parte de un pueblo indígena, lo que obliga a repensar colectivamente el alcance de la vida privada y del domicilio. El domicilio de los pueblos indígenas se extiende sobre las tierras y los territorios comunales, sin limitarse exclusivamente a las viviendas edificadas. Por tales razones, la incursión de las patrullas militares a las tierras comunales configuraba en sí misma una injerencia arbitraria o abusiva en el domicilio de la comunidad campesina de Santa Bárbara. Asimismo, al confiscar los diversos bienes necesarios para la alimentación y el desarrollo de actividades productivas de ganado y crianza de animales, se afectó el desarrollo de tales actividades, de suma importancia para el pueblo indígena. Por ello, desde nuestra perspectiva, la apropiación de estos bienes no solo violó el derecho de propiedad, sino además el derecho a la vida privada al interferir en el desarrollo de actividades fundamentales para los miembros del pueblo indígena. Sin embargo, la Corte IDH solo visualizó la quema de viviendas como la única injerencia al domicilio y la vida privada.

Un matiz interesante es expuesto en el caso de las *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, en el que la Corte IDH analizó las violaciones cometidas por las acciones de contra-insurgencia salvadoreña como parte de una política de “tierra arrasada”. El Batallón de Infantería de Reacción Inmediata Atlacatl, junto a otras dependencias militares, incluida la Fuerza Aérea salvadoreña, irrumpió en las viviendas de la población civil para retirar a sus ocupantes y asesinarlos. Luego quemaron sus viviendas y los bienes dentro de las mismas, así como destruyeron los cultivos y mataron a los animales en diversos poblados incluido el caserío El Mozote. Por las características de la violencia desplegada, el determinar la titularidad específica de los bienes era bastante dificultoso.

Por un lado, la representación de las víctimas solicitó que, teniendo en cuenta su jurisprudencia constante, la Corte IDH declarara conjuntamente la violación de los artículos 21 y 11.2. de la CADH en perjuicio de las víctimas fallecidas y de las sobrevivientes.⁴³ La Corte IDH confirmó el análisis conjunto de las violaciones, al señalar que la destrucción y quema de las viviendas por parte de las Fuerzas Armadas, así como de las pertenencias que allí se encontraban, constituyó una violación al derecho y disfrute de los bienes, y también una injerencia abusiva y arbitraria en la vida privada y domicilio.⁴⁴

Por otro lado, los representantes de las víctimas solicitaron que se analizara también la violación en conjunto del derecho a la libertad de residencia y circulación, así como el derecho a la vida privada, pues como consecuencia de la quema de viviendas y destrucción de bienes indispensables, las víctimas sobrevivientes habían sido desplazadas de manera interna y hacia Honduras.⁴⁵ En particular, señalaron que el desplazamiento estaba intrínsecamente ligado al proyecto de vida de las víctimas y había afectado de “manera evidente” la “posibilidad de dirigir sus vidas de manera autónoma”. Sin embargo, la Corte IDH no estimó necesario pronunciarse sobre este argumento,⁴⁶ pues consideró que era suficiente la declaratoria de violación al derecho de circulación y residencia realizada en párrafos anteriores.

41 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 200.

42 *Ibidem*, párr. 205.

43 Alegatos finales escritos presentados por los representantes de las víctimas en el procedimiento ante la Corte IDH, 23 de mayo de 2012, pp. 33-37. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/masacres-del-mozote/alefrep.pdf>. (fecha de último acceso 02/08/2017)

44 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 182.

45 *Ibidem*, párrs. 138-139.

46 *Ibidem*, párr. 196.

El caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* se refiere a un patrón sistemático de expulsiones colectivas de personas haitianas, o de ascendencia haitiana, implementado por el Estado durante un periodo de casi una década durante los años 90. En esta sentencia, la Corte IDH hizo hincapié en el criterio discriminatorio que justificó las violaciones a la vida privada de las familias expulsadas. En ese sentido, las personas que sufrieron esta lesión a su derecho a la vida privada compartían una característica común: su nacionalidad y/o ascendencia. Los representantes de las víctimas alegaron que los ingresos de oficiales de migración a sus domicilios para su posterior expulsión con la imposibilidad de llevar con ellos alimentos o prendas de vestir constituían vulneraciones del artículo 11.2. Al respecto, la Corte IDH responsabilizó al Estado por la lesión del artículo 11.2. de la CADH.⁴⁷

Un hecho particular analizado por la Corte IDH en este caso se refiere a que entre las personas cuyas viviendas fueron allanadas se encontraban menores de edad, situación que hacía aplicable el artículo 19 de la CADH. La Corte IDH recordó que la protección de la vida familiar resulta esencial para el caso de los niños “dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo”.⁴⁸ En esta sentencia, reiteró parte de su línea jurisprudencial iniciada en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*,⁴⁹ y así agregó que “el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos”.⁵⁰ Por tales razones, la Corte IDH concluyó que se habían violado los derechos del niño al realizar injerencias en la vida privada y familiar sin adoptar medidas especiales.

La relevancia de la protección de la vida privada y familiar de los niños ha sido reiterada en pronunciamientos judiciales posteriores de la Corte IDH. De esta manera, en la opinión consultiva sobre *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte IDH remarcó que debe analizarse que los procedimientos de expulsión y deportación podrían configurarse como injerencias en la vida privada y familiar de los niños al separarlos de uno o ambos padres.⁵¹ Asimismo, en un nuevo caso referido a la desaparición forzada de niños durante el conflicto armado interno en El Salvador, la Corte IDH consideró que la sustracción y retención ilegal violaron la vida privada y familiar, así como los derechos de una niña y cuatro niños.⁵² Al parecer, la Corte IDH perfila que, en el caso de los niños y niñas, la vida privada sufre un desmedro esencial cuando son separados de sus padres y cuando las irrupciones al domicilio conllevan a la separación de los núcleos familiares.

En la sentencia del caso *Escué Zapata*, relacionado con la ejecución extrajudicial de un líder indígena a manos de miembros del ejército colombiano, la Corte IDH desarrolla una línea jurisprudencial que ‘independiza’ el artículo 11 de la inviolabilidad del domicilio, al declarar la violación del artículo 11.2. de la CADH, a iniciativa de los representantes de las víctimas, quienes habían señalado que “la violenta y arbitraria entrada al domicilio de Germán Escué y su familia constituyó violación del artículo 11.2. [...] de la C[ADH]”.⁵³

47 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 404 y 424-428.

48 *Ibidem*, párr. 424.

49 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 106. En este caso, la corte IDH analizó el efecto de la desaparición forzada de niños en la vida privada y familiar durante el conflicto armado interno ocurrido en ese país.

50 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 107.

51 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 265.

52 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párrs. 110-111.

53 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 88. (énfasis agregado)

De esta manera, la Corte IDH inicia sus consideraciones sobre el artículo 11 de la CADH afirmando que este incluye la protección del domicilio, de la vida familiar y de la correspondencia.⁵⁴ Al reiterar la relación entre la vida privada y el domicilio, señala que:

La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, *el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar*.⁵⁵

La Corte IDH consideró que la acción de los efectivos militares constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en el domicilio familiar y declaró la violación del artículo 11.2. de la CADH en relación con la obligación general de respeto del artículo 1.1. del mismo instrumento en perjuicio de Germán Escué Zapata y de los familiares que en la época de los hechos vivían en su domicilio.⁵⁶

La Corte IDH también ha explorado la relación entre la vida privada y la inviolabilidad del domicilio en el caso *Fernández Ortega y otros*. Aunque dicha sentencia se analiza de manera más amplia en la sección correspondiente a la expresión sexual, por el momento es importante subrayar que en dicho caso los representantes de las víctimas afirmaron que previamente a la violación sexual de Inés Fernández Ortega, miembros del ejército mexicano invadieron su domicilio arbitrariamente, por lo que solicitaron que se declarara la violación del derecho a la vida privada contenido en el artículo 11.2. de la CADH. De acuerdo con la Corte IDH:

[...] el ingreso de efectivos militares en la casa de la señora Fernández Ortega sin autorización legal ni el consentimiento de sus habitantes, *constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en su domicilio familiar*. Por tanto, la Corte [IDH] concluy[ó] que se [había violado] el derecho consagrado en el artículo 11.2. de la CADH, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de la señora Fernández Ortega [y de sus familiares].⁵⁷

Finalmente, en el caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, agentes policiales y de las Fuerzas Armadas de Policiales del estado Falcón allanaron a la fuerza la vivienda de la familia Uzcátegui, dañando el inmueble. Durante la intervención, dispararon tres veces a Néstor José Uzcátegui, quien se encontraba desarmado y en el baño de la casa, hiriéndolo de muerte. La Corte IDH reiteró que el ingreso de los agentes estatales al domicilio de la dueña de la casa, Julia Chiquinquirá Jiménez, sin orden judicial o autorización legal, ni consentimiento de los moradores, fue una injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de los miembros de la familia Uzcátegui. En consecuencia, el Estado había violado el artículo 11.2. de la CADH respecto de los familiares que habían estado presentes durante los hechos.⁵⁸

Un aspecto a tomar en cuenta radica en que la Corte IDH reconoció que la destrucción de partes estructurales y bienes dentro de la casa impactaron en la familia Uzcátegui, especialmente dada su condición socioeconómica y su vulnerabilidad, lesionándose además el artículo 21 de la CADH referido al derecho a la propiedad.⁵⁹

54 *Ibidem*, párr. 91.

55 *Ibidem*, párr. 95.

56 *Ibidem*, párr. 96. No debe perderse de vista que, en ese mismo caso, la Corte IDH subrayó también que el Estado no había investigado los hechos señalados, y que por ello se había incumplido además con el deber genérico de garantía respecto al artículo 11.2. de la CADH conforme al artículo 1.1 de la misma. *Ibidem*, párr. 97.

57 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 159. (énfasis agregado)

58 Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párr. 202.

59 *Ibidem*, párr. 203-206.

3. Vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones

En 2009, la Corte IDH examinó por primera vez dos casos cuyo aspecto central era la presunta violación del artículo 11 de la CADH. En ambas sentencias, el tema medular era la relación entre la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas.

En la primera de estas sentencias, *Tristán Donoso vs. Panamá*, la CIDH alegó, *inter alia*, la responsabilidad estatal por la violación del derecho a la vida privada del abogado Santander Tristán Donoso luego de la interceptación, grabación y divulgación de la conversación telefónica que había sostenido con uno de sus clientes, y por no haber identificado y sancionado a los responsables de dichos actos. Esta fue la primera vez que la Corte IDH examinaba la temática en cuestión, por lo cual no desaprovechó la oportunidad para hacer algunas precisiones en cuanto a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En la sentencia, la Corte IDH inició sus consideraciones sobre el artículo 11 reiterando los estándares ya establecidos en los casos de las *Masacres de Ituango* y *Escué Zapata*. Pero, al hablar de cómo el derecho a la vida privada cubre aspectos tales como la convivencia familiar, el domicilio y la correspondencia, afirmó además que, aunque “las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la C[ADH], se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada”.⁶⁰ Para sustentar esta afirmación, la Corte IDH invocó la jurisprudencia del TEDH.⁶¹

Pero, quizás el aspecto más esencial del caso *Tristán Donoso* consiste en la afirmación –por parte de la Corte IDH– en cuanto a que la verificación de la arbitrariedad de las injerencias sobre el derecho a la vida privada deba sujetarse a la aplicación previa del test de proporcionalidad:

El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y [estricta] proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.⁶²

Si bien la Corte IDH no encontró responsabilidad estatal por la interceptación y grabación de la conversación telefónica del abogado Tristán Donoso con su cliente,⁶³ sí concluyó que el Estado había realizado una injerencia en la vida privada de la víctima a través de la divulgación del contenido de la conversación. Al analizar este extremo, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

...la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas [había dado su consentimiento para] que [dicha comunicación] fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes deb[ía], incluso, *contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional*. [...] la divulgación de la conversación telefónica por parte de un funcionario público implicó una injerencia en la vida privada del señor Tristán Donoso.⁶⁴

Lo que a continuación realizó la Corte IDH fue examinar –a la luz del test de proporcionalidad–, si dicha injerencia resultaba arbitraria o abusiva en los términos del artículo 11.2. de la CADH. Para ello,

60 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párr. 55.

61 Se mencionan, así, las siguientes sentencias: TEDH. *Caso Klass and others vs. Alemania*, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, párr. 29. TEDH. *Caso Halford vs. Reino Unido*, Sentencia de 27 de mayo de 1997, párr. 44. TEDH. *Caso Amann vs. Suiza*, Sentencia de 16 de febrero de 2000, párr. 44. TEDH. *Caso Copland vs. Reino Unido*, Sentencia de 13 de marzo de 2007, párr. 41.

62 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párr. 56. Resulta interesante que, en este caso, la Corte IDH “traduce” la frase “necesaria en una sociedad democrática” como la exigencia del test tripartito o de ponderación entre derechos.

63 *Ibidem*, párr. 66.

64 *Ibidem*, párrs. 75-76. (énfasis agregado)

debía examinarse si la restricción estaba prevista en la ley, si perseguía un fin legítimo y si cumplía con los requisitos de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.⁶⁵

En el caso, el entonces Procurador General de la Nación había realizado dos divulgaciones de la conversación telefónica en cuestión. De acuerdo con la Corte IDH, ninguna de estas se había realizado de conformidad al procedimiento prescrito en las leyes panameñas:

En el presente caso, si el ex Procurador consideraba que del contenido de la grabación se desprendería que la presunta víctima y el señor Adel Zayed estaban realizando actos preparatorios de un delito, como integrante del Ministerio Público era su obligación, incluso constitucional, realizar una denuncia con el fin de que se iniciara una investigación penal, conforme a los procedimientos legales previstos. La Corte [IDH] estim[ó] que poner en conocimiento una conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica porque en ella se menciona un “monseñor” no e[ra] el procedimiento previsto para prevenir las alegadas conductas delictivas. De igual manera, la divulgación de la grabación a ciertos directivos del Colegio Nacional de Abogados tampoco constituy[ó] el procedimiento que la legislación panameña establec[ía] ante una eventual falta a la ética de los abogados. En este caso, el ex Procurador debió interponer la denuncia ante el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados, el cual debía revisar si los hechos denunciados se encuadraban en alguna de las faltas de ética previstas en el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado. Por lo expuesto, la Corte [IDH] concluy[ó] que la forma en que se realizó la divulgación de la conversación telefónica [...] no estaba basada en la ley, [...] [y] por tanto, configuró una injerencia arbitraria que violó el derecho a la vida privada de Tristán Donoso consagrado en el artículo 11.2. de la C[ADH]⁶⁶

Ese mismo año, la Corte IDH emitió la sentencia *Escher y otros vs. Brasil*. En el caso, la CIDH alegó la violación del derecho a la vida privada de las presuntas víctimas al atribuir al Estado la responsabilidad por la interceptación, grabación y divulgación de una serie de conversaciones telefónicas. Esta segunda sentencia reafirmó los estándares establecidos en Tristán Donoso en cuanto al alcance del artículo 11 de la CADH, en especial el relacionado con la aplicación del test de proporcionalidad para la determinación de la arbitrariedad de las injerencias en la vida privada.

Sin embargo, la sentencia *Escher y otros* es particularmente importante porque realiza algunas precisiones adicionales no discutidas en Tristán Donoso en torno a la privacidad del ámbito de las comunicaciones telefónicas. Por ejemplo, en la decisión, la Corte IDH afirma que la esencia de la protección de esta forma comunicativa radica en la posibilidad de exclusión de terceros del conocimiento de su contenido:

El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, [dice la Corte IDH] *el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas*, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, *la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación*. [...] La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido

65 *Ibidem*, párrs. 56 y 76.

66 *Ibidem*, párrs. 81 y 83.

a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, *con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada*.⁶⁷

En *Escher y otros*, la Corte IDH consideró demostrado que las conversaciones telefónicas de las víctimas fueron interceptadas, grabadas y divulgadas por agentes estatales pese a su carácter privado y que dichas personas no autorizaron que su contenido fuera conocido por terceros. En otras palabras, consideró que se había configurado una injerencia en sus vidas privadas.⁶⁸ A fin de examinar si la injerencia era arbitraria, el tribunal aplicó el test de proporcionalidad tanto para el ámbito de la interceptación y la grabación como para la divulgación de dichas conversaciones. Así, la Corte IDH consideró que la interceptación, grabación y divulgación de las conversaciones telefónicas objeto del caso no cumplieron con lo previsto en la propia ley brasileña, por lo que concluyó que, al no satisfacer el “requisito de legalidad”, el Estado había violado el derecho a la vida privada reconocido en la CADH en perjuicio de las víctimas.⁶⁹

4. Vida privada y sexualidad

Quizás el aspecto más innovador de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el artículo 11 se encuentra en la relación que se ha establecido entre la vida privada y los casos de vulneración de la libertad sexual.

La Corte IDH tuvo la oportunidad de examinar esta relación por primera vez en dos casos decididos sucesivamente en agosto de 2010 contra México: *Fernández Ortega y otros* y *Rosendo Cantú y otra*.⁷⁰ En estos dos casos mexicanos, relacionados con la violación de la integridad sexual que padecieron dos mujeres indígenas por parte de agentes estatales que realizaban operativos militares en el estado de Guerrero al suroccidente del país, la Corte IDH tenía como principal reto el examinar la fiabilidad de las narraciones de violencia sexual teniendo en cuenta la vaguedad de las circunstancias específicas de los relatos de sus víctimas.

Una cuestión interesante a resaltar se encuentra en que, para ambos casos, la formulación de la violación del artículo 11 se encuentra desarrollada de manera conjunta a la violación del artículo 5 (derecho a la integridad personal)⁷¹ de la CADH, de los artículos 1, 2 y 6 de la CIPST,⁷² y del artículo 7

67 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párrs. 114-115. (énfasis agregado)

68 *Ibidem*, párr. 129.

69 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párrs. 146 y 164. Curiosamente, para el caso de las interceptaciones, la Corte IDH declaró ‘a secas’ la violación del artículo 11 de la CADH; mientras que, en el caso de la divulgación de las conversaciones, prefirió más bien declarar la violación de los artículos 11.1. y 11.2. del mismo instrumento.

70 Al respecto, ver Zelada, C. J. y Ocampo Acuña, D. “La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho en Libertad*, n.º 9, año 4, Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, julio-diciembre 2012, pp. 162-166.

71 El artículo 5 de la CADH señala lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

72 La CIPST establece, *inter alia*: “artículo 1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención. Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con

de la Convención de Belém Do Pará.⁷³ Aquí, nuevamente, la Corte IDH retorna a sus formulaciones iniciales en cuanto a la particular interdependencia de la vida privada con otros derechos humanos, en este caso, en el contexto de vulneraciones a la integridad personal que implican la falta de consentimiento.

En los dos supuestos –y antes de realizar sus consideraciones en torno a la vida privada–, la Corte IDH ya había concluido que las víctimas sufrieron episodios de violencia sexual cometidos por agentes estatales que constituían actos de tortura. En este análisis, es importante destacar que pese a que en otros procedimientos contenciosos anteriores se habían alegado diversos actos de violencia sexual (i.e. los casos *Caballero Delgado y Santana*⁷⁴ y *Loayza Tamayo*)⁷⁵ no es sino hasta la sentencia del *Penal Miguel Castro Castro* en 2006,⁷⁶ que la Corte IDH se pronuncia sobre la vulneración de las disposiciones de la Convención de Belém Do Pará. En esta línea jurisprudencial, la Corte IDH había aplicado la Convención de Belém do Pará solo respecto de actos de violencia sexual;⁷⁷ los casos mexicanos de 2010 amplían esta jurisprudencia pues constituyen la primera vez en que la Corte IDH hace una conexión entre la vida sexual y el artículo 11 de la CADH.⁷⁸

Ahora bien, en cuanto a la relación entre la vida privada y la sexualidad, la Corte IDH estableció que existe un derecho a decidir libremente con quien tener relaciones sexuales:

[...] el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte [IDH] considera que la violación sexual de [...] vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.⁷⁹

Nuevamente, esta formulación toma como base la jurisprudencia del SEDH, y del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia.⁸⁰

finde de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

73 El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará dispone, en lo pertinente que: “[l]os Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...].”

74 Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. F. 1995.

75 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

76 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

77 Con la salvedad de dos casos venezolanos sobre libertad de expresión, ver Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 274-276. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 288-290.

78 Zelada, C. J., Ocampo Acuña, D. “La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 147-148. Es importante señalar que el caso “*Campo Algodonero*” vs. México constituye la primera sentencia en donde la Corte IDH declara la violación a la Convención de Belém do Pará.

79 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 129. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

80 Ver TEDH. *Caso Niemietz vs. Alemania*, n.º 13.710/88, Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29. TEDH. *Caso Peck vs. Reino Unido*, n.º 44.647/98, Sentencia de 28 de enero de 2003, párr. 57. TEDH. *Caso M. C. vs. Bulgaria*, n.º 39.272/98, Sentencia de 4 de diciembre de 2003, párr. 150. TPIEY. *Case of Mucic et al. “Celebici Camp”*. Judgment of November 16, 1998. Case n.º IT-96-21-T, párr. 492.

La Corte IDH concluyó, en ambos casos, que el Estado mexicano era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2., 11.1. y 11.2. de la CADH, en relación con los artículos 1.1. del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la CIPST, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a. de la Convención de Belém Do Pará.⁸¹

La Corte IDH ha reiterado esta línea jurisprudencial en los casos que a continuación se reseñan. En *Contreras y otros vs. El Salvador*, la Corte IDH examinó las alegaciones de violencia sexual por parte de una de las víctimas quien relató que durante la “Invasión Anillo” a cargo del batallón Atlacatl, ella fue separada de sus padres, para luego ser secuestrada por un agente estatal quien la inscribió con otro nombre. Durante su cautiverio, fue violada con un cuchillo y abusada sexualmente por varios años. La víctima relató que se encontraba en un entorno de convivencia y amenaza con su agresor y que, además, había informado de estos hechos a otra persona a cargo de su cuidado, pero que esta le restó credibilidad a sus narraciones.⁸² La Corte IDH declaró que los actos de violación y violencia sexual vulneraron su derecho a la vida privada y familiar.⁸³

La Corte IDH volvió a pronunciarse sobre una violación sexual en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, en el cual conoció las alegaciones de la entonces niña María Eustaquia Uscap Ivoy, quien denunció haber sido abusada sexualmente en el marco de un ataque contra la población maya de Pacoxom por parte de miembros del ejército de Guatemala y de las Patrullas de Autodefensa Civil. Posteriormente, la niña fue conducida a la localidad de Xococ donde fue nuevamente violada. En su análisis del caso, la Corte IDH valoró las repetidas declaraciones de la víctima a nivel interno, así como su testimonio en el procedimiento contencioso seguido en sede internacional, para dar por acreditado que ella había sido agredida sexualmente.⁸⁴ Por ello, la Corte IDH declaró la violación de la vida privada de la víctima.⁸⁵

Posteriormente, en el caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, a pesar de no tener individualizadas a las víctimas del caso, la Corte IDH consideró que se había vulnerado la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecida en el artículo 5.2. de la CADH, así como el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2. del mismo instrumento, dado que se habían configurado injerencias en la vida privada, concepto que incluye “la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”.⁸⁶ Del mismo modo, determinó responsabilidad internacional del Estado salvadoreño por las deficiencias de las investigaciones de los hechos del caso en perjuicio de las víctimas sobrevivientes y los familiares de las víctimas ejecutadas. Por tales razones, la Corte IDH declaró la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1. y 25.1. de la CADH, así como el incumplimiento de las obligaciones específicas de los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST y el artículo 7.b. de la Convención Belém do Pará por las torturas y los actos de violencia contra la mujer con una perspectiva de género.⁸⁷

En *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala* se volvió a señalar que la vida sexual forma parte de las garantías que otorga el derecho a la vida privada.⁸⁸ Este caso versa sobre la desaparición forzada de 26 personas registradas en un documento de inteligencia militar guatemalteco, conocido como el “Diario Militar”. Wendy Santizo Méndez, una de las víctimas sobrevivientes, denunció

81 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 131. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 121.

82 Corte IDH. Audiencia pública del caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (17 de mayo de 2011). Declaración de la víctima Gregoria Herminia Contreras. Disponible en: <http://vimeo.com/album/1663770> (parte 1). (fecha de último acceso 10/07/2017)

83 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 116.

84 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 77 y 134.

85 *Ibidem*, párrs. 133-135.

86 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párrs. 166-167.

87 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párrs. 252 y 299-301.

88 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 276.

que durante la desaparición forzada de su madre, uno de los militares la violó con tan solo nueve años de edad. Si bien la Corte IDH carecía de competencia temporal para declarar la violación de los actos cometidos por el agente estatal, ello no fue impedimento para que declarara violados los artículos 5.1., 5.2., 7.1. y 11.2. de la CADH y las obligaciones de los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST y el artículo 7.b. de la Convención Belém do Pará por la omisión de investigar diligentemente los hechos desde la entrada en vigor de los tratados interamericanos.⁸⁹

Posteriormente, en dos casos similares contra Perú: *J. y Espinoza Gonzáles*, la Corte IDH ha continuado reafirmando la línea jurisprudencial expuesta hasta el momento. En ambos casos analizó los actos de violencia sexual contra dos mujeres durante operativos contra-subversivos. En consecuencia, condenó al Estado peruano en ambas ocasiones debido a que los agentes estatales violaron valores y aspectos esenciales de la vida privada de las víctimas, lo cual supuso una intromisión en su vida sexual.⁹⁰ Es así, que la Corte IDH confirma su jurisprudencia con respecto a que el contenido del derecho a la vida privada incluye la vida sexual. Adicionalmente al artículo 11, la Corte IDH determinó el incumplimiento de las obligaciones del artículo 6 y 8 de la CIPST y el artículo 7.b. de la Convención de Belém Do Pará.⁹¹

Con posterioridad a estos casos, se ha dado un giro novedoso en la jurisprudencia interamericana en el caso *Rodríguez Vera y otros (“Desaparecidos del Palacio de Justicia”) vs. Colombia*. Entre los hechos probados del caso, la Corte IDH acreditó que José Vicente Rubiano había sido detenido cuando se transportaba en un autobús, posteriormente agentes estatales “le pusieron corriente eléctrica en los testículos, mientras le pedían que se declarara culpable de portar armas y ser subversivo”.⁹² Los representantes de las víctimas y la CIDH reconocieron la naturaleza sexual de estos hechos, pero no alegaron la vulneración del derecho a la vida privada. La Corte IDH, al calificar los actos de violencia sexual y en aplicación del principio *iura novit curia*, declaró la violación del derecho a la vida privada por los actos que padeció José Vicente Rubiano en la estación militar en Zipaquirá.⁹³

Un aspecto interesante de estas decisiones es que se comienza a dibujar la posibilidad de establecer una relación entre los denominados “derechos sexuales” y el artículo 11 de la CADH, vistos siempre desde la perspectiva de la vida privada. ¿Podrá esta ser una futura ventana para la discusión de próximos casos relacionados con la orientación sexual, la identidad y la expresión de género, así como las características sexuales? Recientemente, la Corte IDH nos ha brindado sus primeras líneas tejiendo esta relación.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,⁹⁴ a una jueza chilena se le había retirado judicialmente la custodia de sus tres menores hijas con base en argumentos discriminatorios relacionados con su orientación sexual. La Corte IDH resaltó que la orientación sexual de la señora Karen Atala era parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.⁹⁵ La Corte IDH constató que:

[...] durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala [...], se generó una injerencia arbitraria en su vida

89 *Idem*.

90 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 197.

91 *Ibidem*, párr. 228. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 368.

92 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (“Desaparecidos del Palacio de Justicia”) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 371.

93 *Ibidem*, párr. 425.

94 En esta sentencia se declaró la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación en perjuicio de Karen Atala, ver el comentario al artículo 24 (igualdad ante la ley) a cargo de Uprimny y Sánchez.

95 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 165. Nuevamente, debe destacarse la insistencia de la Corte IDH en la aplicación del test tripartito como requisito de toda intervención legítima en el goce y ejercicio de los derechos humanos.

privada, dado que *la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad*.⁹⁶

Para la Corte IDH, la orientación sexual comporta ciertos elementos esenciales del derecho a la vida privada de los individuos; de esta manera realiza una trascendental afirmación para la consolidación en el SIDH de un marco de respeto y garantía de la expresión sexual diversa o “no tradicional”.

Previamente, en la misma sentencia, la Corte IDH había afirmado que la orientación sexual y la identidad de género constituían categorías de discriminación “sospechosas” o prohibidas por el artículo 1.1. de la CADH, y que, por tanto, una vez establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de dichos criterios, corresponde más bien al Estado demostrar que la diferencia de trato no constituye una forma de discriminación:

[...] la Corte I[DH] deja establecido que *la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la C[ADH]*. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, *sea por parte de autoridades estatales o por particulares*, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁹⁷

En el caso, los tribunales chilenos, alegando la protección del interés superior de las niñas, sostuvieron que la orientación sexual y la convivencia de Karen Atala con su pareja del mismo sexo habían impactado negativamente a las menores de manera tal que se justificaba que su tuición fuera entregada provisionalmente al padre. En su análisis de la sentencia, sin embargo, la Corte IDH encontró que el Estado nunca pudo demostrar que el fundamento de sus decisiones se basara en consideraciones no pre-juiciosas que llevaran a una “exposición y escrutinio” indebidos de la orientación sexual –y por ende, de la vida privada– de la víctima.⁹⁸ En palabras de la Corte IDH:

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño.

[Además, la sola referencia a dicho fin] sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no podía servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer *todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona*.

[Finalmente, la Corte IDH sostuvo que no resultaban admisibles] las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente [pudieran] tener en las niñas y los niños.⁹⁹

Bajo este nuevo estándar, el margen de apreciación de los Estados, cuando hablamos de la orientación sexual o de cualquier categoría sospechosa o prohibida por la CADH –como también lo es la identidad de género– se reduce considerablemente y requiere entonces de la aplicación de un escrutinio altamente estricto por parte de la judicatura, es decir, de un test de proporcionalidad que examine la “necesidad imperiosa” de realizar tal distinción. En esta misma línea, estamos convencidos de que la vida privada incluye además el respeto al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la tutela del derecho a la autodeterminación de los aspectos esenciales que construyen la identidad del individuo, como por ejemplo, su sexualidad. Así, la vida privada, y por ende el artículo 11.2. de la CADH,

96 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 167. (énfasis agregado)

97 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 91. (énfasis agregado)

98 *Ibidem*, párr. 166.

99 *Ibidem*, párrs 110-111. (énfasis agregado)

garantizarían también que los individuos tengan la posibilidad de exteriorizar tales autodeterminaciones, las mismas que no pueden –ni deben– quedar confinadas al espacio o esfera íntima.

La consecuencia práctica de esta nueva dimensión obliga a rechazar no solo las normas que penalizan o patologizan la sexualidad diversa –por ejemplo, la conducta homosexual o la transgeneridad– sino que además garantiza el respeto de las expresiones públicas de afecto de las personas al margen de su orientación sexual e identidad de género. No cabe en realidad otra interpretación si tomamos en cuenta, además, que el reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas en el marco de la CADH, tiene como objetivo el poder garantizar que estas puedan expresarse externamente, como parte del proyecto de vida de todo ser humano.

En el mismo sentido, la CIDH ha sostenido que, en el marco del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH, constituyen discursos “especialmente protegidos” las expresiones de los elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad, tales como la sexualidad, y más específicamente, la orientación sexual y la identidad de género. Y si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la CADH, estos “discursos” reciben una protección especial por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. En palabras de la CIDH:

[P]or su estrecha relación con la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos, en esta categoría de discursos especialmente protegidos se encuentran aquellos que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género. A este respecto, cabe recordar que la Resolución 2435/08 de la Asamblea General de la O[EA], marcó un hito a nivel internacional en la materia.¹⁰⁰

Por otra parte, no debe pasarse por alto que cuando se analizaron los ilícitos cometidos por el Estado respecto al proceso de tuición en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH analizó y declaró en una misma sección las vulneraciones de la CADH respecto al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos de la niñez y el derecho a ser oído en el proceso judicial. Es decir, una misma serie de hechos se miró interconectadamente desde la óptica esencial de la igualdad y la no discriminación por orientación sexual teniendo como base la vulneración de una serie de derechos fundamentales conexos consagrados en el mismo instrumento (como el derecho a la vida privada), y sin cuya adecuada comprensión la vulneración principal habría carecido de sentido.¹⁰¹

Un último aspecto a destacar en cuanto al alcance de esta decisión es la ‘interacción’ que la Corte IDH propone entre el derecho a la vida privada y el derecho a la vida familiar reconocido en el

100 CIDH. *Informe Anual 2008*. Vol. III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Cap. III, párrs. 48 y 51. Tampoco debe olvidarse que la libertad de expresión debe garantizarse no solo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población, dado que así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática. En este sentido, se ha señalado la especial importancia que tiene proteger la libertad de expresión “en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que perturban a la mayoría”, enfatizándose que las restricciones a la libertad de expresión no deben “perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia”. CIDH. *Informe Anual 1994*. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III: La Convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresión para preservar la existencia de las sociedades democráticas en los Estados miembros de la OEA.

101 En este caso, el Poder Judicial chileno también había iniciado una investigación disciplinaria en contra de Karen Atala, en el que se indagó respecto de la orientación sexual de la jueza con el objeto de proteger la ‘imagen’ de dicha institución. En línea con su anterior razonamiento, la Corte IDH afirmó que “la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no exist[ía] relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual”. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 221.

artículo 17 de la CADH.¹⁰² Para la Corte IDH, lo ocurrido como resultado de las decisiones de las cortes chilenas en el juicio por tuición acarreó la separación indebida de la familia que habían constituido Karen Atala, su pareja y las niñas. Ello configuró a su vez otra interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar de Atala y sus hijas. En palabras de la Corte IDH:

la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2. de la C[ADH], sino también, por el impacto que ello puede tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1. de dicha Convención.¹⁰³

Es posible que el empleo del artículo 11, de la mano con los artículos 17 y 24 –y también del artículo 13– de la CADH, pueda convertirse en el inicio de formulaciones mucho más avanzadas relacionadas a favor de grupos históricamente discriminados, muy al estilo del SEDH.¹⁰⁴

La Corte IDH no ha tenido la oportunidad de analizar la temática ‘trans’ de forma directa. Sin embargo, el TEDH sí tiene una línea jurisprudencial firme y desarrollada al respecto. En ese sentido, dicho tribunal ha señalado de forma reiterada que la autonomía personal, especialmente en el ámbito de las personas transgénero o personas trans, se encuentra protegida bajo el derecho a la vida privada (artículo 8 del CEDH),¹⁰⁵ que también comprende la identidad de género.¹⁰⁶ Asimismo, se ha señalado que la falta de reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero en sus documentos de identificación vulnera el derecho a la vida privada y familiar.¹⁰⁷

5. Vida privada y autonomía reproductiva

La Corte IDH ha desarrollado la autonomía reproductiva como un aspecto de la vida privada en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. En dicho caso, la Corte IDH analizó los efectos de una sentencia judicial que prohibió de manera general la fecundación *in vitro*. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró que esta medida resultaba necesaria para proteger el derecho a la vida, debido a la pérdida de embriones fertilizados. Esta sentencia afectó a ocho parejas que se vieron impedidas de acceder a esta técnica de reproducción asistida, por lo que algunas de ellas tuvieron que viajar a Colombia, España y Panamá para acceder a este tratamiento.

La Corte IDH reiteró su jurisprudencia constante para remarcar que la vida privada incluye los derechos a la autonomía personal, al desarrollo personal y a establecer relaciones con el mundo exterior.¹⁰⁸ Asimismo, señaló que la vida privada comprende la autopercepción y la imagen que cada persona proyecta al resto de la sociedad.¹⁰⁹ Por último, la Corte IDH también señaló que la decisión sobre la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.¹¹⁰

102 Sobre el derecho de protección a la familia en relación con este caso, ver el comentario al artículo 17 a cargo de Beloff.

103 Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 175.

104 Por ejemplo, en relación con el reconocimiento de las uniones estables de parejas del mismo sexo, el TEDH fijó un importante estándar en el caso *Oliari y otros vs. Italia* al señalar que los Estados tenían la obligación, bajo el derecho a la vida privada, de proveer un mecanismo de reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo, agotándose su margen de apreciación para decidir sobre la materia. TEDH. *Caso Oliari y otros vs. Italia*, n.º 18.766/11 y 36.030/11, Sentencia de 21 de julio de 2015, párrs. 165, 169 y 185.

105 TEDH. *Caso Van Kück vs. Alemania*, n.º 35.968/97, Sentencia de 12 de junio de 2003, párr. 69. TEDH. *Caso Schlumpf vs. Suiza*, n.º 29.002/06, Sentencia de 8 de enero de 2009, párr. 100.

106 TEDH. *Caso Van Kück vs. Alemania*, n.º 35.968/97, Sentencia de 12 de junio de 2003, párrs. 69y 73.

107 TEDH. *Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*, n.º 28.957/95, Sentencia de 11 de julio de 2002. TEDH. *Caso I. vs. Reino Unido*, n.º 25.680/94, Sentencia de 11 de junio de 2002. TEDH. *Caso B. vs. Francia*, n.º 13.343/87, Sentencia de 25 de marzo de 1992. TEDH. *Caso P. vs. Portugal*, n.º 56.027/09, Sentencia de 6 de septiembre de 2011.

108 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFR. 2010, párr. 119. Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 162.

109 *Idem*.

110 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 97.

Al hacer este análisis, la Corte IDH se refirió a sentencias del TEDH, las cuales señalan expresamente que la decisión de ser padre/madre genético cabe bajo la protección que otorga el derecho a la vida privada.¹¹¹ Igualmente, la Corte IDH resaltó la relación complementaria entre el derecho a la vida privada y el derecho a fundar una familia. En ese sentido, reafirmó que los Estados tienen la obligación de favorecer el desarrollo y fortalecimiento del núcleo familiar,¹¹² prohibiéndose toda injerencia contraria a la CADH. Por tales razones, la Corte IDH determinó que *la decisión de tener o no hijos era un campo protegido por el derecho a la vida privada y familiar, sea en el sentido genético o biológico*.¹¹³

Además, la Corte IDH reconoció que “el derecho a la vida privada se relaciona con (i) la autonomía reproductiva, y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”.¹¹⁴ Como consecuencia de ello, la Corte IDH señaló expresamente la existencia de un derecho a “[acceder] a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva [y la] prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”.¹¹⁵

La Corte IDH consideró que la Sala Constitucional de Costa Rica había realizado una interpretación errónea del artículo 4 de la CADH –que consagra el derecho a la vida–, dado que el mismo se aplica a partir de la implantación del óvulo en el útero.¹¹⁶ De esta manera, la Corte IDH concluyó que la Sala Constitucional generó una interferencia arbitraria y excesiva en la vida privada y familiar de las ocho parejas que devino en desproporcionada. Asimismo, señaló que la sentencia tuvo efectos discriminatorios indirectos en las víctimas del caso debido a que promovía barreras en las personas con discapacidad reproductiva, reproducía estereotipos sobre la función reproductiva de las mujeres, y afectó a las parejas que por su condición socioeconómica no podían acceder a servicios médicos en el exterior.¹¹⁷

6. ¿Y dónde quedan la honra y la reputación?

La Corte IDH no se ha referido con demasiada amplitud a la faceta del derecho a la honra y a la reputación, la cual, como señalamos al inicio, también se encuentra en el artículo 11 de la CADH. Desde el caso de los *hermanos Gómez Paquiyauri*, la Corte IDH solo ha vuelto a referirse, incidentalmente, a esta dimensión en tres casos: *Tristán Donoso vs. Panamá*, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* y *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*.

Una precisión importante hecha por la Corte IDH –presente en *Tristán Donoso*–, y reiterada en posteriores casos, es el reconocimiento de que el artículo 11 de la CADH implica que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra” y que, por tanto, se encuentra prohibido “todo ataque ilegal contra la honra o reputación”.¹¹⁸ La decisión en *Tristán Donoso* señala además que debe diferenciarse que, en “términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”.¹¹⁹

111 TEDH. *Caso Evans vs. Reino Unido*, n.º 6339/05, Sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71-72. TEDH. *Caso Dickson vs. Reino Unido*, n.º 44.362/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2007, párr. 66. TEDH. *Caso S. H. and others vs. Austria*, n.º 57.813/00, Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82.

112 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 125. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 169. Asimismo, ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 66.

113 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 143.

114 *Ibidem*, párr. 146.

115 *Ibidem*, párr. 150.

116 *Ibidem*, párr. 264.

117 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párrs. 287-317.

118 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párr. 57.

119 *Idem*.

En efecto, en *Tristán Donoso* los representantes de la víctima habían alegado la presunta violación del derecho a la honra, en virtud de las declaraciones del exprocurador cuando se produjo la divulgación de la conversación telefónica ante las autoridades eclesiásticas y el Colegio Nacional de Abogados. De acuerdo con la Corte IDH, las expresiones del exprocurador:

[...] pueden considerarse como una afectación a la honra y reputación incompatible con la C[ADH] en perjuicio del señor Tristán Donoso, toda vez que la calificación de las expresiones contenidas en el casete como “un plan de difamación”, o como “una confabulación en contra de la cabeza del Ministerio Público” por parte de la máxima autoridad del órgano encargado de perseguir los delitos, ante dos auditores relevantes para la vida de la presunta víctima, implicaban la participación de esta en una actividad ilícita con el consecuente menoscabo en su honra y reputación. La *opinión que las autoridades de la Iglesia Católica y del Colegio Nacional de Abogados tuvieron sobre la valía y actuación de la presunta víctima necesariamente incidía en su honra y reputación*.¹²⁰

Y en efecto, un párrafo más adelante, la Corte IDH declaró que el Estado también era igualmente responsable por la violación del derecho a la honra y reputación consagrado en el artículo 11.1. de la CADH en perjuicio de Tristán Donoso.¹²¹

Posteriormente, el caso en donde se aborda el derecho a la honra y a la reputación es *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. En la sentencia, relacionada con la ejecución extrajudicial del senador Cepeda Vargas, líder de la Dirección Nacional del Partido Comunista Colombiano y figura del partido político Unión Patriótica, la Corte IDH realiza una formulación conjunta del artículo 11.1. de la CADH en función de una serie de alegatos sobre la libertad de expresión, la libertad de asociación y los derechos políticos.

En el caso, a pesar de que el Estado ya había reconocido su responsabilidad internacional por la violación del derecho a la honra y la dignidad en perjuicio de Manuel Cepeda Vargas,¹²² la Corte IDH no perdió la oportunidad de señalar que había constatado “que funcionarios públicos formularon declaraciones sobre la supuesta vinculación de la UP [Unión Patriótica] con las FARC [Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia]”.¹²³

120 *Ibidem*, párr. 82. (énfasis agregado)

121 *Ibidem*, párr. 83.

122 En el caso, además del derecho a la honra, el reconocimiento de responsabilidad internacional colombiano alcanzaba también la vulneración de la dimensión individual de los derechos políticos (artículo 23 de la CADH) y de la libertad de expresión (artículo 13 de la CADH). Curiosamente, la controversia subsistía en torno a la alegada vulneración de la dimensión social de dichos derechos. Esta misma estrategia de defensa –separando las dimensiones individual y colectiva de ciertos derechos para efectos del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional– ha sido seguida por el Estado colombiano, con escaso éxito, en litigios más recientes como el de Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párrs. 13-19.

123 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 170. Esta constatación era clave dado que el Estado había controvertido “la existencia de presuntas declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado que hubieren vulnerado el derecho a la honra del Senador Cepeda”. *Ibidem*, párr. 19. Ahora bien, en el mismo párr. 170, la Corte IDH hace referencia a la siguiente aseveración vertida previamente en los párrs. 85 y 86 de la sentencia: “Entre 1987 y 1993 destacados funcionarios públicos emitieron declaraciones que vincularon a la UP y al PCC con las FARC, grupo que a su vez era relacionado con actividades ilegales. Más allá de que en esas declaraciones no se haga referencia específica o directa al Senador Cepeda Vargas, en una época en que la UP y el PCC [Partido Comunista Colombiano] eran considerados como “enemigo interno” en virtud de la doctrina de “seguridad nacional”, tales pronunciamientos colocaron a los miembros de la UP en una posición de mayor vulnerabilidad y aumentaron el nivel de riesgo en que ya se encontraban. De tal manera, frente a los hostigamientos y amenazas que sufría el Senador Cepeda por su vinculación con esos partidos políticos, en su carácter personal y en conjunto con otros militantes y dirigentes, las manifestaciones de esos agentes estatales no sólo se expresaron como una conducta de tolerancia, sino que además pudieron contribuir a acentuar o exacerbar situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de funcionarios públicos u otros sectores de la población hacia las personas vinculadas con la UP y, por ende, hacia el Senador Cepeda”. Lo anterior se complementa con lo afirmado posteriormente por la Corte IDH en el párr. 125: “[d]e tal manera, los agentes estatales no sólo faltaron gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos del Senador Cepeda Vargas, reconocidos en el artículo 1.1. de la C[ADH], sino que utili-

En opinión de la defensa colombiana, al reconocer la protección de la honra y de la dignidad del señor Cepeda Vargas, “lo hacía por no haberlo protegido de amenazas relacionadas con las expresiones de diversas personas, organizaciones y funcionarios públicos, de las cuales [...] [no era] responsable”.¹²⁴

La intención del Estado era buscar que la Corte IDH hiciera una ponderación entre el derecho a la honra de Manuel Cepeda con la libertad de expresión de quienes habían lanzado las amenazas en su contra. La Corte IDH rechazó tajantemente el alegato y señaló:

en relación con la falta de prevención respecto del derecho a la vida, que los funcionarios públicos no podían desconocer, con sus declaraciones, los derechos del senador Cepeda Vargas de los que eran garantes, por lo que no correspond[ía] ponderar su derecho a la honra y dignidad con la libertad de expresión de otros funcionarios o de otros sectores de la sociedad, como lo propone el Estado.¹²⁵

Asimismo, en cuanto a la honra y la reputación de los familiares de Manuel Cepeda Vargas, la Corte IDH realizó una interesante formulación conjunta, esta vez desde el derecho a la integridad personal. La CIDH había solicitado que se declarara la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares de la víctima dada una serie de declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado que constituyeron “actos de estigmatización”.¹²⁶ A su vez, los representantes de las víctimas estimaron que tales declaraciones “fueron particularmente graves, ya que además de fomentar el odio, el desprecio público, y la persecución, tuvieron y [continuaban teniendo] el efecto de incitar la violencia contra la víctima y sus familiares”.¹²⁷ En términos de la Corte IDH:

es razonable considerar, en primer lugar, que la desprotección ocasionada al senador Cepeda Vargas, en el contexto en que fue vinculado con las FARC ha repercutido también en sus familiares, afectando su honra, dado que el estigma social y las acusaciones públicas contra aquel se extendieron también a la familia, especialmente después de su ejecución. En particular, afectaron al señor Iván Cepeda Castro, formando parte del contexto de amenazas y problemas de seguridad que sigue sufriendo, y que provienen tanto de las acusaciones por su trabajo en memoria de su padre o por su papel en la investigación del caso, como por ser en la actualidad un referente de la lucha por los derechos humanos en Colombia.

En segundo término, la alegada violación al artículo 11 se basa[ba] en [...] un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del [ex-] presidente de la República Álvaro Uribe Vélez desde mediados del mes de abril de 2006 [...].

[...] [La] Corte [IDH] consider[ó] que la situación de estigmatización que recae sobre los familiares del senador Cepeda Vargas los ha expuesto a continuar recibiendo hostigamientos y amenazas en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos. Estas circunstancias se han visto exacerbadas aún más por el largo tiempo transcurrido, sin que se hayan esclarecido todas las responsabilidades sobre los hechos.¹²⁸

zaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones. En vez de que las instituciones, mecanismos y poderes del Estado funcionaran como garantía de prevención y protección de la víctima contra el accionar criminal de sus agentes, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, lo que se ha visto favorecido por situaciones de impunidad de esas graves violaciones [...]”.

124 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 170.

125 *Idem*.

126 *Ibidem*, párr.203.

127 *Idem*.

128 *Ibidem*, párrs. 204, 205 y 209. Asimismo, en los párrafos. 206-208, la Corte IDH estableció lo siguiente: “[e]n cuanto al primer hecho, [se] verifica que el mismo consta en la demanda, al indicarse que fue la propia Corte Constitucional de Colombia, que emitió el 20 de noviembre de 2006 la Sentencia T-959, la que reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro, en cuanto hijo de una de las víctimas de la violencia política del país y que los mencionados derechos también

En el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH volvió a señalar que se encuentra prohibido “todo ataque ilegal contra la honra y reputación”.¹²⁹ Esto a raíz de que el personal del Ministerio Público de Guatemala irrumpió en la funeraria donde estaba siendo velado el cuerpo de Claudia Velásquez Paiz, víctima de violencia sexual. La auxiliar fiscal y los técnicos de criminalística del Ministerio Público manipularon los restos mortales, a fin de recabar sus huellas dactilares, amenazando a sus padres de ser acusados por obstrucción de la justicia. Estos hechos generaron conmoción, dolor e impotencia de los familiares de la víctima fallecida.

Es interesante resaltar que, en esta sentencia, la Corte IDH hace una especial mención a la dignidad, estableciendo una relación con el respeto a la honra.¹³⁰ La Corte IDH determinó que los funcionarios de la Fiscalía violaron ambos derechos recogidos en el artículo 11, por haber invadido un ámbito tan íntimo que debería estar exento de cualquier intervención ajena. La Corte IDH señaló que los agentes estatales:

[...] irrumpieron en un momento íntimo y doloroso a fin de manipular nuevamente los restos mortales de la hija de Jorge Rolando Velásquez Durán y Elsa Claudina Paiz Vidal, y hermana de Pablo Andrés Velásquez Paiz, afectando el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.¹³¹

En este sentido, la Corte IDH consideró que los ritos funerarios son actos por medio de los cuales los familiares de una persona fallecida le rinden tributo a su ser querido, de acuerdo con sus creencias, tratando de obtener un mínimo de consuelo en los últimos momentos que tendrán con su presencia física.¹³² Por lo tanto, a la luz de la CADH, el lugar y momento en el que se llevan a cabo ritos funerarios constituyen espacios protegidos por el derecho a la vida privada contenido en el artículo 11, especialmente teniendo en cuenta que el momento oportuno para la toma de huellas dactilares fue cuando el cadáver se encontraba en la morgue, antes de la entrega a sus familiares.

A partir de estas –todavía escasas– decisiones, pareciera que, al analizar la honra y la buena reputación, la Corte IDH viene interpretando esta faceta del artículo 11 siguiendo la doctrina tradicional desarrollada por algunos estudiosos del derecho penal en torno al bien jurídico denominado como “honor”.¹³³

se han violado a sus familiares. En dicha decisión, la Corte Constitucional de Colombia procedió a analizar el contenido del mensaje emitido por los medios de comunicación como parte de la campaña por la reelección del [ex-] presidente Álvaro Uribe, indicando que “una simple lectura del ‘testimonial’ es suficiente para distinguir entre las afirmaciones [que corresponden a hechos], y otras afirmaciones que expresan una calificación o juicio ético acerca de los hechos referidos”. Dicha Corte concluyó que “al sindicar a una persona o a un grupo de personas de matar a civiles y de hacerle daño a los demás, sin aportar el acervo probatorio que justifique afirmaciones de esa magnitud, se traspasan los límites de la libertad de expresión, pues no resulta razonable entender cobijadas tales manifestaciones en el ámbito de protección de la libertad de expresión, por más amplio que este sea”. Finalmente, en dicha sentencia la Corte Constitucional ordenó al gerente de la campaña de reelección del presidente que, a través de un comunicado, “de manera explícita y pública exprese que esta campaña incurrió en error al difundir, como parte de su estrategia publicitaria, un mensaje cuyo contenido no fue comprobado, no obstante que incluía afirmaciones lesivas del buen nombre y de la honra del señor Iván Cepeda Castro y de sus familiares”. [La Corte IDH] [analizó] la referida sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que declaró la violación del derecho a la honra y la dignidad del señor Iván Cepeda Castro y sus familiares por el mencionado mensaje publicitario, y que además dispuso reparaciones pertinentes a nivel interno. En esos términos, la Corte [IDH] declaró la violación correspondiente”.

129 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 219.

130 *Ibidem*, párr. 220.

131 *Idem*.

132 *Idem*.

133 Un estudio más detallado de estas posturas se encuentra en: Bertoni, E. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Editores del Puerto, 2a. ed., Buenos Aires, 2008, Capítulo III.

7. A manera de conclusión

Las rutas transitadas por la Corte IDH a lo largo de estos años en torno al artículo 11 de la CADH son cada vez más sugerentes. Como hemos reseñado en estas líneas, al inicio la Corte IDH se conformó con resolver –sin mayores aspavientos– que las injerencias en la vida privada eran arbitrarias y que, por tanto, eran contrarias a la CADH. El tiempo avanzó, y los casos sobre inviolabilidad de las comunicaciones permitieron incorporar el test de proporcionalidad como mecanismo de verificación de la arbitrariedad de las injerencias en la intimidad.

La decisión recaída sobre *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)* presenta nuevas perspectivas de desarrollo jurisprudencial en la interpretación que se puede lograr a partir del artículo 11 de la CADH, así como su análisis conjunto con otros artículos del mismo instrumento.

Quizás el aspecto más desafiante que ofrece ahora la protección de la honra y de la dignidad es su potencial aplicación para comprender la sexualidad diversa de los individuos. La decisión en *Atala Riffo y niñas* abre un sinnúmero de posibilidades para que la expresión sexual diversa –entendida desde la orientación sexual y la identidad de género– pueda tener un espacio legítimo en la esfera pública y no solamente detrás de las puertas de una habitación. En el fondo, la Corte IDH viene realizando una suerte de ‘sexualización positiva’ del artículo 11 de la CADH para explorar, desde los derechos humanos, esas otras dimensiones de la expresión sexual, lejanas de la heterocisnormatividad compulsiva y de una rígida imposición de las políticas sexuales conservadoras.¹³⁴

La protección de la honra y de la reputación no ha quedado olvidada del marco jurisprudencial de la Corte IDH pero, sin duda, las formulaciones en torno a su alcance han sido bastante marginales cuando se les compara con la utilización más constante (y dinámica) del marco de la vida privada en sus pronunciamientos.

Finalmente, las situaciones en las que la libertad de expresión confronta al derecho a la vida privada de las personas han sido tratadas muy recientemente por la Corte IDH. Los únicos antecedentes son las sentencias en los casos *Fonvecchia y D’Amico* y *Mémoli*, ambos contra Argentina, cuyo análisis más detallado se realiza en el comentario al artículo 13 de la CADH que también forma parte de esta obra.¹³⁵

134 Sobre el concepto de “heterocisnormatividad”, ver Zelada, C. J. “Amor prohibido: un análisis de la ciudadanía sexual desde Contracorriente”, en Alcántara, M. y Mariana, S. (Eds.) *La Política va al Cine*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima, 2014.

135 Corte IDH. *Caso Fonvecchia y D’Amico vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 4. El aspecto central del caso versa sobre la condena civil impuesta por los tribunales argentinos a dos periodistas luego de la publicación de unos artículos relacionados con el entonces Presidente de la República, y que presuntamente violaron su derecho a la intimidad. Esta sentencia se origina en el caso n.º 12.524 que en diciembre de 2010 la CIDH remitió a la Corte IDH. CIDH. Informe 82/10, Caso n.º 12.524, Fondo (*Jorge Fonvecchia y Héctor D’Amico vs. Argentina*), 13 de julio de 2010. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 24. Esta sentencia versa sobre la alegada violación al derecho a la libertad de expresión de Carlos y Pablo Carlos Mémoli, por la condena penal impuesta en su contra debido a sus denuncias públicas sobre la venta irregular de nichos del cementerio local.

Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Bibliografía

Normas relevantes

Legislación nacional

Argentina. Ley 21.745 “Registro Nacional de Cultos”, promulgada el 15 de febrero de 1978.

Chile. Ley 19.638 “Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas”, promulgada el 1 de octubre de 1999.

Colombia. Ley 133 “Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos”, publicada en el Diario Oficial n.º 41.369 el 26 de mayo de 1994.

México. “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 1992.

Perú. Ley 29.635 “Ley de Libertad Religiosa”, publicada el 21 de diciembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C n.º 103. En adelante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C n.º 105. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Caso Testigos de Jehová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de noviembre de 1978.

CIDH. Informe Anual 1979-1980 - Capítulo V Paraguay.

CIDH. Informe de País Argentina, 1980.

CIDH. Informe de País Cuba, 1983.

CIDH. *Caso Tim Coulter y otros vs. Brasil*, Caso 7615, 5 de marzo de 1985.

CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, 22 de febrero de 1991.

CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso S. A. vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999.

CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, Fondo, 27 de diciembre de 2002.

CIDH. Informe n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Caso 12.053, Fondo, 12 de octubre de 2004.

CIDH. Informe n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, Caso 12.219, Fondo, 10 de marzo de 2005.

CIDH. Informe Anual 2008 - Capítulo IV Venezuela.

CIDH. Informe n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Admisibilidad, Caso 592-07, 30 de octubre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Eriksson vs. Suecia*, n.º 11373/85, 22 de junio de 1989.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (fecha de último acceso: 2018/04/30).

Organización de las Naciones Unidas

Comité DHONU. Observación General n.º 22, *El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de septiembre de 1993.

ONU. Informe del Relator para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, 14 de diciembre de 1994.

ONU. *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y n.º 2076 (LXII) de 3 de mayo de 1977.

Referencias académicas

CANÇADO TRINDADE, A. A. "The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights", en SIENHO, Y. y MORIN J. (eds.), *Multiculturalism and international law*. Brill, Leiden, 2009.

COMBALÍA, Z. "Los límites del derecho de libertad religiosa", en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

HENNEBEL, L. "La protection de l'intégrité spirituelle des indigènes: réflexions sur l'arrêt de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 17^e année, n.º 66, 1^{er} avril 2006.

HERVADA XIBERTA, J. *Los Eclesiasticistas ante un Espectador*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

IBÁN, I. "El Derecho Eclesiástico", en IBÁN, I. y PRIETO SANCHÍS, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

LARICCIA, S. "I diritti delle minoranze religiose in Italia", en GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio- Jurídicos de las Sectas desde una Perspectiva Comparada*. The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

LLAMAZARES, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Civitas, Madrid, 1997.

LÓPEZ ALARCÓN, M. "La Asistencia Religiosa", en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

MARTÍN SÁNCHEZ, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza*. Comares, Granada, 2002.

MARZAL, M. *Tierra Encantada, Tratado de Antropología Religiosa de América Latina*. Trotta-Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002.

NAVARRO VALLS, R. y PALOMINO, R. "Las objeciones de conciencia", en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

PRIETO SANCHÍS, L. "El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa", en IBÁN, I. y PRIETO SANCHÍS, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

SOUTO GALVÁN, B. *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*. Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000.

VILADRICH, P. “Los principios informadores del derecho eclesiástico español”, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980.

VILADRICH, P. “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución”, en *Ius Canonicum*. Vol. XXII, n.º 43, 1982.

Otras referencias no académicas

Diario El País. “Los Testigos de Jehová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos”, 05 de octubre de 2012. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html (fecha de último acceso: 2018/04/30)

MARTÍN SÁNCHEZ, I. “El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional”. Ponencia presentada al Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, PUCP, Lima, 2000.

Contenido

1. Introducción	376
2. Antecedentes históricos	377
3. El corpus iuris internacional de la libertad de religión	377
3.1. El marco normativo interamericano	378
3.2. El marco normativo internacional	379
4. Definición de libertad de conciencia y de religión	380
4.1. Ámbito: lo religioso	381
4.2. Naturaleza	383
4.3. Fundamento	383
5. Inciso 1: Titularidad y dimensión positiva de la libertad de religión	384
5.1. Titularidad: “toda persona”	384
5.2. La dimensión positiva de la libertad de religión: “[e]ste derecho implica la libertad de [...]”	389
6. Inciso 2: La dimensión negativa de la libertad de conciencia y de religión	395
6.1. El derecho a la libre formación de la conciencia	395
6.2. El derecho a la objeción de conciencia	396
7. Inciso 3: Las limitaciones de la libertad de conciencia y de religión	397
7.1. Legalidad de las limitaciones permitidas en el artículo 12 de la CADH	397
7.2. Legitimidad de las limitaciones	399
8. Inciso 4: Derecho de los padres a educar religiosa y moralmente a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones	403
8.1. Antecedentes	403
8.2. Aplicación	403
9. Conclusión	404

1. Introducción

El derecho regulado por el artículo 12 de la CADH es uno de los cimientos de la sociedad democrática. La libertad religiosa es, sin ninguna duda, la piedra de toque fundamental que contribuye a la conservación de la paz y estabilidad, aun en medio del dinamismo naturalmente desestabilizador y problemático de las transformaciones sociales, mismas que ocurren inclusive en sociedades tradicionales como son la mayoría de países en las Américas. Para millones de personas, la religión ocupa un lugar central y es factor legitimador de diversas instituciones de su vida cotidiana, no obstante la progresiva secularización social y la gradual laicización del Estado.

Asimismo, cada vez con mayor intensidad se asiste a la pluralización del campo religioso en donde antes existía una religión hegemónica, y también a la creciente incursión de actores religiosos en actividades políticas y en funciones de Estado. Con ello, el debate sobre el derecho de libertad religiosa se replantea bajo nuevos matices en los que el Estado, y sus ordenamientos jurídicos, se enfrentan al desafío de adoptar nuevas regulaciones legales, instituciones y políticas públicas ante el fenómeno religioso en ebullición.

La Corte IDH ha señalado que:

[...] la Convención Americana, en su artículo 12, contempla el derecho a la libertad de conciencia y religión, el cual, según la jurisprudencia de[el] Tribunal, permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.¹

La doctrina jurídica especializada reconoce esta como “la primera de las libertades”,² dada su importancia histórica y política tanto en el proceso de constitución de los Estados nación modernos en la independización de los poderes absolutos de carácter político-religioso, como en la configuración de las libertades individuales características de la modernidad.

A continuación, analizaremos los incisos que integran el artículo 12 de la CADH, y las distintas dimensiones del derecho a la libertad de conciencia y religión, en atención a la jurisprudencia de la Corte IDH y las decisiones de la CIDH.

2. Antecedentes históricos

La religión ha sido objeto de estudio científico desde el quehacer de varias ciencias sociales como la historia, la sociología, la antropología, y de ciencias humanas como la filosofía, la ética y la jurídica. Desde el ángulo del derecho estatal, la ciencia jurídica reguló en un primer momento histórico las relaciones institucionales entre la comunidad política y la religiosa, y en un segundo momento –el moderno– pasó a regular también el ejercicio de la libertad individual en asuntos de conciencia y de religión.

Es así que la libertad de conciencia y de religión se ha desarrollado normativamente a partir de la histórica Declaración de Derechos de Virginia de 1776,³ la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,⁴ y pasando por las modernas declaraciones e instrumentos de derechos como la DADDH, la DUDH, el PIDCP, la CADH y la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.

3. El *corpus iuris* internacional de la libertad de religión

La Corte IDH ha puntualizado en su opinión consultiva sobre *el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* que:

- 1 Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. FRC. 2001, párr. 79.
- 2 Jemolo, C. A. “I problemi pratici della libertà”. Milano, 1961, citado en: Viladrich, P. “Los principios informadores del derecho eclesiástico español”, en González del Valle, J. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980, p. 263.
- 3 El artículo 16 de esta Declaración señala que “la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia”.
- 4 El artículo 10 establece que “nadie debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley”.

El corpus juris del [DIDH] está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).⁵

En los siguientes apartados presentaremos, primero, las normas existentes en los instrumentos del SIDH, y posteriormente en aquellos instrumentos del DIDH en general que abordan asuntos relativos a la religión y la conciencia.

3.1. El marco normativo interamericano

La DADDH valoró positivamente la dimensión espiritual del ser humano en su Preámbulo,⁶ y luego proclamó el derecho de libertad religiosa en su artículo III.⁷ Tener en cuenta dicha valoración resulta importante puesto que permite inferir que el orden interamericano no es ajeno, indiferente u hostil a la espiritualidad de sus pueblos. Precisamente, por estar dirigido a proteger a la persona como fin supremo, es que el ordenamiento interamericano de los derechos humanos reconocerá libertades y derechos, y establecerá limitaciones a su ejercicio, a fin de permitir el desarrollo de diferentes ideologías, concepciones y convicciones, en un marco de coexistencia pacífica, en el que cada quien busque su propia paz, espiritualidad o trascendencia. Dentro de ese proyecto, la religión es considerada como un elemento positivo que es apreciado por el SIDH.

Ahora bien, la CADH proclamó la libertad de religión bajo la estructura de afirmar primeramente la dimensión positiva de dicha libertad en el inciso primero del artículo 12, de describir su dimensión negativa en el inciso segundo, de enumerar las limitaciones a su ejercicio para finalmente consagrar el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones. Sin embargo, este no es el único artículo de la CADH que aborda el tema religioso, también existen otros artículos: 1 y 27.1. (principio de no discriminación religiosa durante situaciones normales y en estados de excepción), 13 (prohibición del discurso de odio religioso), 16 (libertad de asociación religiosa), 22 (principio de *non-refoulement* en caso de riesgo de violación a la libertad religiosa), y 27.2. (no suspensión de la libertad religiosa aun en situaciones de emergencia o estados de excepción).

Por otro lado, la CADH no es el único instrumento interamericano en atender la materia. Existen otros instrumentos regionales que contienen normas sobre el derecho de libertad religiosa como la propia Carta de la OEA, al referirse al derecho de la persona al desarrollo espiritual, en evidente eco de la DADDH (que por lo demás fue sancionada en la misma Conferencia internacional);⁸ el Protocolo de San Salvador el cual incluye una disposición sobre no discriminación religiosa (art. 3) y referencias al necesario respeto del pluralismo ideológico, la tolerancia y la participación en la sociedad pluralista en el ámbito educativo (art. 13);⁹ la Convención de Belém do Pará prevé una norma

5 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 115.

6 “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”.

7 “Artículo III. Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”.

8 “Artículo 45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: a) [t]odos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica [...]”.

9 “Artículo 3. Obligación de no Discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. “Artículo 13. Derecho a la Educación. [...] 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz”.

sobre libertad religiosa (art. 4); y otra sobre la no discriminación religiosa (art. 6);¹⁰ y lo propio hace la Carta Democrática Interamericana que pone de relieve el respeto a la diversidad religiosa como valor que consolida la democracia y la ciudadanía.¹¹

Finalmente, también debe considerarse la resolución sobre “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, instrumento interamericano de *soft law* en el que se ha considerado con mayor amplitud la libertad de religión al proponer los principios de no discriminación religiosa (principio II), y de respeto a la identidad religiosa en la recepción de alimentos y vestido (principios XI y XII), así como una definición de libertad de religión (principio XV) y del derecho a participar en actividades religiosas (principio XXII).¹²

3.2. El marco normativo internacional

En cuanto al SUDH, el reconocimiento de la libertad de religión se recoge, en primer lugar, en la paradigmática DUDH que lo proclamó al lado de la libertad de pensamiento y de conciencia.¹³ Lo

10 “Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley”. “Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”.

11 “Artículo 9. La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”.

12 “Principio II. Igualdad y no discriminación. [...] Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, *religión*, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad”. “Principio XI. Alimentación y agua potable. 1. Alimentación. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, y tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley”. “Principio XII. 3. Vestido. El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes”. “Principio XV. Libertad de conciencia y religión. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de conciencia y religión, que incluye el derecho de profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias; el derecho de participar en actividades religiosas y espirituales, y ejercer sus prácticas tradicionales; así como el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales. En los lugares de privación de libertad se reconocerá la diversidad y la pluralidad religiosa y espiritual, y se respetarán los límites estrictamente necesarios para respetar los derechos de los demás o para proteger la salud o la moral públicas, y para preservar el orden público, la seguridad y la disciplina interna, así como los demás límites permitidos en las leyes y en el derecho internacional de los derechos humanos”. “Principio XXII. 5. Competencia disciplinaria. No se permitirá que las personas privadas de libertad tengan bajo su responsabilidad la ejecución de medidas disciplinarias, o la realización de actividades de custodia y vigilancia, sin perjuicio de que puedan participar en actividades educativas, religiosas, deportivas u otras similares, con participación de la comunidad, de organizaciones no gubernamentales y de otras instituciones privadas”. Todas estas normas deben considerarse en un análisis global de la posición del SIDH, lo cual excede el alcance de la presente contribución –centrada exclusivamente en el comentario del art. 12 de la CADH– pero cuyo análisis se recomienda.

13 “Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

propio hizo el PIDCP,¹⁴ y la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981.¹⁵

En cuanto a otros sistemas regionales de derechos humanos, el CEDH reconoce la libertad religiosa en su vertiente positiva y a su vez enumera sus limitaciones,¹⁶ y la segunda versión de la Carta Árabe de Derechos Humanos –aprobada por la Liga Árabe en 2004–, si bien perteneciente a un sistema en incipiente construcción, realiza una importante descripción de su contenido.¹⁷

4. Definición de libertad de conciencia y de religión

La libertad de religión es la libertad de profesar o no profesar una religión, entendida esta como la relación del hombre con lo divino (no necesariamente con un Dios personal, sino con lo divino

- 14 “Artículo 18.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.
- 15 “Artículo 1.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. “Artículo 6. De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular las libertades siguientes: a) [l]a de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para estos fines[;] b) [l]a de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas[;] c) [l]a de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción[;] d) [l]a de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas[;] e) [l]a de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines[;] f) [l]a de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones[;] g) [l]a de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción[;] h) [l]a de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción[;] i) [l]a de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional”.
- 16 Es importante señalar que este instrumento no define la libertad religiosa, sino simplemente la regula: “[a]rtículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. “Artículo 8. La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades”.
- 17 “Artículo 30. a) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de creencia y de religión, la cual no puede ser objeto de ninguna restricción no prevista por la ley; b) [l]a libertad de manifestar su religión o sus convicciones o de practicar individualmente o colectivamente los ritos de su religión no pueden ser objeto más que de restricciones previstas en la ley y que sean necesarias en una sociedad tolerante, respetuosa de las libertades y de los derechos humanos para la protección de la seguridad pública, el orden público, la salud pública o la moralidad pública, o las libertades y derechos de otros; c) [l]os padres o tutores aseguran libremente la educación religiosa y moral de sus hijos”.

que es una relación con la trascendencia), de la cual se desprenden determinadas convicciones éticas, opiniones, creencias y observancias religiosas. Estas se exteriorizan positivamente a través de la libre manifestación individual o colectiva, pública o privada, mediante diversas concreciones particulares. El bien protegido de dicha libertad no es precisamente la religión sino la libertad humana ejercida en sentido religioso, la cual merece protección y promoción para su pleno goce y ejercicio.

4.1. Ámbito: lo religioso

La dificultad en definir la ‘religión’ es reconocida unánimemente tanto en la ciencia jurídica como fuera de ella. Antropólogos, filósofos, sociólogos, juristas, políticos, teólogos y psicólogos no se ponen de acuerdo en un concepto común al respecto, y eso es aún más cierto cuando se trata de establecer distinciones con otros conceptos cercanos tales como la espiritualidad. Esta dificultad procede, en buena medida, de la confusión sobre la relación entre la religión y otras expresiones metafísicas tales como las espiritualidades indígenas, el esoterismo, el gnosticismo, la magia, etc. Naturalmente, el Estado no tiene competencia para convertirse en un ‘super teólogo’ y definir lo que considera religioso y lo que no, pero sí en cambio puede –y debe– acometer tal tarea a través de la vía de la definición negativa de lo que constituye ‘religión’ a efectos normativos, por supuesto con la debida limitación legal de su potestad calificadora. En este campo no existen soluciones perfectas pero sí progresivamente perfectibles.

Estas dificultades para definir lo religioso tienen consecuencias en los ordenamientos jurídicos nacionales, los que deben afrontar el desafío de diseñar regímenes constitucionales y legales específicos a entidades y personas religiosas, para lo cual se encuentran obligados a circunscribir previamente el ámbito de aplicación de esos regímenes.¹⁸ Sin embargo, en nuestra opinión, tales apremios no son relevantes para el SIDH, ya que el sistema no tiene como objeto regular el fenómeno religioso con relevancia jurídica –lo que sí es tarea de los Estados partes de la CADH– sino simplemente *controlar el respeto del principio de no discriminación e igualdad de todas las creencias, religiosas o no, y en particular el del derecho humano a la libertad de conciencia y de religión*. En ese sentido, tampoco es necesario para el SIDH diferenciar conceptualmente entre conciencia y religión, dado que ambos son formulados conjuntamente como una sola libertad.¹⁹ Por tanto, ni la CADH ni los órganos que promueven su cumplimiento, se han preocupado en definir un concepto operativo de ‘religión’ o de ‘fines religiosos’; toda vez que ‘conciencia’ y ‘religión’ son ámbitos protegidos en plano de igualdad por la CADH, resulta irrelevante entrar a la tarea de distinguirlas.

Para la CADH es claro que la libertad de conciencia y de religión constituyen una sola libertad con dos ámbitos: el religioso y el no religioso. Ello se confirma por una afirmación de la Corte IDH en uno de los primeros casos en el que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la alegada violación a la libertad de religión;²⁰ allí la Corte IDH justamente determinó la existencia de un solo derecho con dos dimensiones. En ello, la CADH sigue a los demás instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos.²¹

18 Así, por ejemplo, en nuestro orbe tienen leyes de diferentes épocas sobre libertad religiosa, organizaciones religiosas y relaciones Iglesias-Estado en el Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Brasil, México, etc. En otros países, como Argentina y Bolivia, leyes de dicha naturaleza están en fase formativa.

19 En cambio, para muchos de sus Estados partes, dicha distinción será necesaria desde que ellos reconocen a las organizaciones religiosas un estatuto jurídico distinto al del resto de organizaciones civiles con idearios no religiosos (incluyendo, por ejemplo, beneficios tributarios especiales).

20 En otros dos casos, la Corte IDH se pronunció sobre la libertad de religión, *ver* Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005. En el caso “*la Última Tentación de Cristo*”, la CIDH alegó una violación de la libertad de religión y de conciencia, pero la Corte IDH denegó dicha alegación sosteniendo que no se había probado.

21 Es importante señalar que en la normativa internacional hay cierta confusión terminológica. La DUDH proclamó el derecho a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” englobando en número singular tanto la palabra “derecho” como “libertad”, y estableciendo además una clara dicotomía entre ‘religión’ y ‘creencia’. Lo propio hizo el PIDCP y la CADH al anunciar igualmente en singular a la ‘libertad de conciencia y de religión’, y al diferenciar ‘religión’ y ‘creencias’. En esta misma línea, el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (conocida como el Acta Final de Helsinki del 1 de agosto de 1975) enunció en singular a la ‘libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia’, pero introdujo una cuarta expresión, ‘la libertad de creencia’ a la que equiparó con la

En dichos instrumentos se establece la existencia de tres libertades autónomas a pesar de ser planteadas como si fueran una sola: la libertad de religión, la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento. Se sugiere que la libertad de pensamiento tiene como ámbito las ‘creencias’ (entendidas como creencias de tipo secular), la libertad de conciencia y las ‘convicciones’ (aquellas de carácter ético no religioso), y la libertad religiosa que contendría entonces a ‘la religión’, la cual abarcaría creencias religiosas y convicciones ético-religiosas.

La última posición sería la que nos ayudaría mejor a orientarnos –aunque en apariencia artificiosa por distinguir manifestaciones del espíritu difícilmente separables–, y a mantener la coherencia conceptual de las definiciones jurídicas internacionales. Al parecer, este sería también el razonamiento planteado por el juez de Roux Rengifo en su voto razonado en el caso “*La Última Tentación de Cristo*”:

Hay que tener presente, al respecto, que el artículo 12 de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión. No es otro el sentido del numeral 2 del mencionado artículo 12, cuando establece, en lo pertinente, que “[n]adie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de [...] cambiar de religión o de creencias.”²²

En dicho caso, la Corte IDH no encontró violación a la libertad religiosa por no haberse probado debidamente que las creencias o prácticas religiosas de alguien hubieran sido afectadas por la censura de dicha película cinematográfica; pero sí determinó, en cambio, que había una violación a la libertad de expresión.²³ Diversos juristas españoles especializados en el derecho de libertad religiosa comparten un criterio conceptual similar.²⁴

libertad de pensamiento y la libertad de conciencia en las que inicialmente parecía incluirse. Asimismo, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, enfatizó reiteradamente una nítida distinción entre ‘religión’ y ‘convicciones’ en sus artículos 1 y 6, haciendo lo mismo que el Acta Final de Helsinki, con la diferencia de que la cuarta libertad agregada no es llamada ‘libertad de creencia’ sino ‘libertad de convicciones’. Finalmente, cabe mencionar a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –citada aquí por ser una valiosa experiencia de integración jurídica internacional–, la cual sigue el patrón de la DUDH en su reconocimiento de las libertades estudiadas. Pero, puede obtenerse de todo ello un común denominador: todas las nuevas expresiones introducidas marcan distancia con la religión, la que permanece como término bien singularizado. A diferencia de lo que sucede en muchas Constituciones nacionales en las que los términos ‘creencias’ o ‘convicciones’ se intercambian y asocian conceptualmente a la religión, en los textos internacionales el uso de los conceptos ‘creencias’ y ‘convicciones’ no está vinculado a las creencias o convicciones religiosas sino todo lo contrario, a las no religiosas, como se constata en las siguientes expresiones dicotómicas: “libertad de manifestar su religión o sus convicciones”, “libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección”, “libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias”, “libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección”. Así pues, de los textos internacionales de derechos humanos se concluye inequívocamente que la religión es distinguida claramente de las convicciones, creencias, pensamientos y la conciencia, por lo que la libertad religiosa sería aquella libertad ejercida en referencia a las opciones de fe y no a las escuelas filosóficas, convicciones éticas y demás opciones ideológicas. Así entonces, las creencias y convicciones no pertenecerían al ámbito de la libertad religiosa pues esta consiste en tener y manifestar una religión, o en no tenerla (pero solo a “no tenerla” pues la misma manifestación y práctica de aquellas ya pertenecerían al ámbito de otras libertades).

22 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001. Voto razonado.

23 Sobre el caso “*La Última Tentación de Cristo*” y la libertad de expresión, ver el comentario al artículo 13 (libertad de pensamiento y de expresión) a cargo de Bertoni y Zelada.

24 Los esfuerzos teóricos para distinguir entre libertad religiosa, libertad de conciencia y libertad ideológica (término del derecho constitucional español) proviene, como ya hemos dicho, de los estatutos jurídicos distintos de cada libertad. Así, Pedro Viladrich afirma, por ejemplo, que el ateísmo cabe, en parte, dentro del derecho de libertad religiosa y, en parte, dentro de la libertad de pensamiento y conciencia. Este autor distingue dos momentos que darán lugar a la solución del problema teórico; un primer momento en el que la persona ejerce su libertad para elegir si creer o no creer: es la llamada “libertad del acto de fe”, la cual puede dar resultado positivo o negativo y es parte del ejercicio del derecho de libertad religiosa. El segundo momento es la “libertad de culto o práctica religiosa”, el cual, por razones obvias ya no correspondería a los ateos o agnósticos. Así, el acto de elegir el no tener creencias religiosas formaría parte del derecho de libertad religiosa en el momento de ejercerse la libertad de elección. Pero una vez exteriorizada dicha elección, se convierte ya en una manifestación del ejercicio de la libertad de conciencia o de pensamiento por “lo que contiene del sistema ideológico y ético”. La exteriorización creyente de dicha elección sería en cambio una

4.2. Naturaleza

Seguimos al jurista español Iván Ibán, cuando sostiene que el derecho de libertad religiosa integra derechos de tres categorías: los que exigen inmunidad de coacción por parte del Estado, los que facultan a su titular a realizar determinada conducta sin interferencia estatal, y los que exigen una obligación estatal positiva de dar o hacer.²⁵ En cuanto a esto último, no todo el contenido del derecho de libertad religiosa tiene carácter prestacional, sino solo aquel que demande para su igual ejercicio y real vigencia una acción positiva –sea haciendo o dando– del Estado (sin afectar el principio de no discriminación).

La dimensión de la libertad de religión relativa al derecho de tener creencias religiosas, es un aspecto que solo exigiría un deber de abstención o de no interferencia por parte del Estado, que en modo alguno podría reclamarse una exigencia prestacional (al pretenderse, por ejemplo, que sea el Estado el que promueva que sus ciudadanos tengan una u otra creencia religiosa).

Respecto a la dimensión de manifestar las creencias, la situación es diferente. La discriminación existente hacia ciertas minorías religiosas haría altamente necesario que el Estado promoviera las condiciones para que su práctica religiosa sea respetada por medio de una intervención especial de su parte. Así, por ejemplo, adoptando legislación específica que proteja el derecho de trabajadores y estudiantes observadores de días de reposo no dominicales, toda vez que los centros laborales y educativos se organizan con base en el ritmo semanal marcado por el descanso dominical.

4.3. Fundamento

La DUDH no registra una declaración acerca de los fundamentos filosóficos y morales de los derechos proclamados en ella, debido a la gran diversidad y contraposición de ideologías representadas en la Asamblea en la que se adoptó este instrumento. Por ello, la afirmación filosófica más ‘audaz’ en sus disposiciones resulta ser la que afirma “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables”, misma que, inclusive, fue objeto de cuestionamiento por la delegación soviética y de las de sus países satélites, a pesar de no detallar cuál es el fundamento último de dicha dignidad.

En el Preámbulo de la Carta de San Francisco de 1945 se apelaba a este fundamento filosófico en el que los pueblos reafirmaban su “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana [...]”. Después de la DUDH, el PIDESC y el PIDCP reconocieron que los derechos humanos –y por tanto la libertad religiosa– “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”; el último texto político de alcance universal en donde también se reconoce esto es la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993. En este instrumento se afirma que el origen de estos derechos se sitúa “en la dignidad y el valor de la persona humana, y que esta es el sujeto central

manifestación del ejercicio de la libertad religiosa. Cfr: Viladrich, P. “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución”, en *Ius Canonicum*. Vol. XXII, n.º 43, 1982, p. 33. Por su parte, Dionisio Llamazares se pronuncia en este mismo sentido al afirmar que “es verdad que el derecho de libertad religiosa es derecho para tener fe religiosa y para no tenerla”, pero ello no implica que el tener convicciones o creencias no religiosas o incluso antirreligiosas esté incluido dentro de ella (en lo que sería una “argumentación artificiosa, retorcida y contraria a las leyes más elementales de la lógica”) sino que “lo incluido [...] es el derecho a no tener creencias religiosas, pero nada más; no a tener otras convicciones y otro sistema de ideas y creencias. Lo incluido en el derecho de libertad religiosa, aparte del derecho a tener creencias religiosas, es la pura negatividad: a no tener creencias religiosas y a no ser obligado a tenerlas; pero no a poder tener unas u otras ideas y creencias no religiosas, que es parte del contenido del derecho de libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento), en el que ambas alternativas tienen contenido positivo”. Llamazares, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Civitas, Madrid, 1997, p. 16. También Javier Hervada manifiesta que “lo amparado por la libertad religiosa es radicalmente la religión, esto es, la relación o comunión con el hombre con la divinidad [...] los fenómenos del ateísmo y del agnosticismo son también objeto de la libertad religiosa (el sistema de pensamiento ateo o agnóstico pertenecen, en cambio, a la libertad de pensamiento)”, ver Hervada Xiberta, J. *Los Eclesiasticistas ante un Espectador*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

25 Ibán, I. “El Derecho Eclesiástico”, en Ibán, I. y Prieto Sanchís, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser la principal beneficiaria de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización”. (Preámbulo, párrafo 2).

Al respecto, la CADH se ha pronunciado sobre el fundamento de los derechos humanos en su Preámbulo:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos [...].

El fundamento de la libertad religiosa está radicado en la dignidad intrínseca, natural y universal de la persona humana. Ella es anterior y superior al Estado, y es el fundamento de su legitimidad ante sus propios ciudadanos como ante la comunidad internacional. Como bien afirma Javier Hervada, la dignidad es el “estatuto ontológico de la persona humana”.²⁶

5. Inciso 1: Titularidad y dimensión positiva de la libertad de religión

5.1. Titularidad: “toda persona”

La primera frase del artículo 12 de la CADH señala que “toda persona” es titular del derecho. En este aspecto es donde se advierte nítidamente la diferencia entre las normas convencionales interamericanas y las europeas, dado que la CADH solo reconoce como sujetos titulares de los derechos convencionales a las personas naturales,²⁷ mientras que en el SEDH las personas jurídicas pueden ser consideradas como sujetos titulares de derechos humanos (como el derecho a la propiedad). En el propio orbe interamericano, no pocos ordenamientos jurídicos nacionales reconocen también a las agrupaciones religiosas como titulares de la libertad de religión. En los siguientes párrafos nos referimos a ello y a los matices que tiene esta regla general.

5.1.1. Titularidad individual

El derecho de libertad religiosa y de conciencia es un derecho eminentemente subjetivo del que son titulares todas las personas naturales en virtud del principio de la supremacía de la dignidad humana. La persona humana es el punto de referencia primario del cual parte el reconocimiento al ejercicio colectivo de los respectivos derechos confesionales; así, los derechos fundamentales reconocidos a los sujetos colectivos “sólo tienen razón de ser en tanto que exigidos por el mejor desarrollo de la persona individual y la plena realización de su derecho de igualdad en la libertad”.²⁸ Esto no solo es una constatación jurídica sino que está enraizada en la dinámica histórica: el núcleo básico de las modernas libertades individuales ha tenido como su primera formulación a la libertad religiosa de la cual han derivado las demás, es por ello que se le denominó “la primera de las libertades”. Así pues, su construcción fue eminentemente individualista y en oposición a los poderes absolutistas y universales de la época, la Monarquía y el Papado.

La CADH señala en su artículo 1.2. que “persona es todo ser humano”. De tal definición solo cabe concluir que la libertad de religión pertenece a todo ser humano bajo jurisdicción de los Estados partes de la CADH.²⁹

26 Hervada Xiberta, J., *op. cit.*

27 Con excepción de la titularidad de derechos reconocida para los pueblos indígenas y tribales. Cfr: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párrs. 74 a 82.

28 Llamazares, D., *op. cit.*, p. 234.

29 CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, 22 de febrero de 1991, considerandos 1 y 2. CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso S. A. vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999, párr. 17.

En virtud del principio de no discriminación y de la definición de persona, la condición de ser extranjero no puede ser condición limitante para gozar de la libertad religiosa, más allá de que existan ciertos derechos fundamentales que no les hayan sido atribuidos en los ordenamientos nacionales o que les hayan sido especialmente limitados constitucionalmente.

5.1.2. Los menores de edad

Hay una atingencia a efectuar en el caso de los menores de edad. En la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y los derechos humanos del niño*, la Corte IDH manifestó que los niños “al igual que los adultos, poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”.³⁰ En esa misma opinión consultiva, la Corte IDH no se refirió a la libertad religiosa de los menores de edad, pero es precisamente aquella circunstancia uno de los condicionamientos naturales del menor titular de la libertad religiosa, ya que –como afirma Joaquín Mantecón– no podrá ejercerla plenamente como los adultos sino “hasta que alcance un nivel suficiente de autoconciencia, ya que el ejercicio de este derecho es personalísimo, e implica una decisión libre y consciente por parte del titular”.³¹

La propia CDN así lo dispone en los artículos 12,³² 13,³³ y especialmente en el 14.³⁴ Ahora bien, ¿cuándo se puede estimar que un menor de edad tiene la suficiente madurez intelectual y psicológica para autodeterminarse en asuntos religiosos? El asunto es de la mayor importancia si se consideran prácticas religiosas, como las de los Testigos de Jehová, en las que se rehúsan las transfusiones de sangre por motivos religiosos, aun para los menores de edad.³⁵

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 54.

31 Mantecón, J. “Confesiones religiosas y registro”, citado en Souto Galván, B. *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*. Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 123.

32 “Artículo 12. 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

33 “Artículo 13. 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) [p]ara el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) [p]ara la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

34 “Artículo 14. 1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

35 Al respecto, han sido numerosos los dramas de vida o muerte que han afrontado menores de edad Testigos de Jehová quienes han fallecido por rechazar transfusiones de sangre, o porque sus tutores o apoderados las han rechazado por ellos. En el primer caso, la cuestión es la edad en la que un niño es capaz de tomar una decisión tan trascendental para su sobrevivencia. En el segundo, la cuestión es si el derecho de los padres y tutores de educar con sus propias convicciones religiosas puede ser tal que se les ponga en riesgo de muerte o de convertirlos en mártires. Para el Fiscal General del Estado Español, Eduardo Torres-Dulce, son diversos supuestos los que han de analizarse y distintas las maneras de proceder: “1. El “menor maduro” se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables.- En ese caso, el médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al juez de guardia, directamente o a través del fiscal. 2. El “menor maduro” rechaza la transfusión y sus representantes legales también.- En este caso, el médico debe plantar el conflicto ante el juez de guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial, amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. 3. El “menor maduro” presta su consentimiento y sus representantes se oponen.- El médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro. 4. Los representantes del “menor no maduro” no consienten la intervención, gene-

Ello no se define en el orden interamericano, ni la legislación comparada arroja muchas luces al respecto,³⁶ siendo la Ley 16/2001 de 22 de junio de 2001 de Portugal –titulada “*Lei da Liberdade Religiosa*”–, una de las pocas –sino la única– que se pronuncia al respecto.³⁷ Tal innovación portuguesa tiene un precedente inmediato en el proyecto de ley de libertad religiosa italiano de 1997 denominado “*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*”, que contempla en el artículo 4 el derecho de los padres a educar a sus hijos según su propia fe “con respeto de su personalidad y sin perjuicio de su salud” y el derecho de los menores de 14 años a decidir autónomamente respecto a su propia opción religiosa.³⁸

Las relaciones entre las potestades paterno-filiales y la libertad religiosa de menores de edad, han generado una serie de importantes cuestiones que Martín Sánchez ha clasificado básicamente en tres, y que vale la pena reseñar aquí: 1. la conexión entre patria potestad y educación religiosa del menor, 2. la incidencia de los contrastes entre los titulares de la patria potestad en la educación de sus hijos menores y, finalmente, 3. los posibles conflictos entre la libertad religiosa del menor y la de quienes ejercen sobre él la patria potestad.³⁹ Sánchez indica que la jurisprudencia europea de derechos humanos ha contribuido a establecer algunas reglas para afrontar estas cuestiones. Por ejemplo, la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, ante un caso de contradicción sobre decisiones religiosas entre las adoptadas por los padres o apoderados que ejercen la patria potestad y la voluntad del menor, sostuvo que prevalece la libertad religiosa de este último si es que ha llegado al grado de madurez idóneo. Hasta que no sea así, se ‘imponen’ las elecciones religiosas de sus padres o apoderados en ejercicio de las facultades que la patria potestad les confieren, y una vez que el menor ha alcanzado la madurez, no podrá luego señalar que se ha violado su derecho de libertad religiosa.⁴⁰

5.1.3. Las personas privadas de la libertad

Refirámonos ahora a la situación de las personas privadas de la libertad que viven en condiciones de limitación de algunos derechos y en un régimen de seguridad.

La CADH no hace ninguna mención particular, el instrumento más completo y específico en la materia en el SIDH son los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas

rando grave riesgo para su vida o salud.- El médico debe plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal, pero en situaciones urgentes, el médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación. En todo caso, los fiscales deberán emitir sus dictámenes con carácter preferente y urgente y promover ante el juzgado de guardia un expediente de jurisdicción voluntaria”. Diario *El País*. “Los Testigos de Jehová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos”, 05 de octubre de 2012. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html (fecha de último acceso: 2017/07/01).

36 En el caso mexicano, la “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, promulgada el 13 de julio de 1992 establece que solo pueden ser miembros de Asociaciones Religiosas (en calidad de “asociados”) los ciudadanos mayores de edad lo que a nuestro juicio viola flagrantemente la libertad religiosa de los menores con discernimiento que deseen incorporarse activamente a una determinada organización.

37 Dicha ley establece en el artículo 11 que en cuanto a la educación religiosa de los menores: “[o]s pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes [...] Y que [...] Os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto”.

38 “Art. 4. (Figli minori). I genitori hanno diritto di istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, in coerenza con la propria fede religiosa o credenza, nel rispetto della loro personalità e senza pregiudizio della salute dei medesimi. Fermo restando quanto disposto dall’articolo 316 del codice civile, i minori, a partire dal quattordicesimo anno di età, possono compiere autonomamente le scelte pertinenti all’esercizio del diritto di libertà religiosa; in caso di contrasto fra i genitori decide il giudice competente, tenendo conto dell’interesse primario del minore”. *Vé*; para la problemática del menor en el derecho italiano, Lariccia, S. “I diritti delle minoranze religiose in Italia”, en Goti Ordeñana, J. (ed.) *Aspectos Socio- Jurídicos de las Sectas desde una Perspectiva Comparada*. The Öñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

39 Martín Sánchez, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza*. Comares, Granada, 2002, pp. 128 y ss.

40 Decisión 2525/67 en el caso *X vs. Islandia*, citado en: Martín Sánchez, I., *op. cit.*, p. 129.

de Libertad en las Américas”, cuyos artículos ya hemos reproducido secciones atrás. Dichos principios tienen fuerza interpretativa, y de acuerdo con su contenido, las personas privadas de su libertad tienen derecho a no ser discriminadas en el ejercicio de su religión al interior de los centros penitenciarios, a que se respete su identidad religiosa en la recepción de alimentos y del vestido proporcionados por las autoridades penitenciarias, y el derecho a participar en actividades religiosas.

La CIDH adoptó dicha resolución con miras a preparar la aprobación de una nueva declaración interamericana al respecto, constatando con preocupación la necesidad de identificar buenas prácticas de protección en las que incluyó la libertad de religión. La propia CIDH constató:

[...] la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas; así como la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias; y la situación de grave riesgo en que se encuentran los niños y niñas, las mujeres, y los adultos mayores reclusos en otras instituciones públicas y privadas, los migrantes, solicitantes de asilo o de refugio, apátridas y personas indocumentadas, y las personas privadas de libertad en el marco de los conflictos armados.

La limitación de la libertad personal que se aplica a través del internamiento en centros penitenciarios de los procesados o condenados por comisión de delitos, plantea una situación que justifica, más que en cualquier otra, la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito penitenciario, amén de la necesidad de resocialización del interno al que el factor religioso puede contribuir positivamente.

El derecho a recibir asistencia religiosa es una manifestación de la libertad religiosa de las personas internadas en centros penitenciarios, y es, en precisa definición de Manuel López Alarcón:

la acción del Estado para establecer las condiciones o infraestructura adecuada a fin de que puedan recibir asistencia espiritual directa de sus respectivas agrupaciones religiosas los ciudadanos que tienen disminuidas las posibilidades de recibirla por encontrarse internados en centros caracterizados por un régimen de especial sujeción.⁴¹

Su fundamento se encuentra en la necesidad de superar mediante medidas positivas y promocionales a cargo del Estado el particular menoscabo en el ejercicio del derecho de libertad religiosa que –como producto de estas circunstancias especiales– sufren las personas sometidas a ellas, así como a solucionar situaciones potencialmente discriminatorias en el goce del derecho a la libertad de culto.

La Corte IDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos de los menores de edad en centros penitenciarios. Al respecto, afirmó que:

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.⁴²

41 López Alarcón, M. “La Asistencia Religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, pp. 1159-1160.

42 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 154. En este párrafo, la Corte IDH cita a: Cfr. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 108. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 87. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 96. Cfr. ONU. *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y n.º 2076 (LXII) del 3 de mayo de 1977, párr. 57. Cfr. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 116. Artículo 5 del Protocolo de San Salvador.

La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.⁴³

Y es que, como veremos más adelante, la libertad de religión tiene tal intensidad axiológica para el desarrollo de la persona humana que la CADH no autoriza a suspender su ejercicio ni aun en situaciones de excepcional gravedad o urgencia, como indica su artículo 27. Con cuánta mayor razón no puede ser suspendida al interior de centros penitenciarios en los que desarrollan su vida multitud de personas de manera cotidiana.

5.1.4. ¿Titularidad colectiva?

Como hemos señalado párrafos arriba, la CADH no reconoce que las personas jurídicas sean titulares de los derechos enunciados, sin embargo la Corte IDH ha ‘matizado’ esta posición para evitar que ella se constituya en un obstáculo para el goce de los derechos humanos de las personas naturales que realizan sus derechos a través de personas jurídicas. En palabras de la Corte IDH:

[...] si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la CADH [...] esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.⁴⁴

5.1.4.1. Las agrupaciones religiosas

El criterio general citado de la Corte IDH, es, sin duda, aplicable al caso de las agrupaciones religiosas.⁴⁵ Los informes de la CIDH han sido abundantes en aludir a la situación del derecho de libertad religiosa de la Iglesia Católica Romana y de las iglesias no católicas en varios países con déficit democrático con lo que implícitamente les ha reconocido la titularidad de tal libertad.

La libertad de religión es una que esencialmente se ejerce de manera colectiva mediante la libertad de culto. En algunos países, los Estados han celebrado acuerdos de cooperación con ciertas agrupaciones religiosas no católicas, lo que ha supuesto reconocerles una importante relevancia para efectos de desarrollar sus derechos y su libertad religiosa en el espacio público. En dichos Estados, las agrupaciones religiosas son titulares del derecho de libertad religiosa en cuanto tales, y no en cuanto constituyen exteriorizaciones organizadas de los derechos individuales. Como afirma Prieto:

[...] la relevancia que a estas se reconoce, su específica disciplina normativa y su cualidad de sujetos de una relación de cooperación con el Estado se justifican precisamente por ser titulares del derecho fundamental de libertad religiosa; de un derecho que no es el resultado de la suma aritmética de los derechos de los individuos que componen la comunidad, sino que existe y puede ser actuado de modo independiente. La protección jurídica de la libertad religiosa de las comunidades tiene pues, una base constitucional, sin que para obtener dicha tutela sea preciso acudir a la vía indirecta de considerar vulnerados los derechos individuales de sus miembros.⁴⁶

43 Corte IDH. *Caso Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 155.

44 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 29.

45 Decimos aquí “agrupaciones religiosas” y no “confesiones religiosas” o “iglesias” dado que estas denominaciones corresponden a formas cristianas de organización de la vida religiosa colectiva. El término “confesión religiosa” no refleja la naturaleza diversa de las distintas agrupaciones religiosas existentes, pero, a pesar de ello, tanto en el derecho comparado como en la más ilustrada doctrina ha ganado aceptación puramente convencional, para designar a todo grupo religioso organizado con creencias, culto y ministerio propios. En sentido estricto, el término “confesión” alude histórica y sociológicamente a las agrupaciones religiosas herederas de la tradición protestante y no a las islámicas o judías.

46 Prieto Sanchis, L. “El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa”, en Ibán, I. y Prieto Sanchis, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987, p. 144.

5.1.4.2. Los pueblos indígenas y tribales

Las agrupaciones tradicionales religiosas no son los únicos entes colectivos cuyo ejercicio de la religión es materia de observación por el SIDH. Los pueblos indígenas y tribales han sido mencionados en numerosos informes de la CIDH en los que se analizan su libertad de religión y de creencia, así como en sendas sentencias de la Corte IDH.⁴⁷

La CIDH ha promovido la protección de la libertad de religión y de conciencia con base en las obligaciones que emanan de la DADDH, esto ha sido en aquellos casos suscitados en Estados que no han suscrito la CADH, o que habiéndolo hecho, no han ratificado ni aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. Entre estos casos se encuentran: *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, de 2002; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, de 2004; y el caso *Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, de 2009.

Por su lado, la Corte IDH ha desarrollado una vanguardista jurisprudencia sobre derechos de los pueblos indígenas y, en particular, sobre su derecho a la identidad cultural y religiosa. De acuerdo con dicha jurisprudencia será aplicable el artículo 12 para proteger las cosmovisiones y creencias indígenas con base en una acepción amplia del término 'religión'. Esta línea jurisprudencial es consistente con lo señalado por el Comité DHONU:

El artículo 18 [del PIDCP] protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante.⁴⁸

Más adelante, nos referiremos a los derechos espirituales y religiosos de los pueblos indígenas al tratar sobre el contenido de la libertad de religión según el inciso 2 del artículo 12 de la CADH. En esta sección, basta que tomemos nota sobre la titularidad colectiva que dichos pueblos ostentan para defender la libertad religiosa de sus integrantes, lo mismo que las agrupaciones religiosas.

5.2. La dimensión positiva de la libertad de religión: "[e]ste derecho implica la libertad de [...]"

Continuando con el análisis del inciso 1 del artículo 12 de la CADH, advertimos que dicho inciso describe el contenido de la dimensión positiva de la libertad de religión, a diferencia de su inciso 2, el cual es sobre la dimensión negativa de la misma.

El Estado tiene en general una estela de obligaciones positivas de respeto y adopción de disposiciones de derecho interno favorables a su ejercicio.⁴⁹ Entre dichas obligaciones positivas se encontrarán, por ejemplo, el adoptar políticas públicas y legislación que supere las brechas entre derechos reconocidos en la CADH y las leyes internas, incluyendo su operativización práctica. Esto bien puede significar la necesidad de adoptar leyes de libertad religiosa –o actualizar las existentes que no se conformen a los ideales de una sociedad democrática–, de modo que expliciten cuáles son las obligaciones de los ope-

47 Como es sabido, la CADH es deudora de su tiempo al no haber contemplado ninguna referencia sobre los pueblos indígenas ni al derecho a la identidad cultural en su texto. Sin embargo, bajo el enfoque del principio de no discriminación, de los derechos culturales y del derecho a la propiedad, tanto la CIDH como la Corte IDH han desarrollado un interesante *corpus* de estándares sobre el derecho a la libertad de religión y de creencia de los pueblos indígenas.

48 Comité DHONU. Observación General n.º 22, *El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión* (art. 18). CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de septiembre de 1993, párr. 2.

49 Ver los comentarios a los artículos 1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

radores jurídicos en cuanto a los derechos de personas y colectivos que representen creencias religiosas minoritarias en la sociedad.⁵⁰

Asimismo, en la gama de obligaciones positivas del Estado se encuentran el deber de realizar investigaciones y de juzgar la violación de un derecho determinado. En este punto existió un notable caso en Argentina informado por la CIDH, a propósito de la acción de grupos antisemitas y de algunas autoridades policiales en dicho país, que no habían merecido la debida investigación ni sanción:

La Comisión estima que si bien el antisemitismo que en algunas ocasiones se ha desatado en Argentina proviene de grupos fanáticos que se encuentran fuera de la responsabilidad gubernamental, *al Gobierno le corresponde hacer efectiva una política de control de la actividad de dichos grupos y promover el respeto a las minorías, de acuerdo con los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia.*⁵¹

Tiene, pues, el Estado obligaciones positivas a fin de proteger el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia, la cual contiene dos aspectos: la de tener creencias religiosas y la de manifestarlas.

La libertad de tener creencias religiosas puede admitir, a su vez, los siguientes aspectos: los derechos de adoptar, cambiar y abandonar creencias religiosas. A su vez, la libertad de manifestar creencias religiosas abarcaría una gama rica y diversa de concretizaciones: derechos de libertad de culto (relativos al rito), derechos de difusión religiosa, derechos de formación, educación y enseñanza religiosas, derechos de reunión y asociación con fines religiosos y los derechos de conciencia religiosa (relativos a los criterios éticos basados en la fe).

5.2.1. La libertad de tener religión

La CADH ha desarrollado el derecho a tener religión mediante diversas disposiciones: 1. la determinación del carácter no suspendible del artículo 12, aun en situaciones de estado de emergencia o excepción, conforme al artículo 27 de la CADH; 2. la prohibición de no devolución (*non-refoulement*) de una persona a otro país si existiera el riesgo de que fuera reprimida por su religión, conforme al artículo 22 de la CADH; y 3. la prohibición del discurso de odio religioso en el artículo 13 de la CADH. Estas disposiciones son una condena de la discriminación religiosa, y al respecto no pareciera que estemos ante conductas prohibidas que busquen amenazar o sancionar la práctica de una religión, sino el hecho mismo de tener creencias de naturaleza religiosa.

5.2.2. La libertad de manifestar la religión

Una dimensión importante de la libertad de manifestar la religión es la libertad de culto, cuyo objeto es la protección del fenómeno del rito (este es uno de los elementos más característicos y llamativos de la religión). En sentido amplio, el rito es “un acto simbólico a través del cual los creyentes tratan de comunicarse con los seres superiores, como la plegaria o el acto penitencial”,⁵² es decir, un lenguaje para comunicarse con lo divino que puede revestir diferentes modalidades: ritos de paso (que marcan hitos de la vida personal como el nacimiento, muerte, matrimonio, etc.), ritos de iniciación (que marcan el ingreso a una agrupación religiosa), ritos festivos (para celebrar acontecimientos o personajes sagrados), los ritos penitenciales (para atraer el perdón divino), y ritos impetratorios (para obtener favores divinos).⁵³

50 Así, por ejemplo, ver la legislación interna de los siguientes países: Argentina. Ley 21.745 “Registro Nacional de Cultos”, promulgada el 15 de febrero de 1978. Chile. Ley 19638 “Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas”, promulgada el 1 de octubre de 1999. Colombia. Ley 133 “Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos”, publicada en el Diario Oficial n.º 41.369, de 26 de mayo de 1994. México. “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 1992. Perú. Ley n.º 29635 “Ley de Libertad Religiosa”, publicada el 21 de diciembre de 2010.

51 CIDH. Informe de País Argentina, 1980, Capítulo X, párr. 4. (énfasis agregado) De manera similar y reciente, en un caso venezolano de antisemitismo, ver CIDH. Informe Anual 2008 - Capítulo IV Venezuela, párr. 367. (énfasis agregado)

52 Marzal, M. *Tierra Encantada, Tratado de Antropología Religiosa de América Latina*. Trotta-Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002, p. 28.

53 *Idem*.

Así, la libertad de culto es el derecho a practicar en las ceremonias, celebraciones, ritos que derivan de las creencias religiosas, y que puede ser practicado tanto individualmente como en forma colectiva, a través de la asociación o de la reunión.⁵⁴ Por tanto, esta dimensión de la libertad de religión se encuentra vinculada a los artículos 16 (libertad de asociación religiosa) y 22 (derecho de circulación y residencia).⁵⁵

Particularmente, la Corte IDH ha analizado esta dimensión de la libertad consagrada en el artículo 12 de la CADH en el marco de la identidad cultural y espiritual de los pueblos y comunidades indígenas. Los hechos analizados por la Corte IDH versan, principalmente, sobre graves violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los miembros de comunidades como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales o masacres, y sobre los efectos destructivos de actividades extractivas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

Tal y como se establece en la jurisprudencia que examinamos a continuación, la Corte IDH ha analizado los efectos que esas violaciones tienen en la celebración de ritos funerarios y en la posibilidad de acceder a las tierras sagradas, y ha brindado protección, paulatinamente, a la vida espiritual y cultural de los pueblos y comunidades indígenas en el marco del artículo 12 de la CADH.

En la sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, del 2000,⁵⁶ las creencias de las comunidades indígenas Maya de Guatemala fueron especialmente consideradas, al disponerse como reparación que los familiares sobrevivientes de la víctima (quien había sido torturada, asesinada y desaparecida), pudieran recibir sus restos para darle sepultura de acuerdo con los ritos de su cultura. En sus alegatos finales escritos, la CIDH había destacado la repercusión de no haberse dado sepultura digna a los restos mortales, “por la relevancia central que t[enía] en su cultura el vínculo activo que une a los vivos con los muertos”, pues la “falta de un lugar sagrado a dónde acudir para velar [...] constitu[ía] una preocupación profunda que brota[ba] de los testimonios de muchas comunidades mayas”.

La Corte IDH acogió dicho argumento, y en un voto de hondo contenido histórico y espiritual, el juez Cançado Trindade se extendió sobre cuatro reflexiones: 1. el respeto a los muertos en las personas de los vivos; 2. la unidad del género humano en los vínculos entre los vivos y los muertos; 3. los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos; y 4. la prevalencia del derecho a la verdad, en respeto a los muertos y a los vivos.⁵⁷

Posteriormente, la sentencia del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* fue la que –de acuerdo con el mismo juez Cançado Trindade– se adentró más en el concepto de identidad cultural y cosmovisión indígena, convirtiéndose en un caso emblemático o *leading case* en la materia.⁵⁸ En dicha sentencia, por primera vez, la Corte IDH avanzó en el concepto de que la relación de los pueblos indígenas con sus tierras no es meramente de propiedad o de posesión sino espiritual:

54 En la década de los 70, la CIDH se pronunció sobre un decreto del dictador Jorge Videla que prohibía las actividades de la agrupación religiosa Testigos de Jehová en la Argentina y la clausura de sus instalaciones. Dado que Argentina aún no había ratificado la CADH, la CIDH aplicó el artículo III de la DADDH sobre libertad religiosa, y declaró que la dictadura había violado el derecho de libertad religiosa y de culto, recomendando que se derogara el decreto y que cesara toda persecución contra dicha religión. Ver CIDH. *Caso Testigos de Jehová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de noviembre de 1978. Asimismo, en su Informe Anual de 1979-1980, la CIDH examinó el derecho a la adquisición de personalidad jurídica en Paraguay; nuevamente, fundamentando su decisión en la DADDH, llamó la atención a ese país por haberle retirado la personalidad jurídica a los Testigos de Jehová e impedir sus actividades. Ver CIDH. Informe Anual 1979-1980 - Capítulo V Paraguay, párr. 10.

55 Para mayor análisis sobre el contenido de estos artículos, ver los comentarios a cargo de Mujica (sobre la libertad de asociación), y de Uprimny y Sánchez (sobre el derecho de circulación y de residencia).

56 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

57 *Idem*. Voto separado del juez A. A. Cançado Trindade. En virtud de estos lazos entre vivos y muertos originados en la cultura Maya, la Corte IDH decidió ampliar la noción de “víctimas” a los familiares de la víctima asesinada, pues se constató que “la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos.” *Idem*.

58 Cançado Trindade, A. A. “The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-Ame-

[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. [...] Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, *sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*.⁵⁹

Sin embargo, es importante mencionar que allí se trató de una interpretación progresiva del artículo 21 de la CADH relativo al derecho a la propiedad, y no del artículo 12 sobre libertad de religión. A pesar de ello, subyace el vínculo especial e interdependiente entre la posesión de la tierra y la identidad cultural indígena, la cual finalmente es espiritual, por lo que las tierras puedan ser también –e inclusive mejor– protegidas alegando la vulneración del derecho a la libertad religiosa. Esta relación especial entre comunidades indígenas y sus territorios ha sido reafirmada con fuerza en sentencias posteriores de la Corte IDH,⁶⁰ así como en las decisiones e informes de la CIDH,⁶¹ las que han consolidado una tendencia jurisprudencial hacia la interpretación combinada del artículo sobre el derecho a la propiedad, con el de identidad cultural y el de libertad de religión.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* en 2004 se ventiló la aplicación directa del artículo 12 de la CADH. El Estado guatemalteco aceptó su responsabilidad internacional por la violación de varios artículos, incluido la libertad de conciencia y religión; la Corte IDH subrayó que dicha transgresión específica había consistido en que “la comunidad Plan de Sánchez sólo pudo realizar el entierro de algunos de sus familiares conforme a las ceremonias mayas, a sus creencias y religiosidad”,⁶² y –siguiendo su línea precedente–, señaló que los familiares de las 268 personas asesinadas tenían la calidad de “víctimas” debido a la angustia sufrida.

En el año siguiente, en la sentencia del caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*,⁶³ de manera destacable, el juez Cançado Trindade postuló las tesis del ‘daño espiritual’ y del ‘daño al proyecto de post-vida’ en los siguientes términos:

Me atrevería a conceptualizarlo como un daño espiritual, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos. El daño espiritual no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación. Aquí es donde se presenta la idea, por primera vez en la historia, a mi leal entender.

[...]

El [...] caso de la Comunidad Moiwana, a mi modo de ver, abarca aún más que el derecho emergente a un proyecto de vida. Unos años atrás, [l]a Corte sentó jurisprudencia al afirmar la existencia del daño al proyecto de vida. La interpretación general del caso tuvo en cuenta, sin embargo, a los vivos. En el presente caso, no obstante, puedo visualizar, en la pena de los

rican Court of Human Rights”, en Sienho, Y. y Morin J. (eds.), *Multiculturalism and international law*. Brill, Leiden, 2009, p. 485.

59 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 149. (énfasis agregado)

60 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

61 CIDH. *Caso Tim Coulter y otros vs. Brasil*, Caso n.º 7615, 5 de marzo de 1985. CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, Fondo, 27 de diciembre de 2002. CIDH. Informe n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Caso 12.053, Fondo, 12 de octubre 2004. CIDH. Informe n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Caso 592-07, Admisibilidad, 30 de octubre de 2009.

62 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párr. 42.30.

63 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

N'djukas de la aldea de Moiwana, la pretensión al derecho a un proyecto de post-vida, que tenga en cuenta los vivos en sus relaciones con los muertos, en conjunto. El Derecho Internacional en general y el Derecho Internacional de Derechos Humanos en particular no puede permanecer indiferente ante las manifestaciones espirituales del género humano, tales como las expresadas en las actuaciones iniciadas ante esta Corte en el presente Caso Comunidad Moiwana.

No existe razón sumamente poderosa para permanecer en el mundo exclusivamente de los vivos. En el *cas d'espèce*, me da la impresión que los N'djukas tienen derecho a apreciar su proyecto de post-vida, el encuentro de cada uno de ellos con sus antepasados, la relación armoniosa entre los vivos y los muertos. Su visión de vida y post-vida abraza valores fundamentales, largamente olvidados y perdidos por los hijos e hijas de las “revoluciones” industriales y comunicativas (u otras involuciones, desde la perspectiva espiritual).⁶⁴

Hennebel ha sugerido que en realidad se trata de honrar obligaciones hacia los muertos cumpliéndolas a través de los vivos, y señala que la sentencia de la Corte IDH en el caso de la *Comunidad Moiwana*:

[...] sugiere que el asunto concierne directamente el derecho de una persona muerta a gozar de una sepultura digna, aunque en la práctica, este derecho se vea materializado por el derecho de las familias a la verdad [...]. Si a la muerte de un individuo este deja de ser titular de derechos, no deja de ser cierto que sus restos mortales son jurídicamente protegidos. El respeto de los muertos es una obligación que se debe a los vivos.⁶⁵

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 2012,⁶⁶ ha subrayado la interdependencia entre el derecho a la propiedad comunal indígena y el derecho a la propia identidad cultural y religiosa, al destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que el Pueblo Sarayaku mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su “selva viviente” (*Kawsak Sacha*) y la relación íntima entre esta y sus miembros, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

En el caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, también de 2012, la Corte IDH declaró la violación del artículo 5 de la CADH con relación al artículo 12 de la CADH, al hacer una relación entre el deterioro de la vida cultural y espiritual de los miembros de la Comunidad y las afectaciones a su integridad personal.⁶⁷

El caso versó sobre la destrucción de la Comunidad Maya de Río Negro, mediante una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982, así como la persecución y eliminación de sus miembros, y las posteriores violaciones en contra de los sobrevivientes. De acuerdo con la Corte IDH, el deterioro a la vida cultural y espiritual de la Comunidad había sido por “la imposibilidad de enterrar a sus muertos según sus creencias, [...] la pérdida de guías espirituales y lugares sagrados, así como por los deterioros en su estructura familiar y social.”⁶⁸

En la sentencia, la Corte IDH da cuenta de la importancia de los rituales de despedida de los muertos y del acceso a los sitios sagrados en la cultura Maya.⁶⁹ Al hacer el análisis jurídico respectivo, la Corte IDH recordó, que de acuerdo con su jurisprudencia constante, si bien la CADH no contempla explícitamente el ‘derecho de enterrar a los muertos’, este tema se ha abordado:

64 *Ibidem*, párrs. 68-69.

65 Hennebel, L. “La protection de l'intégrité spirituelle des indigènes: réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 17^e année, n° 66, 1^{er} avril 2006.

66 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

67 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 165, punto resolutivo 4.

68 *Ibidem*, párr. 153.

69 *Ibidem*, párr. 158. Ver el peritaje rendido por Rosalina Tuyuk durante la audiencia pública en los párrafos. 156 y 158 de la sentencia.

[...] *no como un derecho sustantivo sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de otro derecho que sí [se encuentra] previsto en la CADH.* Así, por ejemplo, [...] ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, estos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura [y que en otros casos] se había referido a la imposibilidad de enterrar a los muertos como un hecho que incrementa el sufrimiento y angustia de los familiares, lo cual pod[ía] ser considerado en las reparaciones para determinar un monto como indemnización inmaterial a favor de ellos.⁷⁰

Señaló que en el caso bajo estudio:

[...] Por un lado [los miembros de la Comunidad de Río Negro] no [habían] p[odido] realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no ha[bía] localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas supuestamente ejecutadas durante las masacres, y a que 17 personas se enc[ontraban] desaparecidas forzosamente. Pero, por otro lado, tampoco p[odían] realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se enc[ontraban] inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy. [...] [L]a relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad [...] o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática [...], como la de Guatemala.⁷¹

Por último, se refirió a las malas condiciones de vida que padecían los sobrevivientes de las masacres, así como su estado general de abandono lo que generaba sufrimientos “que necesariamente afecta[ba]n la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad [...]”.⁷² En atención a todo ello, la Corte IDH consideró que Guatemala había violado el artículo 5.1. de la CADH en relación con los artículos 12.1. y 1.1. del mismo instrumento.

5.2.3. El derecho de igualdad religiosa

Las obligaciones positivas del Estado deben ser entendidas también como un deber de adoptar políticas y disposiciones, que permitan gozar de la libertad religiosa sin discriminación, y en igualdad de condiciones a ciertas categorías de personas discriminadas y de especial vulnerabilidad, como son las mujeres, las minorías religiosas, los menores de edad, los pueblos indígenas, los discapacitados, etc. Ello nos remite al principio de no discriminación y al de la igualdad, que aplicados al campo religioso se denominaría la igualdad religiosa para dar cuenta del goce igualitario de la libertad de religión.⁷³

70 *Ibidem*, párr. 155. (énfasis agregado) En este párrafo, la Corte IDH cita los siguientes casos: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 232. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 291. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 87. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párrs. 226 y 292.

71 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 160. En la nota al pie 249 en este párrafo, la Corte IDH cita los siguientes casos y fuentes: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 135. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 261. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 213. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (n.º 169) de la OIT, considerando quinto. En la nota al pie 250 en este párrafo la Corte IDH cita el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 217, y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, sobre la cual señala que ha sido “ampliamente aceptada al haber sido adoptada en el órgano respectivo con la firma de 143 Estados (incluido Guatemala), contempla el derecho de estos Pueblos a determinar libremente su condición política, a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, a participar en la adopción de las decisiones que les afecten, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (arts. 3, 4, 5, 18, 19, 20, 23, 32, 33 y 34)”.

72 *Ibidem*. (nota al pie omitida)

73 Al respecto, la CIDH ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre la no discriminación por causas religiosas y el derecho a la igualdad. En la gran mayoría de los casos en los que se examina el artículo 12 de la CADH por la CIDH, se observa una preocupación central por esta dimensión. Ver CIDH. Informe de País Cuba, 1983. CIDH. *Caso Testigos de Jehová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de noviembre de 1978. Por citar solo algunos ejemplos.

6. Inciso 2: La dimensión negativa de la libertad de conciencia y de religión

Aparte de la función positiva del derecho, descrita hasta ahora, la libertad de conciencia y de religión tiene, naturalmente, también su vertiente clásica “negativa”; es decir la de proteger al titular contra las injerencias indebidas a esta libertad por parte del Estado o de particulares (en la medida en la que aplique el efecto horizontal de los derechos humanos).

Así por ejemplo, la CIDH ha objetado a Cuba la observancia de la libertad de religión reconocida en la DADDH,⁷⁴ debido a la nacionalización de las escuelas privadas en 1961 que supuso la eliminación de la educación religiosa, la supresión de feriados religiosos y la organización de actividades deportivas y clases de adoctrinamiento durante los domingos que obstaculizaban la asistencia a los oficios religiosos, que se prohibieran las procesiones religiosas, que la hostilidad gubernamental haya provocado un éxodo de personas fuera del país, lo que disminuyera notablemente la feligresía de la comunidad judía a una décima parte, que cesara el funcionamiento de iglesias por la falta de personal religioso debido a restricciones gubernamentales, que se aprobara el adiestramiento militar obligatorio sin permitir objeciones de conciencia, etc.⁷⁵

Aunque generalmente se considera que los movimientos teológicos y éticos del *forum* interno no son susceptibles de afectación externa, pensamos que en casos extremos ello podría suceder cuando, por ejemplo, se pretende afectar la psiquis humana con la finalidad de inducir a determinado pensamiento o creencia religiosa, o bien cuando siendo inexistente la práctica religiosa (por temor fundado a ser eliminados), las personas son acosadas y perseguidas meramente por el hecho de saberse que detentan una creencia religiosa determinada. En estos casos, no se trata de una represión a la exteriorización de la creencia sino algo más grave: de una inducción no solicitada a tener determinadas creencias. Este aspecto de la inmunidad de coacción es desarrollado en los siguientes párrafos.

6.1. El derecho a la libre formación de la conciencia

En un interesante trabajo, Isidoro Martín Sánchez ha planteado que el derecho a la libre formación de la conciencia es un derecho derivado del derecho a la libertad de conciencia.⁷⁶ Mediante esta formulación se busca proteger no solo la libre tenencia de creencias religiosas y no religiosas, sino el proceso mismo de maduración espiritual anterior a la elección de dichas creencias, es decir: la libertad interna. Dicho autor señala que el *forum internum* de la persona es protegido mediante el reconocimiento de esta libertad, la cual, a su vez, es directa expresión de la libertad de conciencia en su aspecto interno.

Tal protección estaría implícita en el PIDCP, el cual manifiesta que “nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las convicciones de su elección”, así como en otras normas jurídicas internacionales, tal como lo interpreta y sostiene el autor citado,⁷⁷ entre ellas el artículo 12 de la CADH.

Por su parte, el anterior juez de la Corte IDH, de Roux Rengifo, señala que:

El artículo 12 de la Convención contempla varias hipótesis de violación del derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre las cuales se cuenta la que consiste en impedir que alguien cambie de creencias religiosas. Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado

74 CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, párr. 32.

75 *Ibidem*, párrs. 18-26.

76 Martín Sánchez, I. “El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional”. Ponencia presentada al Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, PUCP, Lima, 2000, pp. 35 y ss.

77 *Ibidem*, pp. 38-41.

y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.⁷⁸

6.2. El derecho a la objeción de conciencia

Algunas veces, las creencias y convicciones éticas de una persona entran en colisión con mandatos y deberes jurídicos, lo que plantea un conflicto de valores e intereses que al derecho interesa resolver. Tales situaciones son las que constituyen supuestos de objeción de conciencia.

En cuanto a la estructura esencial de toda conducta que reclame constituirse en objeción de conciencia, nos interesa citar aquí la definición doctrinal que Joaquín Navarro Valls y Rafael Palomino dan de ella:

[...] toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas–, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético.⁷⁹

La CADH menciona el derecho a la objeción de conciencia de manera no muy sistemática. Así, señala en el artículo 6 (prohibición de la esclavitud y de servidumbre): “3. [n]o constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: [...] b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél”.

En el caso 12.219 contra Chile, la CIDH tuvo ocasión de pronunciarse en torno a este tema.⁸⁰ Se trató del caso de tres jóvenes chilenos, quienes al haber cumplido los 18 años de edad expresaron su total y completa objeción de conciencia al servicio militar. Los peticionantes alegaron que se había vulnerado su libertad de conciencia al no respetarse sus creencias sobre cómo debían ellos determinar sus propios planes de vida.⁸¹ La CIDH elaboró un muy extenso y prolijo análisis de la jurisprudencia internacional sobre la objeción de conciencia,⁸² y sostuvo que la jurisprudencia internacional de derechos humanos restringía el derecho a la objeción de conciencia a los casos en que los países los hubieran establecido previamente en su legislación interna, por tanto, decidió que no había violación de la libertad de conciencia de los peticionantes.

La CIDH señaló que si bien el término “objeción de conciencia” no se encontraba explícito en la CADH, la expresión “exención por razones de conciencia” podía considerarse un sinónimo. La CIDH argumentó que el artículo 6.3.b. de la CADH debía leerse conjuntamente con el artículo 12 del mismo instrumento, por lo que en el orden interamericano la objeción de conciencia estaba sometida a la legislación nacional previa. En este punto, la CIDH añadió que el artículo 6.3.b. de la CADH implícitamente reconocía que la objeción de conciencia pudiera ser reconocida por algunos países y por otros

78 Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. FRC. 2001. Voto razonado.

79 Navarro Valls, R. y Palomino, R. “Las objeciones de conciencia”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, p. 1095.

80 CIDH. Informe n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, Caso 12.219, Fondo, 10 de marzo de 2005.

81 Sobre exención por razones de conciencia del servicio militar, ver el comentario al artículo 6 (prohibición de la esclavitud y de servidumbre) a cargo de Andreu.

82 CIDH. Informe n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, Caso 12.219, Fondo, 10 de marzo de 2005, párrs. 38-83.

no. Toda vez que Chile negaba la existencia del derecho a la objeción de conciencia en su legislación, y que su ejercicio amenazaba la seguridad pública del país –el cual era un límite legítimo convencional para restringir la libertad de conciencia del artículo 12 convencional–, la CIDH concluyó que no podía dejar de reenviar la solución del caso a lo que el propio Estado decidiera sobre la petición de los jóvenes objetores.⁸³

Este es uno de los casos realmente paradigmáticos del SIDH en torno al artículo 12 de la CADH, y no sería extraño que en el futuro veamos una sentencia de la misma Corte IDH pronunciándose sobre el tema, ya que en las últimas décadas se ha visto un ‘renacimiento’ de la objeción de conciencia por múltiples motivos religiosos.

7. Inciso 3: Las limitaciones de la libertad de conciencia y de religión

El deber de convivencia armoniosa entre los miembros de una sociedad conlleva a que se establezcan mutuamente restricciones en orden a que todos puedan gozar igualmente de sus derechos. Si bien la DADDH no menciona explícitamente cuáles serían los límites de la libertad religiosa, ello no quiere decir que para los países que no sean parte de la CADH, o que no hayan aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, dichos límites sean inexistentes. Estos límites se encuentran implícitos en el artículo XXIX de la DADDH (instrumento supervisado por la CIDH), que señala: “[t]oda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”.

Por su parte, la CADH sí establece límites, los cuales no se aplican al derecho de tener o adoptar una religión –perteneciente al ámbito interno de la persona–, pero sí al derecho de manifestarla o exteriorizarla. Así el inciso 3 del artículo 12 establece lo siguiente: “[l]a libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

Por tanto, las limitaciones a la libertad de conciencia y de religión deben ser legales y legítimas, a continuación examinaremos ambas condiciones.

7.1. Legalidad de las limitaciones permitidas en el artículo 12 de la CADH

Las limitaciones deberán respetar el principio de legalidad, esto es, deben haber sido previstas en la “ley”, y deben ser “necesarias”.⁸⁴ En particular, la CADH supedita la legalidad de la determinación a las nociones autónomas,⁸⁵ de “ley” y de “necesidad en una sociedad democrática”. Así, para el caso de restricciones establecidas por “ley” al ejercicio de derechos humanos.

En su opinión sobre la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁸⁶ la Corte IDH realizó precisiones muy importantes por lo que vale la pena detenernos en esta opinión:

83 *Ibidem*, párr. 100.

84 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985, párr. 67.

85 “El significado del vocablo leyes ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de un Estado Parte”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 19.

86 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.* El artículo 30 (alcance de las restricciones) de la CADH señala lo siguiente: “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

[...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la CADH], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.⁸⁷

Se trata, entonces, de leyes cuya jerarquía supone requisitos exigentes de aprobación que sirvan para disminuir la injerencia de la voluntad de los poderes públicos en las libertades:

[...] La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30 [de la CADH], no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.⁸⁸

Por tanto, para que la limitación impuesta al ejercicio de la libertad de religión cumpla con el estándar interamericano *debe haber sido prevista por una norma jurídica aprobada por el Poder Legislativo, pero además, debe haber sido democráticamente aprobada por dicho Poder para que sea no solo legal sino también legítima*:

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. [...] En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.⁸⁹

La Corte IDH concluyó definiendo la noción de “leyes”:

[...] la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.⁹⁰

En este punto, debemos efectuar la siguiente distinción: la opinión de la Corte IDH sobre la noción de “ley” que aquí presentamos se construyó específicamente sobre el artículo 30 de la CADH que, entre otras finalidades, busca restringir la actividad del Estado a la hora de limitar las libertades personales. La Corte IDH procede entonces a analizar el propósito del artículo 30 y elaborar su noción de “ley” en ese marco específico. Pero aquí hemos recogido dicha elaboración para aplicarla también a la fórmula del artículo 12, pues la propia Corte IDH indica que los criterios del artículo 30 son aplicables a casos como el de la libertad de conciencia y de religión:

No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las

87 *Ibidem*, párr. 26.

88 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 27.

89 *Ibidem*, párr. 32.

90 *Ibidem*, párr. 38. A propósito de un caso nacional en el que una ley declaraba ilegal y punible oponer las creencias religiosas “a la revolución”, la CIDH estableció lo siguiente: “[...] se presentan nuevamente en este artículo expresiones ambiguas que impiden que el mismo funcione como garantía adecuada del derecho proclamado. Así, considerar “ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución” es dejar a los cuerpos políticos la tarea de interpretar los alcances legales de eventuales creencias o acciones opuestas “a la Revolución”. CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, párr. 5.

condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.⁹¹

Esto nos conduce a otro tema: sobre si las restricciones enumeradas en el artículo 12 de la CADH son las únicas que se pueden aplicar a la libertad de conciencia y de religión, o si podrían aplicarse otras. Este planteamiento es válido toda vez que, en principio, el hecho de que ciertos límites estén enumerados en un artículo no significa que sean los únicos posibles. En primer lugar, porque la CADH es un sistema y no un simple agregado de normas inconexas y autosuficientes, por lo cual su contenido debe ser interpretado sistemáticamente como un todo, aunado a que si bien es cierto que cada derecho enunciado en la CADH tiene autonomía normativa, ello no implica que esté desligado de los principios o reglas generales aplicables a toda la CADH. En segundo lugar, porque una enumeración bien puede ser cerrada o abierta, o cumplir una función pedagógica sin pretender ser taxativa.

En el caso del artículo 12 de la CADH es posible inferir que sus límites son los establecidos “únicamente” mediante ley (esto es, por los ordenamientos jurídicos nacionales), remitiéndonos así a los límites que provengan de los consensos alcanzados democráticamente en cada país. Por tanto, si bien el artículo 32.2. de la CADH hubiera podido introducir una limitación adicional (el “bien común”), esto no es posible en el caso de la libertad de conciencia y de religión.⁹² *Mutatis mutandis*, a propósito de la libertad de expresión, la Corte IDH ha sostenido que:

[...] es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2. sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, *sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado*. El artículo 32.2. contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.⁹³

Y con relación a posibles restricciones adicionales que podrían surgir del artículo 30, la Corte IDH ha señalado que:

El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.⁹⁴

Por tanto, las únicas limitaciones a la libertad de religión son las enumeradas taxativamente en el artículo 12 de la CADH, las que deben ser aplicadas mediante una ley que sea necesaria en una sociedad democrática; esta segunda condición se examina a continuación.

7.2. Legitimidad de las limitaciones

El test para juzgar si una restricción a dicha libertad es legítima, primero pasará por un análisis de legalidad y luego por uno de legitimidad. En cuanto al primero, como ya hemos establecido, se trata de analizar si la norma restrictiva cumple los estándares de ser general, orientada al bien común, producida por un Poder Legislativo democrático, y elaborada respetando la Constitución. En

91 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 17.

92 El artículo 32 titulado correlación entre derechos y deberes –perteneciente al capítulo V de la CADH “Deberes de las personas”–, señala lo siguiente: “1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

93 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 65. (énfasis agregado)

94 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 17.

cuanto al segundo, la legitimidad consiste en si dicha ley es necesaria en una sociedad democrática,⁹⁵ y además proporcional a los fines que persigue, esto es, que aplicándose una debida ponderación se demuestre que el sacrificio de la libertad en cuestión esté en apropiada relación con el fin público perseguido para evitar que este se haya esgrimido solo como pretexto para restringir a la primera. Por tanto, al analizar las limitaciones impuestas el juzgador deberá establecer su legitimidad de acuerdo con la técnica de la ponderación y con un riguroso test.⁹⁶

La expresión “necesaria en una sociedad democrática” se introduce en otros artículos de la CADH y no en el artículo sobre libertad de religión, en el que se dice solamente “necesaria” (a diferencia de la CEDH en que sí aparece en su artículo 9 sobre libertad religiosa), pero esta diferencia en la terminología:

[...] pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda “excluir otros derechos y garantías [...] que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.⁹⁷

Existiendo entonces el mismo sentido teleológico en ambas Convenciones la noción de “necesidad en una sociedad democrática” se erige en otro condicionamiento de la actividad legislativa del Estado al momento de restringir la libertad de religión.

La restricción a la libertad religiosa deberá ser legal, legítima, y por ello proporcional y necesaria en una sociedad democrática, además también debe perseguir un fin legítimo. En el caso de la libertad religiosa, los fines legítimos están enunciados como la seguridad, salud y moral públicas así como los derechos o libertades de los demás. Pero no basta su aplicación mecánica, sino que estos conceptos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la CADH. Veamos en qué consisten.

7.2.1. La seguridad pública

Nadie puede manifestar libremente la propia religión si ello amenaza la seguridad pública. La seguridad pública de que aquí se trata es la centrada en la protección de personas y bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, en el ámbito de actuación de las fuerzas de seguridad ante actos de violencia, calamidades, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y el orden, etc. Una causal de amenaza o atentado contra la seguridad pública debe verificarse cuando el peligro aparezca como probado y grave, y no con base en especulaciones, hipótesis o posibilidades pues en tal caso se convertiría en una restricción ilegítima.

7.2.2. La salud pública

El ejercicio de la libertad religiosa no puede llegar al punto de poner en peligro o perjudicar la salud pública. Adviértase que se trata de la salud pública y no de la privada. En nuestra opinión, no cabría alegar esta limitación convencional para el caso de personas que por razones de conciencia religiosa

95 Entendiendo por “necesaria” aquella medida que implique la “existencia de una necesidad social imperiosa necesariamente que sea “inevitable”, como afirma la Corte IDH. *Ibidem*, párr. 46.

96 Al respecto, es oportuno hacer referencia a una observación crítica hecha por la jurista española Zoila Combalía sobre los prejuicios existentes en los ‘operadores’ del derecho de su país al aplicar las restricciones a la libertad de religión: “[...] da la impresión de que la libertad de conciencia es el bien jurídico que siempre debe ceder y únicamente cuando no vulnere ningún otro merece la protección del Derecho. Este planteamiento es, a mi modo de ver, poco sensible para con la tutela de las libertades”. Combalía, Z. “Los límites del derecho de libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, p. 493. Lo planteado por Zoila Combalía se origina en factores culturales –que no toca aquí explicar–, así como en el desconocimiento del test convencional que se aplica para determinar si una limitación estatal al derecho de libertad religiosa fue legítima o no.

97 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 44.

se rehúsan a recibir transfusiones de sangre y con ello ponen en riesgo su propia integridad y salud.⁹⁸ Cuando se trata de que la afectada sea la salud individual, los poderes públicos deben procurar no caer en la tentación de apelar al argumento de la “salud pública” para justificar restricciones a prácticas religiosas que únicamente afectan la salud privada del objetor. Cuando esto sucede, se incurre en un abuso contra la libertad religiosa del paciente. Por supuesto, ello no significa que se trate de cualquier salud privada, sino de la propia salud privada y no la de terceros. Y sobre todo, no se deberá proteger la libertad religiosa en grave sacrificio de la salud si es que dicho tercero es un incapaz o un menor de edad sujeto a patria potestad. En tales casos, la protección de la salud sería preferible a la protección de la libertad religiosa, pues nadie tiene derecho a imponer el martirio a los demás, y menos a quienes no pueden manifestar su voluntad de manera consciente o totalmente madura y plena.

Finalmente, cuando la observancia de una creencia religiosa planteara peligros para la salud pública –como poder originar una epidemia– se prefiere como prioridad a la salud, e inclusive dicha ponderación puede llevar a que la agrupación religiosa que promueve la creencia que es lesiva a la salud pública no sea inscrita en el registro oficial de entidades religiosas.⁹⁹

7.2.3. El orden público

La introducción del “orden público” como límite de la libertad religiosa data ya de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789, cuyo artículo 10 afirmaba que “nadie debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley”. Se trata de un concepto jurídico que puede asirse conceptualmente solo en referencia directa a determinadas circunstancias político-sociales, por lo que según ellas, ha sido interpretado de múltiples maneras: ora en clave democrática, ora en clave autoritaria y dictatorial.

El concepto de “orden público” mencionado por la CADH es una noción autónoma que pertenece al ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, que no puede ni debe ser entendida desde la determinación hecha por legisladores o jueces nacionales. Siendo que es a la Corte IDH a quien corresponde velar por el cumplimiento de la CADH, constituiría una transgresión de dicho mandato conferido por los Estados que sean estos, y no aquella, los que tengan la potestad de definir el alcance del concepto de “orden público” establecido en la misma CADH. La noción interamericana de orden público no es, pues, asimilable a las nociones de derecho privado o público de los derechos nacionales (orden público, orden interno, orden de la calle u orden policial). Como afirma la Corte IDH:

[...] una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público.¹⁰⁰

7.2.4. La moral pública

Si bien la moral pública pudo haber sido entendida en el pasado desde una concepción religiosa, contemporáneamente tal acepción no puede mantenerse en virtud del reconocimiento de la libertad e igualdad religiosas. Esta afirmación no modifica, sin embargo, la indeterminación del concepto de moral pública, ya que esta no es inmutable, sino variable de lugar en lugar y de época en época, *por lo que su interpretación debe rodearse de las garantías necesarias para evitar limitaciones injustificadas*. La moral pública, que califica como límite de la libertad religiosa, es aquella que constituye el

98 Ver *supra* el análisis del inciso 5.2.1. sobre los menores de edad pertenecientes a los Testigos de Jehová que deben recibir transfusiones sanguíneas para, inclusive, salvar su vida.

99 En España se suscitó un caso en virtud del cual la Administración se negó a inscribir a la Iglesia de la Cienciología, pues esta apartaba a sus seguidores de tomar asistencia médica, induciéndolos a tomar terapias realizadas por personas sin certificación profesional, lo que se consideró una afectación negativa de la salud pública. Dado que se violaba dicho límite constitucional se negó la inscripción a esa Iglesia.

100 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 64.

elemento ético mínimo del sistema jurídico, así como común de la vida social (por ello es “pública”). El Comité DHONU ha declarado al respecto que: el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición.¹⁰¹

Adicionalmente, el relator de la ONU para la libertad de expresión ha señalado que:

[...] si bien las morales públicas pueden ser muy diferentes y dependen en gran medida del contexto nacional, incluidos sus aspectos culturales, lo que implica dejar a los Estados un margen de valoración al respecto, las restricciones a la libertad de expresión bajo el criterio de la moral pública no deberían aplicarse de modo que fomenten el prejuicio y la intolerancia. Además, reconoce la importancia de proteger la libertad de expresión de opiniones minoritarias, incluidas las opiniones que podrían ser ofensivas o molestas para la mayoría.¹⁰²

7.2.5. Los derechos de los demás

Los límites a la libertad de religión consistentes en el respeto de otros derechos o valores legítimos, nos plantea la necesidad de recordar que no existe una jerarquía rígida de derechos humanos preestablecida por la CADH, ya que dichos derechos tienen carácter interdependiente e indivisible. En cada situación particular se deberá decidir un eventual conflicto efectuando una ponderación con base en ciertos criterios que no nos corresponde desarrollar aquí en detalle, pero que como es sabido, tienen que ver con: 1. la intangibilidad del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual no puede en ningún caso verse afectado por tal ponderación, 2. la exigencia de justificación de la limitación del derecho, lo que se relaciona con la razonabilidad de la limitación, y 3. la debida proporcionalidad al hacerlo.¹⁰³ Los resultados de la ponderación no pueden ser aplicados a toda circunstancia en abstracto, sino que siempre se tratará de decidir en cada caso particular cuál de los bienes en conflicto resulta más necesario, relevante o justificado que sea preservado. La cuestión aquí no reside en cuál de los dos bienes resulta anulado, sino cuál de los dos coadyuva mejor a la preservación esencial del bien constitucional.

7.2.6. Inderogabilidad de la libertad de conciencia y de religión aun en estados de excepción

El artículo 27 de la CADH menciona que existen circunstancias excepcionales como lo son la guerra, el peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, en las que se pueden suspender las libertades y garantías de la CADH. Sin embargo, el inciso 2 del mismo artículo señala expresamente que la libertad de conciencia y de religión forma parte del ‘núcleo duro de derechos’, cuya suspensión no se autoriza en situaciones excepcionales, ni de las garantías judiciales que existen para defender esta libertad.¹⁰⁴

101 Comité DHONU. Observación General n.º 22, *op. cit.*, párr. 8.

102 ONU. Informe del Relator para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, de 14 de diciembre de 1994, párr. 55.

103 Proporcionalidad que a su vez se descompone en otros cuatro elementos. “Primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es, la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho”. ONU. Informe del Relator para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, de 14 de diciembre de 1994, p. 78.

104 Para mayor información sobre los derechos inderogables, ver la sección correspondiente del comentario al artículo 27 (suspensión de garantías) a cargo de Rodríguez.

8. Inciso 4: Derecho de los padres a educar religiosa y moralmente a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones

8.1. Antecedentes

A diferencia de los tres primeros incisos del artículo 12 de la CADH, el cuarto inciso relativo al derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones, no estaba incluido en la primera versión del proyecto de CADH discutido en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, en San José, en 1969. Este hecho motivó a que el Gobierno de Chile apuntara a dicha omisión, y señalara que había consenso para que también el futuro tratado regional incluyera esa disposición —en el entonces artículo 11 del proyecto—, toda vez que el PIDCP ya lo hacía.¹⁰⁵

Una vez que se puso a consideración el texto del artículo con la adición, fue el Gobierno de México el que puso reparos. Antes de la lectura del texto, México se adelantó a recordar una reserva puesta de manifiesto con anterioridad, en la que señalaba que no podría aprobar ningún artículo convencional que fuera en contra de su propia Constitución,¹⁰⁶ en obvia referencia a la educación religiosa, ya que en México la escuela es laica. Puestos a votación cada uno de los cuatro incisos, los tres primeros fueron aprobados con facilidad. Al leerse el cuarto, varias delegaciones solicitaron el uso de la palabra.

El Delegado de Chile propuso el derecho a que los hijos reciban educación moral y religiosa de acuerdo con sus convicciones. El Delegado de Colombia discrepó, pues eso obligaría a que el Estado pagara dicha educación, el Delegado de Honduras manifestó preocupación por las repercusiones políticas de dicho inciso, y el Presidente de la sesión lo defendió señalando que solamente los países totalitarios no reconocían tal derecho. Finalmente, el texto del artículo 12 de la CADH con sus cuatro incisos se aprobó, y el informe final de los trabajos preparatorios dio testimonio de que:

[e]n cuanto al derecho a la libertad de conciencia y religión, consagrado en este artículo, no hubo mayores discusiones de fondo, concretándose el debate, casi en su totalidad, a la incorporación de un cuarto párrafo que consagrara el derecho de los padres y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.¹⁰⁷

8.2. Aplicación

En cuanto al derecho de educar a los hijos en la propia concepción religiosa, la CIDH ha observado que, por ejemplo, Cuba haya prohibido el acceso de las iglesias y erradicado la instrucción religiosa en el sistema educativo, con lo que se violó la libertad de religión reconocida en la DADDH.¹⁰⁸ En el mismo caso, la CIDH censuró que la nacionalización de las escuelas privadas en 1961 haya supuesto la eliminación de la educación religiosa; que la supresión de feriados religiosos y la organización de actividades deportivas y que las clases de adoctrinamiento político durante los domingos hayan buscado obstaculizar la asistencia a los oficios religiosos, y que existiese hostilidad contra los Adventistas del Séptimo Día por no trabajar o no enviar a sus hijos a estudiar los días sábados.

105 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (fecha de último acceso: 2017/06/25), observaciones del Gobierno de Chile, p. 39.

106 *Ibidem*, p. 211.

107 *Ibidem*. Informe del Relator de la Comisión I, p. 298. México haría una última declaración al aprobarse el artículo 12 de la CADH: “[l]a delegación de México emite su voto aprobatorio por estimar que el texto no contraría las disposiciones de la Constitución, las que se refieren a limitar el culto público al interior de los templos, que están bajo la vigilancia de las autoridades, así como está sometida la disciplina externa en materia religiosa”. Acta de la Segunda sesión Plenaria (resumida), p. 444. Con dicha declaración —que escondía en realidad una reserva interpretativa al artículo 12—, el texto quedaría definitivamente fijado.

108 CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, párr. 32.

En el derecho comparado, el TEDH ha resuelto casos en los que los padres de un menor se enfrentan por cuestiones educativas –dado el cambio de religión de uno de ellos– por la custodia de los hijos, deduciendo tres principios para resolver el caso: 1. el de continuidad, según el cual no es razonable cambiar la orientación religiosa o ideológica en la que el menor está siendo educado si no existe una justificación para ello;¹⁰⁹ 2. el de tutela de la salud del menor, por el que se prohíbe la modificación de la formación religiosa del menor cuando esta pueda acarrear peligro para su salud o su desarrollo armónico;¹¹⁰ y, finalmente, 3. el de respeto a la voluntad del menor, cuando este ya tiene un suficiente grado de madurez.¹¹¹

9. Conclusión

La libertad de conciencia y de religión del artículo 12 de la CADH ha tenido un desarrollo jurisprudencial modesto, expresado básicamente en cuatro sentencias de la Corte IDH: “*Última Tentación de Cristo*”, *Moiwana*, *Masacre Plan de Sánchez* y *Masacres de Río Negro*. En dos de estas sentencias se vincula dicha libertad de manera indirecta a través del derecho indígena a la identidad cultural; en otra se hace referencia directa a ella, pero sin aportar grandes desarrollos conceptuales; y en otra más se determina su violación por el detrimento a la vida espiritual y cultural de una comunidad indígena con relación a las afectaciones a la integridad personal de sus miembros.

Otro es el panorama en las decisiones de la CIDH –que han aplicado principalmente el artículo III de la DADDH– en donde sí encontramos aportes sustanciales destacando, entre ellos, el del caso *Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, en el cual se realiza un extenso y prolijo análisis del derecho a la objeción de conciencia en el DIDH.

De ninguna manera, lo anterior quiere decir que el artículo III de la DADDH tenga más ‘potencialidades de protección’ que el artículo 12 de la CADH. Se trata, sencillamente, de que la CIDH ha tenido más oportunidades de pronunciarse sobre vulneraciones alegadas a la libertad religiosa debido al ejercicio de sus propias atribuciones, o como instancia previa a la Corte IDH, órgano al cual no llegan todos los casos conocidos por la CIDH.

Frente a todo ello, se observa que, si bien el SIDH no ha tenido en sus primeras décadas de existencia demasiadas oportunidades para pronunciarse sobre asuntos con implicancias religiosas, tal situación está cambiando a la luz de recientes casos bajo análisis por la CIDH y la Corte IDH.

Finalmente, es menester señalar que existen interesantes posibilidades de desarrollo ulterior de la libertad de religión a la luz del DIDH, sobre todo del Comité DHONU y del TEDH, a juzgar por los conflictos entre la progresiva secularización del Estado y las normas jurídicas, *versus* la conservación de la conciencia religiosa de ciudadanas y ciudadanos. Es cuestión de tiempo que la jurisdicción interamericana desarrolle igualmente su propia jurisprudencia.

109 Decisión 2648/65, en el caso *X vs. Holanda*, citado en CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, p. 133.

110 TEDH. *Caso Eriksson vs. Suecia*, n.º 11.373/85, 22 de junio de 1989, citado en *Ibidem*.

111 Decisión 3110/76 en el caso *X vs. República Federal de Alemania*, citado en *Ibidem*.

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. En adelante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151. En adelante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C n.º 193. En adelante: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. En adelante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C n.º 238. En adelante: Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 248. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. En adelante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Informe Anual 1994*. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., Washington D.C., 1995.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09, Washington D.C., 2009.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.1/09, Washington D.C., 2009.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión incluyente*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.3/09, Washington D.C., 2009.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12, Washington, D.C., 2012.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 6/12, Washington, D.C., 2012.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Reparaciones por violación de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.5/12, Washington, D.C., 2012.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión e Internet*. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 11/13, Washington, D.C., 2013.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Violencia contra periodistas y trabajadores de medios: Estándares interamericanos y prácticas nacionales sobre prevención, protección y procuración de la justicia*. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/

RELE/INF. 12/13, Washington, D.C., 2013.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Jurisprudencia nacional sobre el derecho de libertad de expresión y acceso a la información*. OEA/Ser.L/V/II.147.CIDH/RELE/INF. 10/13, Washington, D.C., 2013.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Transición a una TV digital abierta, diversa, plural e inclusiva*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.13/15, Washington D.C., 2014.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Órganos de supervisión del derecho al acceso a la información pública*. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 14/16, Washington D.C., 2016.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *La libertad de expresión en las Américas: Los cinco primeros informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. IIDH, San José, 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Handyside*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Series A n.º 24.

TEDH. *Caso Sunday Times*, Sentencia de 26 de abril de 1979, Serie A n.º 30.

TEDH. *Caso Barthold*, Sentencia de 25 de marzo de 1985, Serie A n.º 90.

TEDH. *Caso Lingens*, Sentencia de 8 de julio de 1986, Serie A n.º 103.

TEDH. *Caso Müller y Otros*, Sentencia de 24 de mayo de 1988, Serie A n.º 133.

TEDH. *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, Sentencia de 20 de Septiembre de 1994, Serie A n.º 295-A.

Referencias académicas

AGUIAR, A. *La libertad de expresión y prensa, Jurisprudencia Interamericana (1987-2009)*. Sociedad Interamericana de Prensa, Colección Chapultepec, Miami, 2009.

BERTONI, E. “Libertad de expresión en el hemisferio: Nuevos desafíos”, en *Debates sobre derechos humanos y sistema interamericano*, n.º 1, Revista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), , 2005. n.º 1

BERTONI, E. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Editores del Puerto, 2a. ed., Buenos Aires, 2008.

BERTONI, E. “The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression”, en *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2009.

BERTONI, E.y ZELADA, C. J. “Sin participación ni información: La libertad de expresión desde la perspectiva de los derechos de las mujeres”, en *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2009.

BERTONI, E. (comp.) *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Libertad de expresión y Derecho Penal en América Latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010.

BERTONI, E. (comp.) *Internet y derechos humanos. Aportes para la discusión de políticas públicas en América Latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2014.

BERTONI, E. (comp.) *Internet y derechos humanos II. Aportes para la discusión de políticas públicas en América Latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2015.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *Los límites de la libertad de expresión*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, S.y GONZA, A. *La Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2007.

GROSSMAN, C. *Desafíos de la libertad de expresión dentro del Sistema Interamericano: Un análisis jurisprudencial*. Porrúa, México, 2013.

VENTURA ROBLES, M. *El Derecho a la libertad de pensamiento y expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

VOORHOOF, D. “Freedom of Expression under the European Human Rights System. From Sunday Times (n.º 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”) v. France (2009)”, en *Inter-American and European Human Rights Journal*, n.º 1-2, Vol. 2, 2009.

Otras referencias no académicas

Asociación por los Derechos Civiles. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires, 2008.

Contenido

1. Introducción	408
2. El inicio de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al artículo 13 de la CADH: la opinión consultiva OC-5/85	409
3. La prohibición de la censura previa	410
4. Los medios indirectos de violación de la libertad de expresión	411
5. El derecho de acceso a la información	415
6. La imposición de responsabilidades ulteriores	417
6.1. Los delitos de difamación	417
6.2. Las leyes de desacato	424
6.3. Criminalización de la libertad de expresión	426
6.4. La imposición de responsabilidades ulteriores a través de sanciones civiles	427
6.5. La imposición de responsabilidades ulteriores a través de sanciones disciplinarias	428
7. Los temas pendientes en la agenda jurisprudencial del artículo 13 de la CADH	429

1. Introducción

Hasta hace casi una década y media el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (en adelante, “derecho a la libertad de expresión” o “libertad de expresión”) había sido escasamente tratado en la jurisprudencia de la Corte IDH. La jurisprudencia la Corte IDH en torno al artículo 13 de la CADH ha crecido de manera tal en los últimos años que hoy nos presenta marcadas tendencias sobre un variado abanico de temas específicos.

Hasta principios del siglo XXI, la Corte IDH se había referido específicamente al artículo 13 de la CADH tan solo en la famosa opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*, emitida con ocasión de un interrogante presentado por Costa Rica en cuanto a la compatibilidad del derecho a la libertad de expresión con la colegiación obligatoria de periodistas.¹ Quienes buscábamos entender el contenido del referido artículo, estábamos obligados –en aquella época–, a remitirnos siempre a esta opinión consultiva. Y si bien para entonces la labor del otro órgano de protección del SIDH en las Américas, la CIDH, era ya mucho más abundante en la materia,² lo cierto es que no fue sino hasta 2001 que la Corte IDH empezó a pronunciarse respecto de reclamos de víctimas concretas que consideraban vulnerado su derecho a expresarse libremente. Ciertamente, el panorama ha cambiado desde ese entonces.

Para analizar los aspectos medulares de las decisiones de la Corte IDH sobre esta materia, las agruparemos en función de cuatro ejes temáticos: 1. la prohibición de la censura previa, 2. los medios indirectos de violación de la libertad de expresión, 3. el derecho de acceso a la información, y 4. la imposición de responsabilidades ulteriores.

Antes de ello, sin embargo, es preciso hacer una breve referencia al aporte de la mencionada opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas* que es donde todo este desarrollo jurisprudencial se inicia. Finalmente, nuestro comentario al artículo 13 de la CADH cierra con una reflexión en cuanto a los temas pendientes en la agenda para la libertad de expresión en las Américas,

1 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

2 Como parte de dicho proceso, en 1997 la Comisión IDH creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, la cual es una oficina de carácter permanente, con estructura operativa propia y con independencia funcional, que opera dentro del marco jurídico de la CIDH.

algunos de los cuales han sido abordados por la CIDH en sus informes temáticos, pero que aún no han sido abordados por la jurisprudencia de la Corte IDH.

2. El inicio de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al artículo 13 de la CADH: la opinión consultiva OC-5/85

En 1985, Costa Rica consultó a la Corte IDH sobre la compatibilidad de las leyes que obligaban a los periodistas a colegiarse para ejercer su trabajo.³ La Corte IDH determinó que dichas leyes violaban la libertad de expresión; para llegar a esa respuesta la Corte IDH tuvo la ‘virtud’ de responder mucho más allá de la consulta que Costa Rica le había planteado.

Al dar respuesta, la Corte IDH establece los dos pilares básicos para la interpretación del artículo 13 de la CADH: el primero, al que llamaremos el “estándar democrático”; el segundo, el denominado “estándar de las dos dimensiones”.

A través del *estándar democrático*, la Corte IDH propone que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente se torna así fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. En efecto, sin libertad de expresión no hay una democracia plena, y sin democracia –tal y como lo demuestra la triste historia hemisférica– se ponen en serio peligro desde el derecho a la vida hasta la propiedad. En palabras de la Corte IDH:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...]. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.⁴

Por otra parte, el *estándar de las dos dimensiones* postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse solo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo. En tal sentido, el texto de la opinión consultiva OC-5/85 establece lo siguiente:

El artículo 13 de la CADH señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la C[ADH] tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales.⁵

Tal como señaló la Corte IDH, se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Por un lado, esta requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; por otro lado, implica también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁶

3 En nuestro sistema regional, la Corte IDH puede ejercer su competencia consultiva cuando los Estados formulan preguntas, por ejemplo, en cuanto a la compatibilidad de su legislación con la CADH. Para conocer más sobre la función consultiva de la Corte IDH, ver el comentario sobre las Disposiciones comunes de la Corte IDH, a cargo de Nuño.

4 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 70.

5 *Ibidem*, párr. 30.

6 *Idem*.

3. La prohibición de la censura previa

Transcurridos poco más de quince años dese la opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*, la Corte IDH emitió la sentencia “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Esta sentencia está relacionada con el rechazo a la exhibición de la película “*La Última Tentación de Cristo*” por parte de instancias administrativas y judiciales chilenas. Los fundamentos de las autoridades estaban sustentados en la Constitución nacional y en diversas normas reglamentarias internas. El artículo 19 inciso 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 –vigente durante la época del litigio– establecía, por ejemplo, un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.

En su fallo, la Corte IDH declaró que la prohibición para la exhibición de la película era contraria al artículo 13 de la CADH. De la decisión de la Corte IDH, podemos rescatar dos cuestiones. La primera está vinculada con la aclaración explícita, por parte de la Corte IDH, en torno a la prohibición de la censura previa en el marco del SIDH. La segunda, con la afirmación de que las vulneraciones a la libertad de expresión pueden provenir de cualquier poder del Estado, inclusive de la judicatura.

Con relación al primer aspecto –y reafirmando conceptos ya sostenidos en la opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*–, la Corte IDH amplió su criterio al afirmar que:

el artículo 13.4. de la C[ADH] establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos *pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos*, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. *En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.*⁷

Resulta importante resaltar la fuerza de esta última frase para sostener que, para la Corte IDH, la prohibición de la censura previa es prácticamente absoluta.

En cuanto al segundo aspecto, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la C[ADH]. *Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.* En el [...] caso [dicha responsabilidad] se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución [Política de Chile] establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.⁸

Por otra parte, citando al TEDH, la Corte IDH afirmó que los mecanismos de protección de la libertad de expresión alcanzaban:

no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”.⁹

7 Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. FRC. 2001, párr. 70. (énfasis agregado)

8 *Ibidem*, párr. 72. (énfasis agregado)

9 Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. FRC. 2001, párr. 70. Las decisiones del TEDH a las que se hizo alusión fueron las siguientes: TEDH. *Caso Handyside*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A n.º 24, párr. 49. TEDH. *Caso Sunday Times*, Sentencia de 26 de abril de 1979, Serie A n.º 30, párrs. 59 y 65. TEDH. *Caso Barthold*, Sentencia de 25 de marzo de 1985, Serie A n.º 90, párr. 55. TEDH. *Caso Lingens*, Sentencia de 8 de julio de 1986, Serie A n.º 103, párr. 41. TEDH. *Caso Müller y otros*, Sentencia de 24 de mayo de 1988, Serie A n.º 133, párr. 33. TEDH. *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, Sentencia de 20 de septiembre de 1994, Serie A n.º 295-A, párr. 49. Tras el fallo de la Corte IDH, Chile llevó a cabo una serie de modificaciones legislativas dirigidas a cumplir con la sentencia interamericana. Así, en la etapa de supervisión del cumplimiento de la sentencia, el Estado informó que el Congreso había aprobado un proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el

4. Los medios indirectos de violación de la libertad de expresión

Al día siguiente de la emisión de la sentencia “*La Última Tentación de Cristo*”, la Corte IDH emitió su fallo en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. En dicha sentencia, la Corte IDH abordó una situación fáctica que la llevó a determinar la importancia, el contenido y la manera de identificar los medios indirectos de violación de la libertad de expresión.

El artículo 13.3. de la CADH dispone que:

no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Si bien es cierto que la CADH establece explícitamente que no puede limitarse la libertad de expresión a través de medios indirectos, en ocasiones la determinación de la existencia de un medio indirecto idóneo que limite la libertad de expresión puede ser bastante complicado. En *Ivcher Bronstein*, la Corte IDH nos dio algunas pautas para su identificación retomando algunos estándares ya establecidos.

Anteriormente, en la opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*, había apuntado que: “[l]as infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido”.¹⁰

En la misma opinión consultiva, la Corte IDH distinguió además entre supresiones “radicales” y “no radicales” del derecho a la libertad de expresión. En cuanto a las primeras, la Corte IDH indicó que:

[...] la supresión radical de la libertad de expresión, [...] tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.¹¹

Y en cuanto a aquellas supresiones *no radicales*, la Corte IDH sostuvo que:

La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo pueda ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictorio con la C[ADH] todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.¹²

derecho a la libre creación artística y la eliminación de la censura cinematográfica. Esta última sería sustituida además por un sistema de calificación regulado por ley, dicha norma establecía un sistema de evaluación basado en edades destinado a orientar a la población adulta sobre los contenidos de la producción cinematográfica, sin dejar de proteger a la infancia y a la adolescencia; la película “*La Última Tentación de Cristo*” quedó comprendida dentro de la categoría “para mayores de 18 años”. La empresa encargada de la distribución de la película en Chile pudo, finalmente, difundir la cinta en marzo de 2003 siendo que la primera solicitud para su exhibición se había realizado en 1988.

10 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 53.

11 *Ibidem*, párr. 54.

12 *Ibidem*, párr. 55.

Sin embargo, para entonces, la Corte IDH no había tenido la oportunidad de emitir concretamente alguna sentencia en torno a aquellas medidas calificadas como “no radicales” o “extremas” o, como mejor podemos denominarlas, “indirectas”.

En el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la presunta víctima era un ciudadano peruano por naturalización que era accionista mayoritario de un canal de televisión que transmitía un programa periodístico, en el cual se realizaban fuertes críticas al gobierno de entonces, incluyendo la emisión de reportajes sobre abusos, torturas y actos de corrupción cometidos por el Servicio de Inteligencia Nacional. Como consecuencia de estos informes, el Estado revocó la ciudadanía peruana al peticionario y le quitó el control del canal para entregárselo a los accionistas minoritarios (en 1997 la legislación de dicho país exigía que los propietarios de los medios de comunicación fueran de nacionalidad peruana). A partir de entonces, la línea editorial del medio dejó de ser crítica del gobierno.

En su decisión, la Corte IDH reafirmó el “estándar de las dos dimensiones” del derecho a la libertad de expresión, pero indicó además que:

e[ra] fundamental que los periodistas que labora[ba]n en medios [de comunicación] go[za]ran de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mant[enían] informada a la sociedad, requisito indispensable para que esta goce de una plena libertad.¹³

Asimismo, la Corte IDH clarificó el criterio para la distinción entre restricciones legítimas e ilegítimas del derecho a la libertad de expresión, al señalar que:

Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, [la Corte IDH] no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, *sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron*.¹⁴

[...]

En el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana.¹⁵

[...]

Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de estos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.¹⁶

En 2009, la Corte IDH conoció dos nuevos casos que invocaban la utilización de medios indirectos para la restricción de la libertad de expresión. En *Ríos y otros* y *Perozo y otros* –ambos contra Venezuela–, la CIDH alegó en el procedimiento contencioso interamericano que los periodistas y trabajadores de dos canales de televisión venezolanos (RCTV y Globovisión en los casos en comento respectivamente) habían sido víctimas de diversos actos de agresión y amenaza por parte de particulares, inclusive con armas de fuego, y que las sedes de ambos medios de comunicación habían sido objetos de ataques. La CIDH sostuvo que en ambos casos el Estado no cumplió con su obligación de debida diligencia en la investigación y prevención de estos hechos.

13 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 50.

14 *Ibidem*, párr. 154. (énfasis agregado)

15 *Ibidem*, párr. 162.

16 *Ibidem*, párr. 163.

Si bien la Corte IDH encuadró buena parte del análisis de los hechos en la configuración de presuntas violaciones de los artículos 13.1. y 5.1. de la CADH, en concreto sobre al artículo 13.3. sostuvo que no debía perderse de vista que su listado de “medios indirectos” no era taxativo y que no impedía considerar “cualesquiera otros medios” o vías indirectas como las derivadas de las nuevas tecnologías.¹⁷

La Corte IDH señaló, además, que la responsabilidad del Estado por restricciones o vías indirectas podía provenir también de actos de particulares cuando el Estado omitiera su deber de garantía considerando la previsibilidad de un riesgo real o inmediato, o cuando este dejara de cumplir con su deber de protección.¹⁸ Estas restricciones, de acuerdo con la Corte IDH, podían darse inclusive cuando de ellas no se derivase una ventaja para los funcionarios públicos que las provocan o toleran, pero siempre y cuando “la vía o el medio restrinja efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.¹⁹

En ambos casos, la Corte IDH examinó una serie de declaraciones emitidas por altas autoridades del Estado “bajo circunstancias de alta polarización política y conflictividad social en Venezuela” para señalar que, en el contexto de vulnerabilidad descrito, algunas de estas expresiones “pudieron ser percibidas como amenazas y provocar un efecto amedrentador, e incluso autocensura, en las presuntas víctimas, por su relación con [los] medio[s] de comunicación aludido[s]”.²⁰

En las dos sentencias, sin embargo, la Corte IDH concluyó –diríamos que sorprendentemente– que los efectos de tales pronunciamientos guardaban relación tan solo con los artículos 1.1. y 13.1. de la CADH, sin ser suficientes para configurar una violación de su artículo 13.3.²¹

En 2012, la Corte IDH conoció el caso del ataque perpetrado contra el periodista Luis Gonzalo ‘Richard’ Vélez Restrepo por parte de miembros del Ejército Nacional colombiano mientras filmaba una manifestación en la que soldados golpearon a varios de los manifestantes. El periodista, y su familia además, fueron víctimas de amenazas, hostigamientos e incluso un presunto intento de privación arbitraria de libertad mientras el periodista procuraba impulsar los procesos judiciales en contra de sus agresores. La Corte IDH encontró al Estado colombiano responsable por no haber protegido adecuadamente a Richard Vélez ante las amenazas recibidas, y por no haber investigado eficazmente el ataque y los hostigamientos posteriores que sufrió.

La Corte IDH destacó que “el ejercicio periodístico sólo puede efectuarse libremente cuando las personas que lo realizan no son víctimas de amenazas ni de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento”; por tanto, los Estados “tienen el deber de brindar medidas de protección a la vida y la integridad de los periodistas que estén sometidos a [un] riesgo especial”.²² En la misma línea, en 2013, la Corte IDH condenó al Estado venezolano por su responsabilidad en la violación de, entre otros, el derecho a la libertad de expresión de Luis Enrique Uzcátegui, quien fue víctima de una serie de hostigamientos y amenazas luego de denunciar ante la Fiscalía el asesinato de su hermano Néstor, y afirmar, a través de distintos medios de comunicación, que el entonces Comandante General

17 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 340. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 367.

18 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 107-110 y 340. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 368.

19 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 340. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 368. (énfasis agregado)

20 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 341. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 369.

21 En ambos casos, el tribunal indicó que “la obstrucción, obstaculización y amedrentamiento para el ejercicio de las labores periodísticas de las presuntas víctimas, expresadas en ataques o puesta en riesgo de su integridad personal, que en los contextos de los referidos pronunciamientos de altos funcionarios públicos y de omisión de las autoridades estatales en su deber de debida diligencia en las investigaciones”, solamente constituyeron violaciones de la obligación de garantía del artículo 1.1. de la CADH respecto a los artículos 13.1. y 5.1. del mismo instrumento. Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 344 y 416. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 362 y 426.

22 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 209.

de las Fuerzas Armadas Policiales del estado Falcón era responsable de varios homicidios ejecutados por “grupos de exterminio” bajo su mando. La Corte IDH señaló que “[e]ra] posible que la libertad de expresión [fuera] ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejercen” y que es obligación de todo Estado “abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad”.²³

En 2015, la Corte IDH emitió una novedosa decisión con relación a los mecanismos indirectos para restringir la libertad de expresión. En el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, la Corte IDH declaró que Venezuela violó el derecho a la libertad de expresión como consecuencia del cierre del canal de televisión RCTV. En su decisión, la Corte IDH tomó en consideración la existencia de una particular relación de tensión entre el gobierno venezolano y los medios de comunicación, y valoró entre la prueba el discurso intimidatorio del sector oficialista contra los periodistas así como las declaraciones de funcionarios públicos, que incluso habían mencionado la posibilidad de no renovar las concesiones a los medios de comunicación que mantuvieran una postura contraria al gobierno.

Si bien la Corte IDH ya había resaltado desde sus inicios la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, señalando que la pluralidad informativa o de medios,²⁴ constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión,²⁵ la sentencia *Radio Caracas Televisión* le permitió desarrollar su jurisprudencia en torno al abuso de controles oficiales o particulares de frecuencias radioeléctricas como mecanismo de restricción indirecta a la libertad de expresión.

La Corte IDH reconoció la potestad y necesidad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión, pero resaltó el deber del Estado de “minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo”.²⁶ Con relación al pluralismo de medios, la Corte IDH recordó que “los ciudadanos de un país tienen el derecho a acceder a la información y a las ideas desde una diversidad de posturas, la cual debe ser garantizada en los diversos niveles, tales como los tipos de medios de comunicación, las fuentes y el contenido”.²⁷

Considerando que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, la Corte IDH resaltó que “el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura”.²⁸ Citando el artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la Corte IDH recordó que las asignaciones de frecuencias de radio y televisión deben tomar en cuenta criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos. Siguiendo esta línea, desarrolló una serie de criterios para los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión con la finalidad de evitar el abuso de controles oficiales y la generación de posibles restricciones indirectas.

En el caso concreto, la Corte IDH determinó que la no renovación de la licencia asignada a RCTV —medio de comunicación que mantenía una línea crítica contra el gobierno—, implicó “una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno”.²⁹ Si bien el Estado había señalado que el cierre

23 Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párr. 190. (énfasis agregado).

24 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 op. cit., párr. 117.

25 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 116. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 141.

26 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 144.

27 *Ibidem*, párr. 170.

28 *Idem*. (énfasis agregado)

29 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 197.

de RCTV se produjo con miras a garantizar la pluralidad de medios, la Corte IDH determinó que “la finalidad real buscaba acallar [las] voces críticas al gobierno”.³⁰ Por ello, ordenó al Estado devolver al canal los equipos que le habían sido decomisados, y de volver al aire hasta que se llevara a cabo un nuevo proceso de concesión de licencias.

5. El derecho de acceso a la información

En las sentencias en *Claude Reyes y otros vs. Chile*, y *Caso Gomes Lund y otros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. *Brasil*, la Corte IDH ya no se refirió a la formulación clásica del artículo 13 de la CADH (en términos de la libertad de expresión) sino sostuvo más bien la existencia de un nuevo derecho humano: el derecho de acceso a la información.

En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, las víctimas habían solicitado a un ente de derecho público la información relacionada con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado, dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal que había generado gran discusión pública por el impacto ambiental que podía tener.³¹ Lo solicitado consistía en siete puntos, tres de los cuales no fueron respondidos por el Estado, dicha negativa generó el reclamo en la jurisdicción local, la cual, una vez agotada, habilitó la instancia internacional.

En la sentencia, la Corte IDH afirmó que:

el artículo 13 de la C[ADH], al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la [propia Convención]. Consecuentemente, *dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla*, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la C[ADH] el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.³²

La información requerida fue considerada por la Corte IDH como de interés público, ya que “dicho pedido [...] guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal”.³³ Esta decisión es considerada histórica por muchas organizaciones de derechos humanos, dado que la Corte IDH se convirtió en el primer tribunal internacional en afirmar que el acceso a la información constituye un derecho fundamental.

Sin embargo, la Corte IDH no solo interpretó que el acceso a la información es un derecho garantizado por la CADH, sino que recogió algunas pautas sobre este derecho, las cuales habían sido formuladas con anterioridad por la CIDH y por organizaciones de la sociedad civil. Por ejemplo, la Corte IDH dispuso que la información “deb[ía] ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal”;³⁴ asimismo estableció “el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”.³⁵ Además, sobre las excepciones a las que está sujeto el derecho de acceso a la información, señaló que:

30 *Ibidem*, párr. 198.

31 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 73.

32 *Ibidem*, párr. 77. (énfasis agregado)

33 *Idem*.

34 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 77.

35 *Ibidem*, párr. 92.

deb[ían] estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.³⁶

Sobre este último aspecto, la Corte IDH aclaró que:

la restricción establecida por ley deb[ía] responder a un objetivo permitido por la C[ADH]. Al respecto, el artículo 13.2. de la C[ADH] permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.³⁷

En cuanto a ese punto, la Corte IDH explicó que “las restricciones que se impongan deb[ían] ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”,³⁸ y que la carga de la prueba de las posibles restricciones a este derecho se encontraba en manos del Estado.³⁹ En otras palabras, toda limitación que impida a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso a la información debía sujetarse a un control en el marco del test de proporcionalidad.

En el trámite del proceso, la Corte IDH valoró positivamente el hecho de que “Chile ha[bía] realizado importantes avances en materia de consagración normativa del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, que inclu[ían], entre otros[,] una reforma constitucional, y que [...] se enc[ontraba] en trámite un proyecto de ley sobre dicho derecho”. Sin embargo, la Corte IDH entendió que el Estado, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2 de la CADH, debía ir más allá y:

adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales deb[ía] garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados.⁴⁰

En relación con este último punto, la Corte IDH ordenó al Estado, *inter alia*, realizar:

la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información.⁴¹

Posteriormente, en el caso *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, la Corte IDH retomó el tema del derecho de acceso a la información, pero esta vez en un contexto muy distinto al del caso *Claude Reyes*. En *Gomes Lund* –decisión referida a la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de decenas de personas como resultado de operaciones del ejército brasileño durante la dictadura militar–, la CIDH presentó, entre otros, un alegato en cuanto a la afectación del derecho de acceso a la información que habían sufrido los familiares de las víctimas.

En esta sentencia, la Corte IDH reiteró por completo su jurisprudencia en el caso *Claude Reyes*, y fue más allá al establecer que en:

casos de violaciones a los derechos humanos, las autoridades estatales no podían alegar mecanismos como el secreto de Estado, la confidencialidad de la información o razones de interés

36 *Ibidem*, párr. 89.

37 *Ibidem*, párr. 90.

38 *Ibidem*, párr. 91.

39 *Ibidem*, párr. 93.

40 *Ibidem*, párr. 163.

41 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 165.

público o de seguridad nacional, para no aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas a cargo de la investigación de tales hechos.⁴²

En tal sentido, la Corte IDH sostuvo que cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y negar su entrega, o la de determinar si la documentación existe, jamás puede depender, exclusivamente, del órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito.

Finalmente, la Corte IDH concluyó que el Estado no podía ampararse en la falta de prueba de la existencia de documentos solicitados por las víctimas o sus familiares sino que, por el contrario, debía fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que había adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. En palabras de la Corte IDH:

Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso.⁴³

6. La imposición de responsabilidades ulteriores

Nos referiremos ahora a la imposición de responsabilidades ulteriores, sea por vía penal, civil o administrativa. Las decisiones en estos casos se fundan, en mayor o menor medida, en criterios tomados de la jurisprudencia del TEDH también esbozados desde la opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*. En resumen, para la Corte IDH, la posibilidad de imponer responsabilidades ulteriores por el presunto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión solo es admisible cuando su imposición sea “necesaria en una sociedad democrática”. De acuerdo con la propia Corte IDH esto significa que:

la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2., dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la C[ADH] las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho [allí] proclamado. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.⁴⁴

6.1. Los delitos de difamación

La primera sentencia de la Corte IDH en materia de difamación como una ofensa de carácter penal fue el caso de *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Esta sentencia analizó el proceso y sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y a la sanción civil recibida por este último y Fernán Vargas Rohmoser, representante legal del periódico “La Nación” de Costa Rica, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos diarios europeos referentes a supuestas actividades ilícitas de Félix Przedborski. En la época de dichas publicaciones, Przedborski era representante de Costa Rica ante el Organismo Internacional de Energía Atómica en

42 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 202.

43 *Ibidem*, párr. 211.

44 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 42.

Austria, en calidad de cónsul *ad honorem*. Cuatro de los artículos publicados en el periódico fueron objeto de dos querellas interpuestas por Przedborski, lo cual dio lugar a un fallo condenatorio que declaró a Herrera Ulloa como autor de cuatro delitos de “publicación de ofensas en la modalidad de difamación” con sus respectivas consecuencias penales y civiles. Además, se declaró al periódico “La Nación” como responsable civil solidario.

Al emitir sentencia, la Corte IDH adelantó que no analizaría si las notas periodísticas publicadas constituían un delito determinado de conformidad con la legislación costarricense, sino más bien si a través de las condenas penal y civil (y sus consecuencias) impuestas al señor Mauricio Herrera Ulloa, el Estado había vulnerado el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH. Al resolver la cuestión de fondo, la Corte IDH señaló que:

las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2. de la C[ADH], de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que este debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

[...] el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.⁴⁵

Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que culminó con una sentencia condenatoria en la que el juez local, aplicando el Código Penal de Costa Rica, sostuvo que el periodista debía ser condenado dado que no había logrado demostrar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos a Przedborski. A lo largo del proceso interno, Herrera Ulloa solamente había logrado demostrar que “el querellante [había sido] cuestionado a nivel periodístico en Europa”.⁴⁶ Para la Corte IDH, esta exigencia “entraña[ba] una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2. de la C[ADH]”,⁴⁷ toda vez que “produc[ía] un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, imp[edía] el debate público sobre temas de interés de la sociedad”.⁴⁸

La Corte IDH entendió que el Estado había vulnerado el artículo 13 de la C[ADH], pues la restricción impuesta al ejercicio de la libertad de expresión de Herrera Ulloa había excedido el estándar contenido en dicha norma.

La decisión de la Corte IDH tuvo un fuerte impacto en la jurisdicción interna, ya que, una vez notificada al Estado, el tribunal costarricense que había impuesto la condena penal acordó revocarla, junto a sus efectos, para dar cumplimiento al fallo internacional.

La segunda sentencia sobre difamación criminal decidida por la Corte IDH fue el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Canese había sido procesado y condenado por el delito de difamación como consecuencia de varias expresiones formuladas en 1992 cuando era candidato a la presidencia de Paraguay. Sus declaraciones cuestionaban a otro candidato, Juan Carlos Wasmosy, al cual se calificaba como testaférro o “prestanombre” de la familia del dictador Stroessner en una empresa. Algunos de los socios

45 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párrs. 128-129.

46 *Ibidem*, párr. 132. En efecto, durante el proceso penal interno, Herrera Ulloa había apelado al uso de la *exceptio veritatis* como medio de defensa frente a las acusaciones en su contra.

47 *Idem*.

48 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 133.

de dicha empresa presentaron una querrela criminal en contra de Canese por los delitos de calumnias e injurias, por lo cual Canese fue condenado en primera instancia en 1994. Canese apeló el fallo, sin embargo la sentencia fue confirmada en 1997, imponiéndosele una pena de dos meses de prisión y una multa. Como consecuencia del proceso penal, fue sometido a restricciones de salida del país por más de 8 años. El 11 de diciembre de 2002 –con posterioridad a la interposición de la demanda ante la Corte IDH–, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay acogió un recurso de revisión interpuesto por Canese en el que se ordenó anular todas las sentencias en su contra. La sentencia de la Corte IDH destacó la importancia de esta decisión de la Suprema Corte paraguaya, pero hizo notar que:

los hechos generadores de las violaciones alegadas se cometieron durante el proceso penal seguido en contra de la presunta víctima hasta la emisión de la sentencia absolutoria el 11 de diciembre de 2002. La Corte debe recordar que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la C[IDH] ni a la Corte [IDH] para conocer un caso que ya se ha iniciado por supuestas violaciones a la C[ADH], tal como el presente que se inició en el [SIDH] en julio de 1998. *Es por ello que la sola emisión de las mencionadas decisiones por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay en agosto y diciembre de 2002 no pueden ser consideradas por la Corte como elementos para dejar de conocer sobre las alegadas violaciones a la C[ADH] supuestamente ocurridas con anterioridad a su emisión.*⁴⁹

Al referirse al artículo 13 de la CADH, la Corte IDH repasó las dos dimensiones que engloba el derecho en cuestión y resaltó, una vez más, el “estándar democrático” al que hemos hecho referencia líneas atrás. En conexión con esto último, la Corte IDH hizo una novedosa valoración con relación a las expresiones vertidas durante periodos electorales:

en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.⁵⁰

Además, la Corte IDH sostuvo que era indispensable que:

se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.⁵¹

49 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 71. (énfasis agregado)

50 *Ibidem*, párr. 88.

51 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 90.

La valoración que hizo la Corte IDH, respecto del proceso penal y la sentencia contra Canese, vino a reforzar –mas no a consolidar– la línea jurisprudencial iniciada en el caso *Herrera Ulloa*. En primer lugar, la Corte IDH hizo referencia a las restricciones permitidas en una sociedad democrática, para lo cual se valió del parámetro de “necesidad” elaborado en la opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*. En segundo lugar, destacó el mayor margen de tolerancia que debe existir frente a las afirmaciones y apreciaciones vertidas en el debate político o sobre cuestiones de interés público,⁵² y, conectado con ello, explicó que “las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas particulares que ejercen funciones de naturaleza pública deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público”.⁵³ La consecuencia de lo anterior fue el insistir, como lo había hecho en *Herrera Ulloa*, sobre el distinto umbral de protección que gozan ciertas personas, no por sus cualidades personales, sino por lo que pueden involucrar las expresiones que sobre ellas se hacen:

tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.⁵⁴

En *Herrera Ulloa*, la Corte IDH ya había establecido que “las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deb[ía]n gozar, en los términos del artículo 13.2. de la C[ADH], de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”.⁵⁵ Sobre estas bases, la Corte IDH estimó que, en el proceso contra Canese, los tribunales paraguayos debieron tomar en consideración el contexto de campaña electoral en el cual se habían producido las declaraciones, “ponderando el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”.⁵⁶ A renglón seguido, la Corte IDH realizó su conclusión más importante:

El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el artículo 13 de la C[ADH].

[...] Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser condenado

52 *Ibidem*, párr. 97.

53 *Ibidem*, párr. 98.

54 *Ibidem*, párr. 103.

55 *Ibidem*, párr. 128.

56 *Ibidem*, párr. 105.

penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un periodo no publicó sus artículos en ningún otro diario.⁵⁷

Es importante destacar que en estas sentencias, tanto en *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* como en *Ricardo Canese vs. Paraguay*, la Corte IDH comenzó a delinear el argumento que cuestiona la utilización del derecho penal para imponer responsabilidades ulteriores a expresiones que pudieran afectar el honor de los funcionarios públicos.⁵⁸ Esta tendencia se consolidó algunos años después en el caso *Kimel*, en el que la Corte IDH también invalidó la sentencia penal dictada contra un periodista como consecuencia de expresiones por las que un funcionario público se sintió afectado, sin embargo fue revertida más adelante en el caso *Mémoli*, como detallaremos a continuación.

En *Kimel vs. Argentina*, la Corte IDH dio un paso más allá respecto de *Herrera Ulloa* y *Canese* pues consideró que la tipificación penal de estos delitos era poco específica y que violaba el “principio de legalidad que ordena que los elementos de los delitos estén claramente descritos en la ley”. Los delitos de calumnias e injurias, al ser violatorios del principio de legalidad, no pueden ser admitidos válidamente como responsabilidades ulteriores en el marco de la CADH. Por ello, la Corte IDH consideró que la legislación penal –en el caso, la argentina– debía ser modificada.

El avance es evidente. En *Kimel*, la Corte IDH impulsa la modificación legislativa en Argentina de los delitos de calumnias e injurias, lo que no había hecho ni en *Herrera Ulloa* ni en *Canese*.⁵⁹ A pesar de ese avance, la Corte IDH introdujo en *Kimel* un desafortunado párrafo donde se aleja de la tendencia despenalizadora de los delitos de calumnias e injurias –firmemente sostenida por la CIDH–. El párrafo 78 de la sentencia muestra la evidente tensión al interior del tribunal:

La Corte [IDH] no estima contraria a la C[ADH] cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte [IDH] observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y

57 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párrs. 106 y 107. Nótese que en *Ricardo Canese*, a diferencia de lo establecido en *Herrera Ulloa*, la Corte IDH pone también el acento en la falta de proporcionalidad del proceso penal mismo y no solo en la sanción que de este se derivaba.

58 En *Herrera Ulloa*, el entonces presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez cuestionó en su voto concurrente a la sentencia: “¿si era necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema [...] recurrir a la solución penal, o basta[ba] con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo[?]”. Esta pregunta, la siguió con una contundente apreciación teórica: “[...] es preciso recordar que, en general –y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso–, prevalece la corriente favorable al denominado derecho penal ‘mínimo’, es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado –la sociedad, mejor todavía–, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente –muy gravemente– contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes”. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrs. 14-15. Estas sugerencias aparecen reflejadas –aunque no con igual claridad– en la sentencia del caso *Ricardo Canese*: “[...] corresponde al Tribunal determinar si, en este caso, la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 104. La pregunta en ambos casos es idéntica, y la apreciación teórica que le sigue es similar: la aplicación del derecho penal, en estos casos, resulta innecesaria.

59 Es menester destacar que los tipos penales de Argentina no diferían, sustancialmente, de sus pares de Costa Rica y Paraguay.

equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático.⁶⁰

Mientras el juez García Ramírez era consecuente con lo que había expresado en sus votos anteriores, el juez García Sayán desarrolla en su razonamiento la idea de que en ciertas ocasiones las sanciones penales pueden ser impuestas, sin violar la CADH, como consecuencia de expresiones que pudieran dañar el honor de los funcionarios públicos.

A inicios de 2009, la Corte IDH emitió una nueva sentencia sobre el tema, esta vez en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. El abogado panameño Santander Tristán Donoso había sido condenado por los delitos de difamación e injuria por haber asegurado en una conferencia de prensa que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas y las había puesto en conocimiento de terceros. La Corte IDH sostuvo que la difusión de las conversaciones telefónicas había violado el artículo 11 de la CADH en perjuicio de Santander Tristán Donoso,⁶¹ y decidió que el Estado, al imponer una sanción penal sobre el abogado había violado también el artículo 13 de la CADH. En el caso, la Corte IDH reiteró sus conclusiones de los casos *Herrera Ulloa*, *Canese* y *Kimel* respecto a que, en el contexto democrático, las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público. De acuerdo con la Corte IDH, lo anterior se justifica, precisamente, por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública.⁶²

No obstante, en *Tristán Donoso* la Corte IDH no encontró violación al artículo 2 de la CADH como sí lo hizo en *Kimel*. Esta conclusión, sin embargo, parece responder a las circunstancias que el propio caso presentaba. En palabras de la Corte IDH:

Por otra parte, no ha quedado demostrado en el presente caso que la referida sanción penal haya resultado de las supuestas deficiencias del marco normativo que regulaba los delitos contra el honor en Panamá. Por ello, el Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la C[ADH].

Asimismo, la Corte [IDH] observa y valora positivamente que, con posterioridad a los hechos que motivaron el presente caso, se introdujeron importantes reformas en el marco normativo panameño en materia de libertad de expresión.⁶³

Asimismo, la Corte IDH sostuvo que:

[...] si bien la sanción penal de días-multa no aparece como excesiva, la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior establecida en el presente caso es innecesaria. Adicionalmente, los hechos bajo [...] examen [...] evidencian que el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.⁶⁴

60 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 78. Se sugiere comparar las ideas expresadas en los votos concurrentes a esta sentencia de los jueces García Sayán y García Ramírez.

61 Para mayor abundamiento sobre la privacidad de las comunicaciones, ver el comentario al artículo 11 (protección de la honra y de la dignidad) a cargo de Bertoni y Zelada.

62 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párr. 115.

63 *Ibidem*, párrs. 131-132. La Corte IDH tampoco encontró que se haya violado el principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la CADH.

64 *Ibidem*, párr. 129. (énfasis agregado)

El argumento en cuanto al efecto inhibitor no solo de las sanciones penales sino también de las que puedan emanar de procesos civiles tuvo un impacto positivo para futuros casos, como explicaremos más adelante en esta sección. Sin embargo, la decisión del caso *Tristán Donoso* no avanza al punto de afirmar que la aplicación de los delitos de difamación criminal sean *per se* violatorios de la CADH, inclusive cuando la expresión bajo estudio esté referida a funcionarios públicos o a asuntos de interés público. Al igual que en *Kimel*, la sentencia en *Tristán Donoso* deja abierta la posibilidad para que, sujeto a ciertas condiciones, el uso de los delitos de difamación criminal sea permitido inclusive en casos que involucren a funcionarios del Estado o a expresiones sobre asuntos de interés público. Si la Corte IDH reconoció el efecto inhibitor de las sanciones criminales y civiles, cabría preguntarse por qué no se afirmó que los delitos de difamación criminal, al generar tal efecto, pudieran resultar incompatibles con la CADH.

A todo esto, debe añadirse lo dicho por la Corte IDH en la sentencia *Usón Ramírez vs. Venezuela*, emitida a finales del 2009.⁶⁵ Francisco Usón, un militar en retiro, fue condenado en Venezuela por el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional”,⁶⁶ luego de emitir opiniones críticas en un programa televisivo acerca de la actuación de dicha institución en el caso de un grupo de soldados que habían resultado gravemente heridos en una instalación militar. Al igual que en *Kimel*, la Corte IDH estimó que la norma penal aplicada para sancionar a Usón no cumplía con las exigencias del principio de legalidad por ser ambigua, y entendió que la aplicación del derecho penal al caso no era idónea, necesaria y estrictamente proporcional. La Corte IDH ordenó al Estado, entre otras medidas, dejar sin efecto el proceso penal militar contra la víctima y modificar,⁶⁷ en un plazo razonable, el tipo penal utilizado.

Como habíamos adelantado, un enorme retroceso en esta temática ocurrió en 2013, cuando la Corte IDH emitió su sentencia en el caso *Mémoli vs. Argentina*. Si bien el tribunal había señalado de manera reiterada que “no estima[ba] contrari[o] a la C[ADH] cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”,⁶⁸ por primera vez, en este caso, consideró que una condena penal por delito de injurias y calumnias no afectaba la libertad de expresión protegida en el artículo 13 de la CADH. La sentencia plasma el criterio que había adelantado el juez García Sayán en su voto separado al caso *Kimel*, en el sentido de que ciertas sanciones penales pueden ser impuestas como respuesta a expresiones que pudieran dañar el honor, sin que esto constituya una violación a la CADH.

Como se desprende de la jurisprudencia que hemos comentado, hasta este caso la Corte IDH había condenado por la violación a la libertad de expresión a todos los Estados bajo cuya jurisdicción se había aplicado una norma penal para sancionar a personas acusadas por delitos de injurias y calumnias contra funcionarios públicos. La Corte IDH reiteró su criterio de que los funcionarios públicos y personas que ejercen funciones de naturaleza pública gozan de un umbral diferente de protección, no en virtud de la calidad de los sujetos, sino del carácter de interés público de sus actuaciones.⁶⁹ No obstante, en el caso *Mémoli*, la Corte IDH realiza una interpretación restringida de lo que constituye el interés público, y con base en esa interpretación –contradictoria con sus decisiones anteriores–, encontró que la condena a prisión por los delitos de injuria y calumnia contra los hermanos Carlos y Pablo Mémoli, en virtud de las denuncias públicas que realizaron contra los directores de una sociedad mutual que recibió de un cementerio municipal, y a título de arrendamiento nichos, que eran bienes públicos, no violó la CADH. La Corte IDH determinó que:

65 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

66 Bajo el tipo penal establecido en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, “[i]ncurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”. La CIDH y los representantes de la víctima sostuvieron que esta norma era en realidad una nueva formulación del delito de “desacato” o “vilipendio”. La Corte IDH, sin embargo, evitó calificar el tipo penal del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar como tal. Abordaremos el tratamiento del “desacato” en el siguiente acápite de este trabajo.

67 Nótese que la Corte IDH ordenó modificar y no «derogar» el tipo penal en cuestión.

68 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 78. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 55.

69 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 86.

tanto la vía civil como la vía penal son legítimas, bajo ciertas circunstancias y en la medida que reúnan los requisitos de necesidad y proporcionalidad, como medios para establecer responsabilidades ulteriores ante la expresión de informaciones u opiniones que afecten la honra o la reputación.⁷⁰

Particularmente preocupante nos resulta la falta de motivación de la Corte IDH en esta sentencia, considerando que en *Kimel* había señalado que los delitos de injurias y calumnias del Código Penal argentino eran contrarios a la CADH, contraviniendo el principio de legalidad. Mientras que, en *Mémoli*, la aplicación de esos mismos delitos no fue considerada una violación a la CADH, sin que este cambio de criterio sea explicado o fundamentado de manera razonable por la Corte IDH.

6.2. Las leyes de desacato

A diferencia de los casos sobre difamación criminal ya expuestos, en la sentencia del caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, la Corte IDH se inclina claramente por la necesidad de la derogación de los delitos de desacato,⁷¹ cuya incompatibilidad con el artículo 13 de la CADH había sido sostenida de manera reiterada por la CIDH desde 1995.⁷²

Los hechos expuestos en la demanda se referían a la prohibición de la publicación del libro de Palamara Iribarne, titulado “Ética y Servicios de Inteligencia”, en el cual se abordaban aspectos relacionados “con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos; la presunta incautación de los ejemplares del libro, sus originales, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electroestática de la publicación, y todo lo efectuado en la sede de la imprenta donde este se publicaba; así como la supuesta eliminación del texto del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio de Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio”.⁷³

Según lo indicado por la CIDH, “el señor Palamara Iribarne, oficial retirado de la armada chilena, se desempeñaba en el momento de los hechos como funcionario civil de la Armada de Chile en la ciudad de Punta Arenas”.⁷⁴ La CIDH indicó que Palamara Iribarne había sido sometido “a un proceso por dos delitos de desobediencia” por los que fue condenado, y que este “dio una conferencia de prensa [por la cual también] fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato”.⁷⁵

En lo que se refiere a la violación del artículo 13 de la CADH, la Corte IDH tenía que decidir acerca de dos cuestiones: 1. Si la prohibición de censura previa que trae el artículo 13.2. tiene solo la limitación del artículo 13.4., y 2. Si los delitos de desacato son incompatibles con el artículo 13. Los argumentos de la Corte IDH responden a esas dos cuestiones.

Respecto al primer punto, la Corte IDH esquivó señalar con claridad que la censura previa es permitida únicamente bajo los supuestos del inciso 4 del artículo 13.⁷⁶ Como se dijo más arriba, esto había sido establecido en “*La Última Tentación de Cristo*”. *Palamara Iribarne* es un caso fácticamente más

70 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 126.

71 No debe perderse de vista que la sentencia *Palamara Iribarne* es decidida con anterioridad al caso *Kimel*.

72 CIDH. *Informe Anual 1994*. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., Washington D.C., 1995.

73 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 2.

74 *Idem*.

75 *Idem*.

76 *Ibidem*, párrs. 72-73. En dichos párrafos, se afirmó que: “[t]al como ha establecido la Corte [IDH], ‘la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles’, por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones. En el presente caso, para que el Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Palamara Iribarne no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que estos pudieran recibir tal información”.

complejo para dilucidar los límites a la censura previa. Si un militar adquiere conocimiento de ciertos secretos relacionados con la seguridad nacional y decide publicarlos, parece claro que el Estado debería tener la potestad no solo de sancionar al individuo, sino de impedir la publicación misma. Por ejemplo, si durante un conflicto armado, un militar decide publicar la ubicación de las tropas o de los arsenales bélicos, es razonable que se le impida hacerlo. Sin embargo, la lectura que hasta *Palamara Iribarne* había dado la Corte IDH es que la censura previa es solo admitida para los casos del inciso 4 del artículo 13, por lo que la situación del militar planteado quedaría fuera.

En *Palamara Iribarne*, la Corte IDH dijo que no analizaría si el militar en retiro debía guardar reserva sobre ciertos asuntos confidenciales dado que se había demostrado que su libro abordaba asuntos de interés público y que además este no se basaba en cuestiones que él habría adquirido en razón de su cargo en la fuerza armada. La pregunta es, entonces, ¿qué habría pasado si esta no hubiera sido la situación?, ¿habría sido posible la censura previa? Nuestra opinión es que aun cuando la Corte IDH expresamente decidió que no analizaría la cuestión del deber de confidencialidad, la respuesta está en sus propias palabras cuando afirma que la violación del deber de confidencialidad puede acarrear responsabilidades posteriores sin hacer referencia a la posibilidad de restricción o censura previa.⁷⁷

Respecto al delito de desacato, en *Palamara Iribarne* la Corte IDH da una interpretación final positiva y acorde con lo que venía sosteniendo la CIDH en cuanto a la incompatibilidad de dichas normas con la CADH. Al leer la decisión, se advierte que constantemente se hace referencia “al presente caso” y a la “desproporción” de la reacción estatal. Hasta allí, los argumentos de condena por violación al artículo 13 de la CADH siguen la línea de *Canese y Herrera Ulloa*, incluso con la cuestión del diferente umbral a aplicar en los casos de expresiones sobre interés público. Pero, a partir del párrafo 89 de la decisión, la Corte IDH gira su línea argumental y ordena a Chile la derogación del delito de desacato que subsistía en la legislación.⁷⁸

77 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 77. La Corte IDH señaló que: “[p]uede ocurrir que los empleados o funcionarios de una institución tengan el deber de guardar confidencialidad sobre cierta información a la que tienen acceso en ejercicio de sus funciones, cuando el contenido de dicha información se encuentre cubierto por el referido deber. El deber de confidencialidad no abarca a la información relativa a la institución o a las funciones que esta realiza cuando se hubiere hecho pública. Sin embargo, en ciertos casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede generar responsabilidades administrativas, civiles o disciplinarias. En el presente caso no se analizará el contenido del deber de confidencialidad debido a que ha quedado demostrado que para escribir el libro ‘Ética y Servicios de Inteligencia’ el señor Palamara Iribarne había utilizado información proveniente de ‘fuentes abiertas’”.

78 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párrs. 89, 92-93. En dichos párrafos, la Corte IDH señaló: “[l]a Corte estima que en el presente caso, a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. La Corte considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. La Corte nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el artículo 264 del Código Penal reformado un tipo penal de ‘amenaza’ a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes. Además, este Tribunal observa que la modificación legislativa establecida por medio de la Ley No. 20.048 no abarcó todas las normas que contemplan el delito de desacato, ya que se conserva su tipificación en el Código de Justicia Militar. De esta forma se continúan estableciendo sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros y se contempla una protección mayor a las instituciones militares y sus miembros de la que no gozan las instituciones civiles en una sociedad democrática, lo cual no es compatible con el artículo 13 de la C[ADH]”.

Por último, la Corte IDH afirma que:

al haber incluido en su ordenamiento interno normas sobre desacato contrarias al artículo 13 de la C[ADH], algunas aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la C[ADH].⁷⁹

El incumplimiento del artículo 2 de la CADH no se encontró en *Herrera Ulloa, Canese, Tristán Donoso* y –como veremos a continuación– tampoco en *Fontevicchia y D’Amico*, pero sí en *Kimel y Usón Ramírez*. Podemos decir que, si hasta antes de *Kimel* hubo dudas, con *Palamara Iribarne* –en donde se analizaba el desacato–, la Corte IDH sin ningún titubeo solicitó la derogación.⁸⁰

6.3. Criminalización de la libertad de expresión

Más allá de la difamación y las leyes de desacato, en 2014, la Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre otras formas de criminalización de la libertad de expresión, particularmente sobre procesos penales y condenas impuestas a ocho dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche como autores de delitos en aplicación de la denominada “Ley Antiterrorista” en Chile, en un contexto de protesta social por la recuperación de sus territorios ancestrales.

En su decisión en el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, la Corte IDH examinó la compatibilidad de las penas accesorias impuestas en contra de las víctimas, en virtud de las cuales quedaron inhabilitadas por el plazo de quince años para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones.

La Corte IDH consideró que la pena constituyó una restricción indebida al ejercicio de la libertad de expresión de las víctimas:

no solo por haber sido impuesta fundándose en sentencias condenatorias que aplicaron una ley penal violatoria del principio de legalidad y de varias garantías procesales [...], sino además porque en las circunstancias del [...] caso e[ra] contraria al principio de la proporcionalidad de la pena.⁸¹

Además, la Corte IDH constató que las víctimas eran autoridades tradicionales del pueblo indígena Mapuche, y que como tales tenían un papel determinante en la comunicación de los intereses y en la dirección política, espiritual y social de sus respectivas comunidades, por lo que “la imposición de la referida pena accesoria les restringi[ó] la posibilidad de participar en la difusión de opiniones, ideas e información a través del desempeño de funciones en medios de comunicación social”,⁸² lo que incidía negativamente tanto en la dimensión individual como en la dimensión social del derecho a la libertad de expresión. Finalmente, la Corte IDH estimó que la forma en la que fue aplicada la “Ley Antiterrorista” a miembros del pueblo indígena Mapuche podría haber provocado un temor razonable en otros miembros de ese pueblo involucrados en acciones relacionadas con la protesta social y la reivindicación de sus derechos territoriales o que eventualmente desearan participar en estas.

La sentencia abre la puerta para el desarrollo de una línea jurisprudencial no solo sobre criminalización de la protesta sino de manera más amplia sobre el empleo de otras normas penales, que incluso cumpliendo con el del principio de legalidad y las garantías procesales, pueden ser contrarias al principio de la proporcionalidad de la pena y tener un efecto inhibitorio en el libre ejercicio de la libertad de expresión.

79 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 95.

80 Sobre el alcance e incumplimiento del artículo 2 de la CADH (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), ver el comentario a dicho artículo a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

81 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 374.

82 *Ibidem*, párr. 375.

6.4. La imposición de responsabilidades ulteriores a través de sanciones civiles

Además de las restricciones a la libertad de expresión impuestas en aplicación del derecho penal, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad entre la CADH y las sanciones civiles aplicadas en virtud del ejercicio de la libertad de expresión. En el caso *Fontev ecchia y D'Amico vs. Argentina*, la Corte IDH aborda por primera vez la problemática de la imposición de responsabilidades ulteriores civiles como mecanismo de restricción indebida de la libertad de expresión.

En este caso, los tribunales argentinos habían impuesto una condena civil a Jorge Fontev ecchia y Héctor D'Amico, director y editor respectivamente, de la revista Noticias, como responsabilidad ulterior por la publicación de dos artículos. En los textos se hacía referencia a la existencia de un hijo no reconocido de Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, con una diputada, y a las relaciones tejidas a lo largo de los años entre tales personajes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que se había violado el derecho a la vida privada del alto funcionario como consecuencia de aquellas publicaciones.

Al momento de realizar su análisis, la Corte IDH examinó, tal como en los casos en donde la imposición fuera de sanciones penales, “si la medida de responsabilidad ulterior civil aplicada [...] cumplió con los requisitos de estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional”.⁸³ En otras palabras, aplicó la totalidad del marco analítico de la pertinencia de la difamación criminal a las responsabilidades ulteriores civiles.

La Corte IDH señaló que la información publicada en el caso era de interés público y que, para la fecha de su difusión, ya se encontraba en el dominio público, por lo que no encontró que hubiera una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada de Menem. La Corte IDH puso particular énfasis en el análisis de los actos propios del entonces Presidente en torno a tales hechos para concluir que —bajo dicho contexto— no le correspondía alegar una razonable expectativa de protección de su privacidad. De este modo, la Corte IDH consideró que la imposición de la sanción civil constituía *per se* una violación del artículo 13 de la CADH:

[...] las publicaciones realizadas por la revista Noticias respecto del funcionario público electivo de más alto rango del país trataban sobre asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. Por ello, no hubo injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada.⁸⁴

Otro aspecto a destacarse, siguiendo lo dicho en *Tristán Donoso*, es la afirmación de la Corte IDH en cuanto al efecto inhibitorio que también puede causar la imposición de sanciones civiles en tales contextos:

la Corte [IDH] estima oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.⁸⁵

83 Corte IDH. *Caso Fontev ecchia y D'Amico vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 51.

84 *Ibidem*, párr. 71.

85 *Ibidem*, párr. 74.

En el caso, los representantes alegaron también que el artículo 1071 bis del Código Civil argentino era incompatible con el artículo 2 de la CADH en tanto: 1. Otorgaba una amplia discrecionalidad al juzgador para determinar la arbitrariedad de las intromisiones en la vida privada de los individuos, pero sin considerar si la información era o no de interés público; y 2. No establecía criterios claros para la determinación de los montos por condenas civiles en los que se determinase una violación del derecho a la intimidad. La Corte IDH, sin embargo, consideró que en el caso “no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la C[ADH], sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó los criterios de necesidad mencionados”.⁸⁶ Para la Corte IDH:

aquella disposición, en grado suficiente, permite a las personas regular sus conductas y prever razonablemente las consecuencias de su infracción. De tal modo que su aplicación resulte conforme a la C[ADH] dependerá de su interpretación judicial en caso concreto”.⁸⁷

Irónicamente, pareciera que en el ámbito de las normas que regulan la imposición de las sanciones civiles, la Corte IDH estuviera dispuesta a aceptar cierto grado de vaguedad e incertidumbre –impenable en el ámbito penal– para no caer en una suerte de “rigidez excesiva”.⁸⁸ Quizás futuros casos en torno a esta temática puedan arrojar más luces sobre esta cuestión.

6.5. La imposición de responsabilidades ulteriores a través de sanciones disciplinarias

Hasta hace poco, la Corte IDH solo había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posible afectación a la libertad de expresión a través de la imposición de sanciones penales y civiles. Las sanciones en aplicación del derecho administrativo, como las ocurridas en el caso *Ivcher*, habían sido abordadas como restricciones indirectas a la libertad de expresión. Esto cambió cuando en la sentencia del caso *López Lone y otros vs. Honduras*, emitida en 2015, la Corte IDH se pronunció sobre la imposición de responsabilidades ulteriores a través de procesos disciplinarios contra operadores judiciales en el contexto del golpe de Estado en Honduras de 2009.

En su decisión, la Corte IDH reconoce la relación existente entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático. Además, la Corte IDH señala que las manifestaciones y expresiones a favor de la democracia deben tener la máxima protección posible y, dependiendo de las circunstancias pueden estar vinculadas con todos o algunos de los derechos mencionados. La Corte IDH afirma, también, que el derecho a defender la democracia constituye una manifestación específica del derecho a participar en los asuntos públicos y comprende, a su vez, el ejercicio conjunto de otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de reunión, por lo que no cabe restringirlos a una determinada profesión o grupo de personas. La Corte IDH reconoce que resulta acorde con la CADH la restricción de ciertas conductas a los jueces, con la finalidad de proteger la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la justicia, como un “derecho o libertad de los demás”. Sin embargo, advierte que la facultad de los Estados de regular o restringir estos derechos no es discrecional y que debe interpretarse de manera restrictiva, de forma tal que no puede impedirse que los jueces participen en cualquier discusión de índole política.⁸⁹

La Corte IDH concluye que:

en momentos de graves crisis democráticas [...] no son aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas en defensa del orden democrático las normas que ordinariamente restringen su derecho a la participación en política. En este sentido, [...] las conductas de las presuntas

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 91.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 92.

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 90.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 172.

víctimas por las cuales les fueron iniciados procesos disciplinarios no pueden considerarse contrarias a sus obligaciones como jueces o juezas y, en esa medida, infracciones del régimen disciplinario que ordinariamente les era aplicable. Por el contrario, deben entenderse como un ejercicio legítimo de sus derechos como ciudadanos a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión y de manifestación.⁹⁰

Siendo consecuente con su jurisprudencia sobre responsabilidades ulteriores en otros ámbitos de aplicación de la ley, la Corte IDH afirma que “el mero hecho de iniciar un proceso disciplinario en contra de los jueces y la magistrada por sus actuaciones en contra del golpe de Estado y a favor del Estado de Derecho, podría tener el efecto intimidante antes señalado y por lo tanto constituir una restricción indebida a sus derechos”.⁹¹

7. Los temas pendientes en la agenda jurisprudencial del artículo 13 de la CADH

La opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas* plasmó varios criterios generales,⁹² los mismos que, casi tres décadas después, continúan vigentes como parámetros útiles para resolver casos donde se ventilan cuestiones relacionadas con la censura previa, los medios indirectos de amenaza a la libertad de expresión, el acceso a la información, y las responsabilidades ulteriores. La jurisprudencia emitida por la Corte IDH respecto de estos temas ha permitido comprender mejor el alcance del artículo 13 de la CADH y ha tenido un impacto decisivo en la jurisprudencia interna de los distintos Estados miembros de la OEA.

Cabe mencionar que no ha sido objeto de este trabajo agotar todos los comentarios o interpretaciones que la Corte IDH ha hecho en relación con el artículo 13 de la CADH. De hecho, a manera de *obiter dicta*, la Corte IDH también ha establecido criterios en sentencias relacionadas con el derecho a la libertad de expresión y el uso de la lengua,⁹³ la libertad de opinión,⁹⁴ la libertad de expresión de los funcionarios públicos,⁹⁵ la importancia de la libertad de expresión en los procesos electorales,⁹⁶ la

90 *Ibidem*, párr. 174.

91 *Ibidem*, párr. 176.

92 *Inter alia*, estándar democrático, doble dimensión de la libertad de expresión, limitación de las responsabilidades ulteriores.

93 “La Corte [IDH] considera que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que este implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 164.

94 “Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 93.

95 “En una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer estos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado”. Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 139.

96 “La Corte [IDH] considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, forta-

importancia del periodismo como manifestación de la libertad de expresión,⁹⁷ las condiciones de protección e independencia que se deben garantizar a los periodistas,⁹⁸ la restricción de la libertad de expresión mediante condiciones *de facto*,⁹⁹ y la participación de personas y grupos de oposición en una sociedad democrática.¹⁰⁰ Sin embargo, los problemas para el ejercicio de la libertad de expresión en las Américas van mucho más allá de todos los temas antes mencionados.

Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar una lista de problemas que frecuentemente generan tensiones con el derecho a la libertad de expresión en nuestra región: el uso arbitrario —y a veces discriminatorio— de la publicidad oficial por parte de los gobiernos; la distribución arbitraria de frecuencias radioeléctricas para instalar estaciones de radio o televisión; la concentración de la propiedad de los medios de comunicación; la publicidad de encuestas en tiempos de campaña electoral; los discursos de odio e incitación a la violencia; y las particularidades de la aplicación del artículo 13 de la CADH a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet.

Todos esos temas han sido abordados de manera amplia y detallada por la CIDH a través de estudios e informes temáticos preparados por su Relatoría Especial,¹⁰¹ a través de los cuales ha contribuido de manera decisiva a la interpretación del artículo 13 de la CADH y al desarrollo de estándares para su efectivo cumplimiento. No obstante, hasta el momento, la Corte IDH no ha resuelto casos específicos sobre estos temas.

El desarrollo de la jurisprudencia del SIDH respecto del artículo 13 depende entonces de que todos los actores del SIDH litiguen estratégicamente otros casos, con el fin de que los temas puestos en conocimiento de la Corte IDH no se limiten a reiterar los criterios existentes, sino que permitan el desarrollo de nueva jurisprudencia sobre las cuestiones que afectan el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el hemisferio.

lece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 88.

97 “Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la Universidad”. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 118.

98 “En este sentido, la Corte [IDH] ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que esta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca”. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 119.

99 “[...] la Corte [IDH] ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan. Por ello, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación. Igualmente, la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, garantiza la difusión de información o ideas, incluso las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población”. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 172.

100 “[...] las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 173.

101 Ver los documentos citados en la sección “Referencias académicas” al inicio de este comentario.

Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A n.º 7. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

Corte Suprema de Justicia de Argentina

Costa vs. Ciudad de Buenos Aires, 12/3/87, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 310:508.

Ekmekdjian vs. Neustadt, 1/12/88, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1989-II-383, y Fallos, 311:2497.

Sánchez Abelenda vs. La Urraca, 1/12/88, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 311:2553.

Ekmekdjian vs. Sofovich, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, Fallos de la CSJA, 315:1492.

Petric, Domagoj Antonio vs. Diario Página 12, 16/4/98, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 321:885.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referencias académicas

BADENI, G. *Libertad de prensa*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

BALLESTER, E. C. *Derecho de respuesta, réplica, rectificación: el público, la información y los medios*. Astrea, Buenos Aires, 1987.

BIDART CAMPOS, G. y PIZZOLO (h), C. (Coords.). *Derechos Humanos. Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios*. Ed. Cuyo, Mendoza, s/f, t. I.

CULLEN, I. “Derecho de réplica”, en *Discrepancias, Federación Argentina de Colegios de Abogados*, n.º 3, Buenos Aires, 1990.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (Coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. UNAM, México, 2001.

PONCE DE LEÓN, R. “Derecho de Réplica”, en VEGA, J. C. y GRAHAM, M. A. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Astrea, Buenos Aires, 1996.

PUCCINELLI, Ó. “Las garantías de rectificación y respuesta y su exigibilidad en el derecho interno”, en *El Derecho*. Buenos Aires, 1990.

RIVERA (h), J. C. *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

SAGÜÉS, N. P. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

SAGÜÉS, N. P. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. 5ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

SAGÜÉS, N. P. *Censura judicial y derecho de réplica*. Astrea, Buenos Aires, 2008.

SAGÜÉS, N. P. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, n.º 1, año 8, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2010.

VENTURA, M. E. y ZOVATTO, D. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*. Civitas, Madrid, 1989.

Contenido

1. Introducción	432
2. La rectificación o respuesta como derecho	433
3. Concordancias y conflictos entre la rectificación o respuesta, la libertad de expresión, el derecho a la honra y dignidad, y los límites a los derechos	434
4. Exigencia (o no) de ley reglamentaria, para la operatividad de la rectificación o respuesta	436
5. El margen de apreciación nacional en la legislación reglamentaria	437
6. Temas conflictivos. La rectificación o respuesta contra periódicos y películas	438
7. Las ‘informaciones’ ‘inexactas o agraviantes’	439
8. Colofón. Temas pendientes	441

1. Introducción

La CADH aborda en su artículo 14 el derecho de rectificación o respuesta. No existen demasiados datos acerca de la gestación de esta norma, el texto del proyecto original fue discutido primero en la novena sesión de la CIDH, el 14 de noviembre de 1969, en Costa Rica, en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, donde incluso hubo mociones de Estados Unidos y de Brasil para eliminar esta cláusula, reputada por sus objetores como discutible y de escasa vigencia internacional. No obstante, se dispuso en aquella sesión constituir un “grupo de trabajo”, integrado por Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Nicaragua, Panamá y México, para reelaborar la norma propuesta.

El tema volvió a tratarse en la decimosexta sesión, el 18 de noviembre de 1969, ya con dictamen del grupo de trabajo, donde se introdujeron –sin darse mayores fundamentos– ciertos criterios restrictivos sobre el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, como ceñirlo para los medios de difusión ‘legalmente reglamentados’. De esa manera, se aprobó el texto hoy vigente, algunas veces con discrepancias.¹

En la opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, del 29 de agosto de 1986 (documento donde de modo específico la Corte IDH se ocupa de este instituto), la Corte IDH aclara que la rectificación o respuesta se trata de ‘un derecho’ (sic: por ejemplo, párrafos 22 y 24). No son, pues, dos, sino uno solo, el derecho aquí en juego. Rectificación y respuesta quieren decir –tanto para la CADH como para su intérprete máximo– lo mismo. En doctrina, en cambio, existen diferenciaciones al respecto.²

Ni la CADH ni la Corte IDH utilizan la expresión ‘derecho de réplica’ como sinónimo de la rectificación o respuesta. La voz ‘réplica’ es acusada, de vez en cuando, de vetusta, de antiguo uso en España, y además impropia, ya que acopla forzosamente la idea de controversia o contienda.³ Sin embargo, es de empleo frecuente en algunos lugares, v. gr., en Argentina, donde se usa mucho más que las otras dos expresiones. Por lo demás, en inglés también es usual.⁴

2. La rectificación o respuesta como derecho

Como fue señalado, la Corte IDH ha puntualizado que tal instituto es un derecho.⁵ Por ser tal –la Corte IDH explica– los dos incisos finales del artículo 14 de la CADH se detienen en las responsabilidades de quienes provocaron su ejercicio, y demanda la obligación de que alguien responda.

Algunos autores entienden que más que un derecho, la rectificación o respuesta es una ‘garantía’. La distinción entre derechos y garantías no es pacífica, y para muchos, una garantía importa también un derecho. En general, si se admite la distinción, podría decirse que la garantía es el vehículo procesal para tutelar al derecho (así, por ejemplo, la garantía del hábeas corpus protegería tradicionalmente a la libertad ambulatoria y el amparo, también como garantía, en general a los demás derechos).

La rectificación o respuesta, ya como variable del amparo, ya como procedimiento autónomo, custodia el honor y la dignidad de las personas, que son los bienes citados por la Corte IDH en su considerando 23 de la opinión consultiva *sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*.⁶

1 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2., pp. 217-220, 281 y ss.

2 Para acceder a una versión impresa completa de dicha opinión consultiva, ver, por ejemplo, Ventura, M. E., y Zovatto, D. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*. Civitas, Madrid, 1989, pp. 393-438; Bidart Campos, G. y Pizzolo (h), C. (Coords.). *Derechos Humanos. Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios*. Ed. Cuyo, Mendoza, s/f, t. I, pp. 433-488. Una versión no completa de la opinión consultiva –aunque contiene sus puntos esenciales–, se encuentra en García Ramírez, S. (Coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. UNAM, México, 2001, pp. 997 y ss. Entre los autores que distinguen el ‘derecho de rectificación’, del ‘derecho de respuesta’ asignando al primero la corrección de datos erróneos y, al segundo, de información agravante, ver Puccinelli, Ó. “Las garantías de rectificación y respuesta y su exigibilidad en el derecho interno”, en *El Derecho*. Buenos Aires, 1990.

3 Ballester, E. C. *Derecho de respuesta, réplica, rectificación: el público, la información y los medios*. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 32-33.

4 Ver por ejemplo, al respecto, la Resolución 26, del 2 de julio de 1974, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que en la versión inglesa es titulada *On the right of reply*.

5 Igualmente, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986, considerando 22.

6 Sobre el tema, ver Sagüés, N. P. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. 5ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 63 y 139. Entre quienes visualizan la rectificación o respuesta como garantía ver Puccinelli, Ó., *op. cit.*; y Cullen, I. “Derecho de réplica”, en *Discrepancias, Federación Argentina de Colegios de Abogados*. Buenos Aires, n.º 3, 1990.

El artículo 14.3. del Pacto de San José alude por su parte a la defensa de la ‘honra y de la reputación’. Esta es la versión más ajustada de los bienes tutelados por este derecho, ya que no toda la dignidad de la persona está atendida por la rectificación o respuesta, sino la parcela de la dignidad humana conectada con su honra y reputación. Por ejemplo, no refiere al respeto de la dignidad en el trabajo forzoso (art. 6.2. de la CADH).

La Corte IDH, sin embargo, no aplica tal categorización distintiva entre derechos y garantías, al menos respecto del dispositivo que comentamos, en la aludida opinión consultiva.

Visualizada, entonces, como derecho, la rectificación o respuesta fue entendida en el voto separado del anterior juez de la Corte IDH, Héctor Gross Espiell, en la referida opinión consultiva *sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (punto 5), en una doble acepción. El juez Gross Espiell dividió una dimensión individual de la rectificación o respuesta, donde el agraviado por una información inexacta o agravante tiene “la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de esa información emitida en su perjuicio”. En la segunda dimensión, social, la rectificación o respuesta “permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agravante”.

Esta distinción, por cierto de interés, no fue ni aceptada ni rechazada por la mayoría de la Corte IDH. Se vincula, desde luego, con la también doble vertiente de la libertad de expresión, individual y social, por ella sostenida reiteradamente. La tesis de Gross Espiell no resulta, desde luego, desechable y, antes bien, concluye atractiva, dentro del marco ideológico de la Corte IDH acerca del derecho a la libre expresión.

3. Concordancias y conflictos entre la rectificación o respuesta, la libertad de expresión, el derecho a la honra y dignidad, y los límites a los derechos

En la misma opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* la Corte IDH destacó que existe una correspondencia entre el artículo 14 y otros preceptos de la CADH. En primer lugar, con el artículo 13.2., referido a la libertad de pensamiento o expresión, en cuanto que ella debe sujetarse a los derechos o a la reputación de los demás. La Corte IDH subraya esa necesaria comunicación entre la rectificación o respuesta y la libertad de expresión. Al regular el primero, los Estados deben también respetar el segundo. Viceversa, la libertad de expresión no debe entenderse como negatoria de la rectificación o respuesta. La Corte IDH recordó también –puntualmente–, que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre libertad de expresión. En segundo término, con los artículos 11.1. y 11.3., en el sentido que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y a su dignidad, y el derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques a las mismas. En tercer lugar, con el artículo 32.2., cuando dispone que los derechos de cada uno están limitados “por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.⁷

Esta tesis de la Corte IDH, cuando compensa y compatibiliza el ejercicio de la libertad de prensa con la tutela de otros derechos personales y el bien común, es vital para aventar las fuertes objeciones planteadas en diversos escenarios jurídicos, donde se intentó sostener que la réplica (rectificación o respuesta) era incompatible con la libertad de prensa, por implicar una suerte de censura sobre el medio de difusión afectado, al que se le obligaría, contra su voluntad, a incluir en su programación los textos de la réplica.⁸

⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86, *op. cit.*, considerandos 23 y 25.

⁸ Ver Badeni, G. *Libertad de prensa*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 161-164.

La tesis de la Corte IDH importa una opción ideológica de coexistencia entre los citados derechos en danza, y parte del obvio supuesto de no entender la libertad de expresión como un derecho absoluto y siempre predominante sobre los demás.

Uno de los argumentos más sólidos para la tesis negativista del derecho de rectificación o respuesta, es la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pronunciada en 1974 en el caso *Miami Herald Publishing Co. vs. Patrick Tornillo*, donde declaró inconstitucional el derecho de réplica (*right of reply*), instrumentado por una ley del Estado de Florida. Sin embargo, el vigor de dicho fallo es discutido por referirse al ejercicio del derecho de rectificación y respuesta por parte de candidatos, y durante procesos electorales, en temas de propaganda.⁹ También se ha apuntado que el derecho de rectificación o respuesta programado por la CADH tiene una filosofía, sustento y alcances muy diferentes al diseñado en la ley de Florida; que no media en el derecho norteamericano una tutela al honor personal frente a la prensa, y que la protección de los individuos, en todo caso, es frente a una acción estatal.¹⁰

No obstante esta argumentación, el caso *Miami Herald* es terminante cuando niega la constitucionalidad de la compulsión a publicar, y la rectificación o respuesta es una forma de ella. En rigor de verdad, y como apuntamos, el criterio de la Corte IDH zanja la cuestión con una opción ideológica: la libertad de expresión es una libertad estratégica (sistémica, preferimos llamarla, por su papel decisivo en la funcionalidad del sistema democrático), pero no importa un valor excluyente de todos los demás, de tal modo que la réplica, rectificación o respuesta, *opera como una fórmula razonable de cohabitación de dicha libertad con otros derechos y valores, vinculados con la dignidad de las personas*.

El ya aludido voto separado del juez Héctor Gross Espiell (párrafo 5 del mismo), subraya esa compatibilización entre libertad de pensamiento y de expresión con la rectificación o respuesta, pero se la exalta todavía más, planteando incluso a esta última como un medio ineludible para alcanzar un equilibrio en la información necesaria para lograr una adecuada y veraz formación de la opinión pública, en una sociedad democrática y pluralista. La armonización entre el derecho a expresarse y el respeto a la reputación de las personas demanda, en tal contexto, a la rectificación o respuesta. Tal idea de la obligada necesidad de instrumentar la rectificación, como requisito de la democracia, no fue sin embargo asumida por la Corte IDH.

La coexistencia del derecho de rectificación o respuesta con la libertad de expresión y de prensa ha sido igualmente sostenida en el ámbito interno o nacional.¹¹ Es notorio que ello se hace en un marco ideológico distinto al norteamericano, hecho que revela que el texto de una misma directriz constitucional (v. gr., el vigente en materia de libertad de expresión, en Estados Unidos y Argentina), puede tener interpretaciones diferentes según el techo ideológico del país del caso.

9 Ponce de León, R. "Derecho de Réplica", en Vega, J. C. y Graham, M. A. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 132.

10 Rivera (h), J. C. *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 106 y ss.

11 Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso *Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12*, 16/4/98, en Fallos, Buenos Aires, 321:885. La Corte Suprema entendió compatible la réplica, rectificación o respuesta prevista por el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 14, con el artículo 14 de la Constitución nacional argentina, que enuncia el principio de publicar las ideas por medio de la prensa, sin censura previa. La sentencia destaca que en el ejercicio del derecho de réplica existe no solamente una tutela de los derechos del perjudicado por una información inexacta o agravante, sino también un interés social en conocer la versión de cada uno (la del medio de difusión y la del perjudicado por este), para que todos puedan informarse y detectar la verdad. La réplica, pues, tendría una naturaleza bifrontal, tesis que se vincula, apuntamos, al pensamiento de Héctor Gross Espiell, y que mencionamos *supra*, parágrafo 2. En el fallo hubo un voto en disidencia del juez Belluscio, quien reputó inconstitucional la réplica, partiendo del supuesto del derecho a la libertad de expresión como derecho absoluto. Ver Sagüés, N. P. *Censura judicial y derecho de réplica*. Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 119 y ss.

4. Exigencia (o no) de ley reglamentaria, para la operatividad de la rectificación o respuesta

El artículo 14.1. de la CADH especifica que el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, lo es “en las condiciones que establezca la ley”. Una lectura meramente literal del precepto llevaría aquí a aplicar, a rajatabla, el principio de mediación de la ley: la rectificación o respuesta solamente podría operar en los términos que determine la ley reglamentaria. Y, si no existe dicha ley, no puede ejercitarse el derecho. Alguna jurisprudencia nacional así lo determinó.¹² Desde luego, esa interpretación es poco aceptable: subordina la vigencia real del derecho, emergente de una convención internacional, a lo que disponga (o no disponga) el legislador nacional.

La Corte IDH se ocupó expresamente del problema en su opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, y dio una respuesta legítima y funcional: la rectificación o respuesta debe practicarse aunque no exista ley formal nacional que la regule. Para ello, la Corte IDH, partiendo del supuesto de que la rectificación o respuesta es un “derecho” de las personas, estima 1) que la idea de que los Estados pueden crear por ley dicho derecho sin encontrarse obligados a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece con la CADH (párrafo 23); 2) que si en un Estado los individuos no pueden ejercerlo, por falta de reglamentación, esto implicaría una violación a la CADH (párrafo 28). En efecto, conforme al artículo 1.1. de esta última, y a su artículo 2 (principio del “efecto útil”), los Estados se comprometen a respetar y a garantizar los derechos consagrados en aquel instrumento internacional, y a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter” para hacerlos efectivos (párrafos 29 y 30). En consonancia, la creación, existencia, o exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, determina la Corte IDH, “no depende de la voluntad del Estado, ya que ello emerge de la CADH. A los Estados les compete instrumentar, y no negar, el ejercicio del derecho en cuestión” (párrafo 33).

Por último: ¿qué quiere decir la palabra “ley”, en el artículo 14.1. de la CADH? Para la Corte IDH, el vocablo “ley” tiene distintos significados según los diferentes artículos de aquella. Cuando se trata de restringir el uso de un derecho, “ley” significa ley formal. Pero cuando se refiere a potenciar el ejercicio de un derecho, como el de rectificación o respuesta, el Estado debe hacerlo efectivo, “sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento interno para cumplir ese fin” (párrafo 33).

Un caso sugestivo de seguimiento a esta directriz de la Corte IDH, hoy obligatoria para todos los jueces nacionales en virtud de la doctrina del “control de convencionalidad”,¹³ es la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Este tribunal que inicialmente desestimaba el ejercicio del derecho de réplica, rectificación o respuesta, por no existir disposición constitucional o legal que lo implementase, terminó en el célebre caso *Ekmekdjian vs. Sofovich*,¹⁴ por instrumentarlo, esta vez por medio de una sentencia judicial, y siguiendo las pautas de la Corte IDH que hemos descrito.

En definitiva, la Corte IDH concluyó en la opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, por unanimidad, que la rectificación o respuesta es un derecho de fuente internacional exigible, que los Estados deben respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona, y que cuando tal derecho no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un

12 Corte Suprema de Justicia de Argentina, casos *Costa vs. Ciudad de Buenos Aires*, 12/3/87, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 310:508; *Ekmekdjian vs. Neustadt*, 1/12/88, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1989-II-383, y Fallos, 311:2497; *Sánchez Abelenda vs. La Urraca*, 1/12/88, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 311:2553.

13 Conforme a esta doctrina, ampliada en el caso Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, los jueces nacionales deben, incluso de oficio, 1) inaplicar el derecho interno opuesto a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, y 2), interpretar el derecho interno conforme tal Pacto y Jurisprudencia. Nos remitimos a Sagüés, N. P. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, n.º 1, año 8, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2010, pp. 117 y ss.

14 Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Ekmekdjian vs. Sofovich*, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, Fallos de la CSJA, 315:1492.

Estado, el mismo tiene la obligación de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias.

Por seis votos contra uno, determinó que la palabra “ley”, empleada en el artículo 14.1. de la CADH, se relaciona con el deber del Estado contemplado en el artículo 2 de la misma (principio del ‘efecto útil’ de los tratados), de tal modo que alude a las medidas que debe adoptar el Estado, y que comprenden todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero, en cuanto tales medidas restrinjan un derecho reconocido por la CADH, será necesaria la existencia de una ley formal.

5. El margen de apreciación nacional en la legislación reglamentaria

La opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* se detuvo también en el contenido de las normas reglamentarias del derecho que deben dictar los Estados. En el párrafo 27, la Corte IDH advierte que el artículo 14 de la CADH no regula si las personas afectadas por informaciones inexactas o agravantes tienen derecho a responder en un espacio igual o mayor en donde aparecieron aquellas, el tiempo en que puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc. Todo ello podrá variar de Estado a Estado, pero 1) dentro de lo razonable y 2) conforme los conceptos afirmados por la Corte IDH. En definitiva, esos Estados “fijan las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta” (párrafo 28), respetando esas pautas.

De hecho, la Corte IDH aplica aquí la doctrina del margen de apreciación nacional, que antes había admitido en la opinión consultiva sobre la *propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*.¹⁵ Esa doctrina tiene distintas vertientes, se la ha visto como una técnica de interpretación de derechos, en orden a delimitarlos en superficie y profundidad. Para algunos, reconoce que en todo derecho existe un núcleo duro, básico y elemental, que siempre debe guarecerse, pero que también tiene otro, flexible, donde operan las experiencias y la idiosincrasia locales. Tal idea se refleja en la CADH cuando se alude, por ejemplo, a los conceptos limitativos de los derechos, *v. gr.*, del orden público, de la seguridad nacional, de la salud y de la moral públicas, interés social, etc., que aparecen en varios artículos de la CADH (por ejemplo, arts. 12, 16, 21). También opera en la suspensión de las garantías, para meritar los conceptos de “peligro público o de otra emergencia” que justifican tal suspensión (art. 27); y en las facultades reglamentarias del ejercicio de ciertas acciones y procesos, como, *v. gr.*, el amparo del artículo 25, el hábeas corpus del artículo 7.6. y, precisamente, la “ley” del desarrollo del derecho de rectificación o respuesta que demanda el artículo 14. Ello autoriza a pensar un régimen procesal de términos, trámites, órganos competentes, pasos y mecanismos recursivos, espacios y tiempos para ejercitar la rectificación o respuesta, etc., en parte distintos de un país a otro.

En tal sentido, un vistazo al derecho americano en materia de este derecho exhibe regulaciones múltiples, constitucionales y a menudo también legales, algunas genéricas y otras con reglas especializadas en la réplica electoral (Brasil, *v. gr.*); de vez en cuando subsumido en el amparo pero en otros casos con normas procesales propias, o insertadas en la ley sobre delitos de imprenta (México). Los textos son generalmente breves, sin perjuicio de existir otros extensos (Uruguay). No han faltado documentos constitucionales provinciales argentinos, pocos al fin, que han negado el ejercicio del derecho de réplica, en contravención, por tanto, con las normas de la CADH.¹⁶

15 Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional, sus variables, su proyección al SIDH, ver Sagüés, N. P. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 222 y ss.

16 Nos remitimos a Sagüés, N. P. *Censura judicial y derecho de réplica*, *op. cit.*, p. 144, 153 y ss., con un tratamiento sinóptico de la legislación vigente en el escenario latinoamericano. A mero título ejemplificativo, conviene recordar que Brasil cuenta con una legislación frondosa en la materia. En su momento, la ley 5250, habilitó el derecho de

Recordemos que cuando no existe ley formal reglamentaria, como pasa por ejemplo en Argentina en el orden federal, los Estados (y sus jueces, claro está), deben de todos modos instrumentar el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, como ya hemos apuntado, arbitrando soluciones que pueden variar de país a país, aunque lo más frecuente es utilizar un mecanismo procesal ya existente, como la acción de amparo u otra análoga, para diligenciar las peticiones del caso.

6. Temas conflictivos.

La rectificación o respuesta contra periódicos y películas

Uno de los puntos más controvertidos de la CADH respecto del derecho que tratamos, es su ejercicio contra medios de difusión. El artículo 14, en efecto, lo programa respecto de informaciones

respuesta a favor de personas naturales o jurídicas, con un plazo de caducidad para ejercerlo de sesenta días desde la publicación o transmisión. La respuesta debe insertarse gratuitamente. De no aceptarla el medio de difusión, cabe el reclamo judicial, con audiencia para el responsable del medio a fin de que haga su descargo. La sentencia de primera instancia es apelable con efecto devolutivo. Si la decisión admisorio es revocada en segunda instancia, el promotor de la respuesta deberá abonar el costo de la publicación. Los asuntos relativos a crítica literaria, teatral, artística, científica o deportiva no dan lugar a la réplica, salvo que sean calumniosos, difamatorios o injuriantes. A su turno, la ley 9504 de elecciones reglamentó el derecho de respuesta en materia electoral, a favor de candidatos afectados por conceptos, imágenes o afirmaciones calumniosas, difamatorias, injuriosas o intencionalmente falsas. Se plantea ante la justicia electoral. El decreto 52.795/63, de reglamentación de los servicios de radiodifusión, admitió la réplica incluso hacia agravios contra un difunto, ejercitable por su cónyuge, ascendientes, descendiente o ciertos parientes colaterales. En Colombia, la falta de ley reglamentaria no ha sido obstáculo para que se concrete el derecho de rectificación por medio de la acción de tutela (amparo), a favor de personas naturales o jurídicas. En Costa Rica, también el amparo ha sido el vehículo para practicar el derecho de réplica, pero con una tramitación particular. La ley 7135 determina que si los agravios fuesen vertidos a un grupo o colectividad, la legitimación activa corresponde, si el grupo estuviere organizado, al personero autorizado del mismo y si fuere una persona jurídica, por su representante legal. Los medios de difusión pueden negarse a réplicas que excedan los límites razonables, o que no tengan relación directa con la publicación cuestionada. En Chile, la ley 19.733 determinó que las aclaraciones y rectificaciones deben referirse al tema que las motiva y no podrán tener una extensión superior a mil palabras o a dos minutos en los casos de radiodifusión sonora o televisiva. Se proyectarán en la misma página donde apareció la información inexacta o agravante, o en el mismo horario y con características similares a la transmisión que suscitó la rectificación. No procede la réplica respecto de comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva. Además, tiene que ejercerse dentro de los veinte días desde la fecha de emisión. Si se hace lugar a la réplica, el tribunal puede disponer multas si no se la ejecuta. En Guatemala, la rectificación o respuesta se graduó por la ley de emisión de libre pensamiento. Su artículo 37 la habilitó para plantear aclaraciones, rectificaciones, explicaciones o refutaciones, todo ello gratuitamente y en la misma página o columna donde apareció la noticia original, pero no podrán exceder del doble de la extensión de esta. Si se trata de una publicación que afecte a varios, bastará con publicar una sola rectificación, con mención de los demás interesados en ese texto. Para ejercitar este derecho, la ley contempla un trámite judicial muy sencillo, ante un juez de paz. En México, la ley sobre delitos de imprenta obligó a publicar rectificaciones o respuestas, planteadas por autoridades o particulares. Pero, la respuesta debe presentarse dentro de los ocho días siguientes a la publicación, y no debe exceder el triple (tratándose de funcionarios) o el doble (de particulares), del texto original. La réplica no deberá ser injuriosa o indecorosa, ni debe atacar a terceras personas. Por lo demás, existen sanciones penales si la réplica no se efectiviza. Panamá, por la ley 22/2005 dispuso que el espacio de la réplica deberá ser igual al de la noticia o referencia que lo motiva, aunque podrá ser ampliado según las circunstancias. Los medios de comunicación tendrán que reservar un espacio o sección permanente para la publicación de las réplicas, y para las aclaraciones o comentarios de los lectores o cualquier persona afectada por la noticia. En caso de oposición, se prevé un amparo judicial “sin formalismos excesivos”, que contempla incluso una multa contra el medio que desechó contra derecho el ejercicio de la rectificación o respuesta. Paraguay dictó inicialmente la ley 1262, que prevé la rectificación o contestación contra todo medio de comunicación social. El derecho debe ejercitarse dentro de los siete días calendarios siguientes al de su difusión. Si el medio se opone, la ley dispuso un procedimiento judicial sumario para habilitar la réplica. Como detalle de interés, el artículo 7 obligó a los medios radiales y audiovisuales a grabar y conservar las transmisiones que aludan a terceras personas. En Perú, sobre réplica, medió una reforma constitucional, ya que el texto de 1993 preveía el hábeas data como el vehículo procesal para instrumentarla, mientras que por la ley 26.775 y 26.847 se estableció que fuese el amparo, como lo establece el actual código procesal constitucional. Parte de la doctrina peruana diferencia el derecho de rectificación, destinado a corregir informaciones incorrectas, del derecho de réplica, para formular descargos o argumentos ante imputaciones referentes a personas. Conforme con la legislación vigente, debe ejercitarse este derecho dentro de los quince días posteriores a la difusión cuestionada.

inexactas o agraviantes vertidas “a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general”. No existen mayores problemas para practicarlo, entonces, respecto de radios y emisoras de televisión, sometidos habitualmente a un régimen de concesiones, pero sí en cuanto a periódicos y revistas, (o sea, la prensa escrita tradicional), que por lo común no se encuentran, en sentido estricto, “legalmente reglamentados”. En principio, aparentemente, estarían exentos de la réplica.

Hemos visto que la exigencia de practicar el derecho de rectificación o respuesta respecto de los medios de difusión legalmente reglamentados, aparece (sin mayores explicaciones), en el documento elaborado por el “grupo de trabajo” al que hicimos referencia en el párrafo 1, en el seno de la conferencia de Costa Rica de 1969.

El tema no fue abordado por el pleno de la Corte IDH en la ampliamente referida opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, pero sí en el voto separado del juez Héctor Gross Espiell, quien advirtió que el párrafo en cuestión apareció recién en la última etapa de redacción de la CADH, en la Conferencia especializada de 1969, y como propuesta del grupo de trabajo.

El juez Gross Espiell, entrando a la exégesis de la norma, propuso que se la interpretara en sentido amplio, abarcativo de “todos los medios de difusión que, de una u otra forma estén regulados, por medio de la ley, en el derecho interno de los Estados partes” (párrafo 4 de su voto). Aclaró que se refería a cualquier tipo de reglamentación, exija o no autorización, concesión o habilitación previa para trabajar. El texto de la CADH, añadió, no distingue entre reglamentaciones amplias o mínimas y, por tanto, no cabe formular distinciones. Por el contrario, si se limitase la rectificación o respuesta a la prensa radial o televisiva, y se excluyese a la escrita, se estaría formulando una discriminación desigualitaria opuesta a los artículos 1.1. y 24 de la CADH.

Aunque el tema es naturalmente polémico, nos inclinamos también por la tesis de Gross Espiell. Los diarios, por ejemplo, también están –en alguna medida– reglamentados. La misma CADH los reglamenta en un punto, en el propio artículo 14.3., al demandar a las publicaciones y empresas periodísticas que indiquen “una persona responsable” que carezca de inmunidades especiales. Ello está suponiendo que las mismas, en general, pueden ser pasibles del ejercicio de la rectificación o respuesta.

Respecto de las películas, no son, en principio, ‘medios de difusión’, sino más bien ‘obras a difundir’, por lo que no resulta sensato habilitar el derecho de rectificación o respuesta contra ellas. Se las puede equiparar, en cierta medida, a un libro, por ejemplo. No obstante, la parte final del artículo 14 del Pacto de San José determina que para hacer efectiva la protección de la honra y reputación, la “empresa cinematográfica” (como las de periodismo, radio o televisión), tendrá que designar una persona responsable, con lo que se estaría habilitando la réplica contra películas.

Una manera adecuada de entender este precepto es considerar que ciertos filmes, conocidos por ejemplo como ‘noticieros’, han operado de hecho como medios de difusión, al igual que diarios, revistas, programas televisivos y periódicos en general. Se trata de películas (hoy en declinación, ya que la mayoría de ellas ha desaparecido), esencialmente informativas, que se emiten y continúan consecutivamente, y respecto de los cuales la réplica, rectificación o respuesta puede tener sentido.

7. Las ‘informaciones’ ‘inexactas o agraviantes’

El artículo 14.1. de la CADH habilita la rectificación o respuesta respecto de ‘informaciones’. Esto ha llevado a suponer que las *meras opiniones o críticas no están incluidas en el ejercicio de tal derecho*, aunque eventualmente podrían (en principio) dar lugar a otro tipo de responsabilidades ejercitables por otras vías procesales. Tampoco existe, por ende, la ‘réplica ideológica’.

La inaplicabilidad del derecho de réplica frente a las opiniones se funda, asimismo, en que el artículo 19 del PIDCP, determina que “nadie puede ser molestado por sus opiniones”. A su turno, la Corte IDH, en el caso *Kimel vs. Argentina*, con referencia a ciertas apreciaciones vertidas por el autor

de un libro enmarcado dentro del llamado periodismo de investigación, que dichas opiniones no podían considerarse ni verdaderas ni falsas, y que, “como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción...”¹⁷

El tema es que algunas veces, una información puede disfrazarse de opinión, según el modo verbal que se emplee, el giro lingüístico usado, o la forma de exteriorizar un hecho. Por ejemplo, si en vez de decir “Juan estafó a Pedro”, digo “Yo opino que Juan estafó a Pedro”, esta última modalidad ¿excluiría el planteo del derecho a respuesta? Y si se trata de tutelar el derecho al honor y a la reputación, ¿no se lo hiere tanto con la expresión de una información como, por ejemplo, mediante una crítica u opinión profundamente agresiva?

Otro punto discutible de la CADH es programar la rectificación o respuesta respecto de informaciones ‘inexactas o agraviantes’. Dada la disyunción que provoca la “o”, cabe programar el derecho que contemplamos para cuestionar estas informaciones: 1) inexactas y agraviantes, 2) inexactas, aunque no agraviantes, y 3) exactas, pero agraviantes.

Respecto de las informaciones inexactas, su listado puede abarcar las noticias desactualizadas, las falsas a sabiendas, las simplemente erróneas. La CADH exige que causen perjuicio, aunque ese daño, en homenaje al valor verdad, puede generarse por el simple hecho de que se diga de alguien algo que no le corresponde. Ello lesiona la correcta imagen de una persona, es decir, el derecho a su propia imagen. De todos modos, surge un problema de prueba de la exactitud o inexactitud de la información. Esa prueba puede ser, según los casos, simple o compleja, y plantea el problema de las facultades del juez de la rectificación o respuesta, en lo que hace a su radio de conocimiento. El asunto fue abordado ya en el referido voto separado de Héctor Gross Espiell. Dicho juez demandó que, de haber controversia entre las partes, la justicia verificase la procedencia del reclamo, en un trámite respetuoso del debido proceso al que alude el artículo 8 de la CADH. En sus palabras, la rectificación no debía ser un procedimiento automático (párrafo 3 de su voto). Otros autores exigen, igualmente, que se acredite que la información impugnada es inexacta.¹⁸

También el voto particular del juez de la Corte IDH, Rodolfo Piza Escalante, se detuvo en la conveniencia de reprimir el abuso del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, y previó la necesidad de instrumentar un recurso efectivo y expeditivo, adecuado a la naturaleza y urgencia del caso (punto 39 de su dictamen), que resolviese “cualquier conflicto sobre la existencia del agravio” (punto 48, “conclusiones”, I-3).

Otra corriente, por el contrario, considera que para ejercitar la rectificación o respuesta basta simplemente que el afectado difiera de la información presuntamente inexacta o agraviante, sin necesidad de demostrar la certeza de sus afirmaciones.¹⁹ El problema es que, para demostrar la verdad o el error de una información cuestionada, el asunto puede, eventualmente, y según las características de cada caso, insumir un tiempo prolongado, con lo que la rectificación o respuesta podría perder actualidad, y por ende, eficacia.²⁰

Hemos sugerido, como alternativa transaccional, habilitar la rectificación o respuesta con la versión formulada por el agraviado, sin perjuicio del derecho del medio de difusión de reiterar su punto de vista inicial, divergente del sostenido por el ofendido. De esa manera, ambos expondrán su punto de vista, y la sociedad se enterará de las dos posturas, pudiendo cada uno adherir a la que le parezca más convincente, o simplemente anoticiarse sin emitir opinión.²¹

17 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 93.

18 Rivera (h), J. C. *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta*, op. cit., p. 77.

19 Ponce de León, R. “Derecho de Réplica”, op. cit., p. 137.

20 Atítulo anecdótico, en el célebre caso argentino *Ekmekdjian vs. Sofovich*, que hemos mencionado en el texto, el amparo por el que se discutió el ejercicio del derecho de réplica llevó prácticamente cuatro años. Según versiones, admitida por la Corte Suprema de Justicia la demanda, hubo que leer la réplica en un programa de televisión parecido al que emitió originalmente el dato agravante, ya que aquel había concluido tiempo atrás.

21 Sagüés, N. P. *Censura judicial y derecho de réplica*, op. cit., p. 141.

Con buena doctrina, el Tribunal Constitucional del Perú, en la causa *Prudencio Estrada Salvador*, sentencia dictada en expediente 3362/2004, determinó que la noticia cuestionable puede ser total o parcialmente inexacta, proveniente tanto de un acto doloso como culposo, y que la rectificación o respuesta tiene por meta ofrecer la versión de la persona ofendida, como para suplir las deficiencias de una información, y no para excluir las informaciones inexactas, falsas o incompletas.

El tema de las informaciones exactas, pero ‘agravantes’ es harina de otro costal. Si se divulga un hecho verídico, pero que ofende a quien estuvo involucrado en él, ¿qué podrá este rectificar? Salvo dejar constancia de que el tono o las palabras empleadas en la noticia han sido hirientes, agresivos o intencionalmente lesivos, poco podrá añadir, si la noticia es rigurosamente cierta. No obstante, el afectado quizá agregue que el hecho comunicado, pese a su veracidad, hace a su esfera estrictamente personal, y que entonces le agravia que su privacidad haya sido violada, resultando innoble que se divulguen, por ejemplo, actos íntimos, o información sensible cuya difusión puede crearle problemas. Podría argumentar, por ende, y hacerlo mediante una respuesta, que lo publicado nunca debió publicarse.²²

En esta materia, sin embargo, cabe proceder con cautela. La difusión de un acto ilícito, pero cierto, importa –naturalmente– una información exacta, y es claro que ella puede resultar ‘agravante’ (en el sentido que le causa agravio), a quien fuere condenado, por el desprestigio social consecuente. Por ejemplo, si se divulga la condena a prisión de quien cometió una estafa. Una pauta para incluir en la réplica las noticias agravantes, pero ciertas, es que produzcan claramente “una ofensa de gravedad sustancial”, como señaló la Corte Suprema argentina en *Ekmekdjian vs. Sofovich*, y que ella sea adrede.²³

En el caso citado en esta misma sección, el Tribunal Constitucional del Perú expuso que en los casos de afectar una información el honor de una persona, basta para la rectificación o respuesta que medie apariencia de vulneración de dicha honra.

8. Colofón. Temas pendientes

Hemos seguido en este estudio una descripción del artículo 14 de la CADH atendiendo los puntos donde la Corte IDH, o algún voto separado que nos ha resultado de especial interés, se han expedido sobre su interpretación.

En concreto, la Corte IDH realizó el siguiente trabajo: definió a la rectificación o respuesta como un derecho humano operativo, que los Estados deben garantizar y efectivizar, aun a falta de legislación reglamentaria; negó que los Estados pudiesen congelar la eficacia de dicho derecho so pretexto de falta de reglamentación; declaró a tal derecho como compatible con otros enunciados en la CADH (en particular, con la libertad de expresión, la tutela de la honra y dignidad); previó que los Estados, al reglamentar el derecho, atiendan según su discreción temas significativos de procedimiento y determinación (v. gr., tiempo para demandar la rectificación, espacios para efectivizarla); y determinó que ese margen de apreciación reglamentaria de los Estados, estaba subordinado a pautas de razonabilidad y a las directrices de la propia Corte IDH.

En general –salvo la opinión consultiva sobre la *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*– la Corte IDH no se ha pronunciado con mayor detalle sobre el derecho de rectificación, respuesta o réplica. Los casos contenciosos han versado sobre otras normas de la CADH. El derecho aquí considerado no parece haber provocado demasiadas controversias que justifiquen su tratamiento por la Corte IDH, o por la CIDH. Su material jurisprudencial, por ende, no es cuantitativamente considerable, aunque existan definiciones de peso en la referida opinión consultiva.

22 Sin embargo, Julio César Rivera (h), cuestiona profundamente el ejercicio de la réplica respecto de hechos transmitidos con exactitud, por más que se haya transgredido el umbral de privacidad de las personas. Ver Rivera (h), J. C. *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta*, op. cit., p. 70.

23 Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Ekmekdjian vs. Sofovich*, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, Fallos de la CSJA, 315:1492.

Quedan así pendientes de definición por la Corte IDH algunos sub-temas importantes de nuestro instituto, a saber: 1) si los periódicos están o no comprendidos dentro del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, y, entre otros, 2) si en el caso de haber controversia sobre el carácter inexacto o agravante de una información, si el promotor de la rectificación y respuesta debe acreditar los extremos que invoca y abrirse un debate judicial al respecto. Hemos expuesto precedentemente, al respecto, nuestra opinión, reconociendo desde luego que ambos interrogantes resultan polémicos.

Otro tema novedoso, y que por razones históricas no se atendió en el momento de adopción del instrumento convencional en el año de 1969, es el eventual ejercicio del derecho de rectificación y respuesta respecto de informaciones inexactas o agravantes incluidas en *blogs* o sitios semejantes del mundo de internet. En sentido lato, bien puede entenderse los *blogs* como algo básicamente similar a un “medio de difusión”, ya que están destinados al público en general y su contenido fluctúa en función del material “colgado” por quien los alimenta. Si se entiende que la CADH tiene aquí una suerte de vacío o de laguna, su cobertura por medio del procedimiento de integración, y en particular por analogía, debería insertarlos dentro del artículo 14.1. de la CADH.²⁴

El tema se complica porque los *blogs* –en principio– no están ‘legalmente reglamentados’, con lo que se repetiría, respecto de ellos, la problemática del ejercicio del derecho de rectificación y respuesta, en cuanto a los periódicos. Para superar esta dificultad puede observarse que algún tipo de reglamentación, siquiera mínima, tienen; y que las razones de tutela de la “honra y la reputación” de las personas, que impulsan al derecho de rectificación y respuesta a tenor del artículo 14.3. del Pacto de San José, resultan igualmente válidas para tales sitios o plataformas. De aceptarse esta tesis, que sostenemos, el *blog* debería incluir un responsable, conforme también tal artículo.

Las restantes prescripciones del artículo 14 de la CADH no parecen despertar mayores controversias. El inciso 2 del artículo 14 determina que el planteo de una rectificación o respuesta es independiente de otras responsabilidades (v. gr., de tipo civil o penal), hipotéticamente emergentes de información inexacta o agravante. El inciso 3 refiere a la designación de una persona responsable por parte del medio de difusión.

Puede constatar, también en términos generales, una suerte de uso moderado, y por ende encomiable, de este derecho, por parte de la ciudadanía. Ello explica que los litigios sobre el tema sean relativamente reducidos.

24 Sobre la integración como método para la cobertura de las lagunas o vacíos constitucionales, nos remitimos a Sagüés N. P. *La interpretación judicial de la Constitución*, op. cit., p. 127.

Artículo 15. Derecho de reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C n.º 121. En adelante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C n.º 167. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C n.º 196. En adelante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C n.º 200. En adelante: Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1., 8, 11.2., 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1. A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Caso Comadres vs. El Salvador*. Informe n.º 13/96, Caso 10.948, 1 de marzo de 1996.

CIDH. *Caso Dianna Ortiz vs. Guatemala*. Informe n.º 31/96, Caso 10.526, 6 de septiembre de 1996.

CIDH. *Caso Gómez López vs. Guatemala*. Informe n.º 29/96, Caso 11.303, 16 de octubre de 1996.

CIDH. *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*. Informe n.º 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe Anual 1998, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16 de abril de 1999.

CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 de octubre 2002.

CIDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus Miembros vs. Ecuador*. Informe n.º 62, 13 de octubre de 2004.

CIDH. Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006.

CIDH. Informe Anual 2006, Capítulo IV, Desarrollo de los derechos humanos en la región, Cuba, Derechos Laborales y Libertad Sindical.

CIDH. Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/ Ser. L /V/II., Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

CIDH. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2009.

CIDH. Comunicado de Prensa 35/09. CIDH condena hechos de violencia en Perú, 8 de junio de 2009.

CIDH. Comunicado de Prensa 65/09. CIDH condena uso excesivo de la fuerza en represión de las manifestaciones en Honduras, 22 de septiembre de 2009.

CIDH. Comunicado de Prensa 87/11. CIDH manifiesta preocupación por violencia contra protestas estudiantiles en Chile, 6 de agosto de 2011.

CIDH. Comunicado de Prensa 108/11. CIDH urge a garantizar la integridad física y seguridad de manifestantes en Bolivia, 17 de octubre de 2011.

CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas, 2011.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Sidiropoulos vs. Grecia*, 10 de julio de 1998.

TEDH. *Caso Rekvényi vs. Hungría*, 20 de mayo de 1999.

TEDH. *Caso Stankov y United. Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgaria*, 13 de febrero de 2003.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

España

Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 85/1988, 28 de abril de 1988, recaída en el Recurso de Amparo n.º 942/1987.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 66/1995, 8 de mayo de 1995.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 195/2003, 27 de octubre de 2003.

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-265 de la Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero, 2 de junio de 1994.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Consejo de Europa

Comisión Europea de Derechos Humanos. Decisión sobre admisibilidad, *Rassemblement Jurassien vs. Suiza*, Petición n.º 8191/78, decisión del 10 de octubre de 1979.

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organización Internacional del Trabajo

OIT. Convenio n.º 11, relativo a los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas (agricultura), 1921.

OIT. Convenio n.º 84, relativo al derecho de asociación y a la solución de los conflictos de trabajo en los territorios no metropolitanos, 1947.

OIT. Convenio n.º 87, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.

OIT. Convenio n.º 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

OIT. Convenio n.º 141, relativo a las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social, 1975.

OIT. Convenio n.º 151, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, 1978.

OIT. *La Libertad Sindical: Manual de Educación Obrera*. 2ª ed. revisada, Ginebra, 1988.

OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 3ª ed., Ginebra, 1985.

OIT. *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución de la OIT). 81ª reunión, Informe III, Ginebra, 1994.

OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 4ª ed. revisada, Ginebra, 1996.

OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006.

Organización de las Naciones Unidas

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 7 de septiembre de 1990.

Consejo DHONU. Resolución A/HRC/RES/15/21. Derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, 30 de septiembre de 2010.

Consejo DHONU. Resolución A/HRC/25/L.20. La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas". 25º Periodo de Sesiones, 24 de marzo de 2014.

Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai. A/HRC/29/25, 28 de abril de 2015.

Referencias académicas

O'DONELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de las sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

DRZEEWCKI, K. *El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo*. Escuela Nacional Sindical, Medellín, septiembre de 1996.

KRSTICEVIC, V. "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", en Yamin, A. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. Plaza y Valdés, Ciudad de México, 2006.

TOCQUEVILLE, A. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

SARTHOU, H. "Perspectivas del derecho colectivo del trabajo", en *Revista Derecho Laboral*, n.º 123, t. XXIV, Montevideo, 1981.

Otras referencias no académicas

Comisión Andina de Juristas. *Protección de los Derechos Humanos, Definiciones Operativas*. Lima, 1997.

O'DONELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

Contenido

1. Introducción	446
2. El derecho de reunión	448
2.1. Cuestiones generales	450
2.2. El contenido normativo de la libertad de reunión	453
2.3. Estándares de la OIT sobre la libertad sindical	454
2.4. Limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de reunión	458
3. El derecho de asociación	463
3.1. Cuestiones generales	468
3.2. El contenido normativo del derecho de asociación	469
3.3. Limitaciones al ejercicio del derecho de asociación	475

1. Introducción

Alexis de Tocqueville escribió:

después de la libertad de obrar solo, la más natural del hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual. El legislador no puede querer destruirlo sin atacar a la sociedad misma.¹

Ciertamente, el derecho de reunión constituye un presupuesto indispensable para consumir esa combinación de esfuerzos a la que alude Alexis de Tocqueville, en la medida en que opera como cauce para el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión o los derechos políticos y sindicales. En efecto, el derecho de reunión forma parte del contenido esencial del derecho de asociación, incluyendo el derecho de asociación sindical y el de huelga. De ahí, que la libertad de reunión y el derecho de asociación con fines pacíficos no solo se encuentren íntimamente interrelacionados, sino que hayan adquirido una importancia sustancial, tanto en el ámbito nacional como el internacional, para el desarrollo y fortalecimiento de sociedades inclusivas y democráticas.

Lo anterior queda demostrado no solo por el destacado y amplio reconocimiento que ambos derechos tienen en el acervo del derecho internacional de los derechos humanos, sino por el creciente interés que la protección de los mismos suscita entre la comunidad internacional. En este último ámbito, el 1 de mayo de 2011 se nombró a Maina Kiai como primer Relator Especial sobre el derecho de libertad de reunión y asociación.²

1 Tocqueville, A. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 209-210.

2 El 30 de septiembre de 2010, el Consejo DHONU aprobó la Resolución 15/21 mediante la cual designó un Relator Especial en los Derechos de Libertad de Reunión y de Asociación, encargado, entre otras funciones, de recabar toda la información pertinente sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas en todas sus manifestaciones; solicitar y recibir información de los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales, los interesados pertinentes y cualesquiera otras partes con conocimiento en la materia, a fin de promover y proteger el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y responder a la información recibida; y denunciar las violaciones, donde quiera que tengan lugar, del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, así como los incidentes de discriminación, amenazas de empleo o empleo de la fuerza, acoso, persecución, intimidación o represalias contra personas que ejerzan ese derecho, y poner en conocimiento del Consejo y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos las situaciones de especial gravedad. Los relatores especiales son expertos independientes nombrados por el Consejo DHONU para examinar e informar de la situación de un país o de un tema específico de derechos humanos, ejercen el cargo a título honorario, no forman parte del personal de la ONU ni perciben un sueldo por el desempeño de su mandato, y son parte de los procedimientos especiales del Consejo DHONU. El cargo del Sr. Kiai culminó en abril de 2017, a partir del 1 de mayo de 2017 Annalisa Ciampi, de nacionalidad italiana, es la Relatora Especial en los Derechos de Libertad de Reunión y de Asociación.

En lo que toca a nuestra región cabe destacar que prácticamente todos los países de América han integrado en sus constituciones el reconocimiento del derecho de asociación, incluyendo el derecho de organizarse en partidos políticos, bien sea de manera exclusiva o en forma conjunta con los derechos de reunión y de manifestación³.

La CIDH ha delineado que:

los derechos a la libertad de reunión y asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles individuales sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática.⁴

[...]

[l]a protección de tales derechos puede comportar no solo la obligación del Estado de no interferir con el ejercicio del derecho de reunión o asociación, sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de la libertad, por ejemplo, protegiendo a los participantes de una manifestación contra la violencia física por parte de personas que puedan sostener opiniones opuestas.⁵

En cuanto a la jurisprudencia contenciosa y/o consultiva de la Corte IDH, es menester indicar que esta ha sido más bien escueta en su función de precisar y definir el contenido del derecho de reunión, aunque cabe reconocer que ha logrado desarrollos más amplios, como se verá más adelante, respecto del derecho de asociación.

El hecho de que los derechos de reunión y asociación no hayan sido objeto recurrente de los pronunciamientos de los órganos de control del SIDH, empero, no nos debería llevar a considerar que ello tiene por causa una improbable ausencia de violaciones en este campo. Esta situación parece responder, más bien, a la especial gravedad que se constata respecto de otros tipos de violaciones a los derechos humanos, tales como el derecho a la vida y la integridad de las personas, lo que históricamente ha marcado las prioridades del SIDH.

A lo anterior puede sumarse el que hecho de que, tal como lo indicó en su cuarto informe el Relator Especial, Maina Kiai, al referirse al ejercicio de los derechos de asociación y reunión pacífica por los defensores de los recursos naturales:

de los numerosos casos de violación de los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación denunciados, relativamente pocos han sido objeto de investigaciones minuciosas y han dado lugar al enjuiciamiento de los autores. En cambio, sigue aumentando el número de detenciones y causas abiertas por delitos presuntamente cometidos en el transcurso del ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación.⁶

En lo que sigue, se desarrollará secuencialmente, en primer lugar, el alcance y características de la libertad de reunión y del derecho de asociación pacífica protegidos por los artículos 15 y 16 de la CADH, tal como estos derechos han sido recepcionados en los instrumentos interamericanos y otros

3 La Constitución de Argentina en su artículo 14; la de Bolivia en sus artículos 7.c y 222; la de Brasil en sus artículos 5 (numeral XVI) y 17; la de Chile en sus artículos 1 y 19 (numerales 13 y 15); la de Colombia en sus artículos 37, 38 y 107; la de Costa Rica en sus artículos 25 y 26; la de Cuba en sus artículos 7 y 54; la de Ecuador en su artículo 23 (numeral 19); la de El Salvador en sus artículos 7 y 72 (numeral 2); la de Estados Unidos en su Primera Enmienda de 1791; la de Guatemala en sus artículos 33, 34 y 223; la de Honduras en sus artículos 78 y 79; la de México en su artículo 9; la de Nicaragua en su artículo 54; la de Panamá en sus artículos 38 y 39; la de Paraguay en sus artículos 32 y 42; la de Perú en su artículo 2 (numerales 12 y 13); la de República Dominicana en su artículo 8 (numeral 7); la de Uruguay en sus artículos 38 y 39; y la de Venezuela en sus artículos 52, 53 y 58.

4 CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 de octubre de 2002, párr. 359.

5 *Idem*.

6 Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai. A/HRC/29/25, 28 de abril de 2015, párr. 33.

instrumentos convencionales que hacen parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos. En segundo lugar, se desarrollará su contenido específico destacando, cuando corresponda, aquellos aspectos que ambos derechos comparten en común, lo mismo que, finalmente, las restricciones de las que ambos pueden ser objeto. Para el tratamiento de dichas temáticas, apelaremos, cuando corresponda, al acervo doctrinario y la jurisprudencia de otros órganos del sistema internacional de protección de los derechos humanos, así como a decisiones de tribunales de justicia internos que contribuyan a desarrollar mejor estos contenidos.

2. El derecho de reunión

El derecho de reunión se encuentra reconocido en una amplia gama de instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de carácter universal como regional. De hecho, la DADDH,⁷ fue uno de los primeros tratados en reconocer en su artículo XXI el derecho de toda persona a reunirse pacíficamente con otras,⁸ “en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”.

El contenido de este artículo de la DADDH coincide con el artículo 20 de la DUDH, aprobada siete meses después, que reconoce en su numeral 1 el derecho de toda persona a la libertad de reunión, precisando que su alcance —como en el instrumento interamericano— se limita solo a reuniones de naturaleza pacífica. A lo que agrega, que “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

En el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, el PIDCP reconoce este mismo derecho en su artículo 21, destacando que su ejercicio:

solo podrá ser objeto de restricciones previstas conforme a la ley, y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y las libertades de los demás.

En el mismo sentido, la Asamblea General de la ONU ha reiterado que tanto el derecho de reunión como el de asociación:

pueden estar sujetos a ciertas limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en razón de la seguridad nacional o la integridad de la población, el

7 La DADDH contiene y define los derechos humanos esenciales a los que se refiere la Carta de la OEA; de acuerdo con la Corte IDH, “no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.” Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989, párr. 43.

8 Como antecedente relevante en el reconocimiento internacional del derecho de asociación, cabe destacar que un artículo sobre este derecho fue incluido tempranamente en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, también conocida como la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador que fue aprobada en el mes de mayo de 1947. El texto de dicho artículo rezaba del siguiente modo: “[l]os trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado. Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación. La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescritas para los sindicatos. Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente”. Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, artículo 46. La Carta fue adoptada en Río de Janeiro, Brasil, en 1947.

orden público, la protección de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.⁹

La CADH, por su parte, protege el derecho de reunión pacífica en su artículo 15 y especifica que, además de ser pacíficas, las reuniones protegidas en el instrumento convencional deben llevarse a cabo “sin armas”. El mismo artículo enumera, asimismo, las condiciones bajo las cuales puede admitirse una restricción del derecho a la libertad de reunión que son, esencialmente, las mismas que las ya indicadas en el PIDCP.

En el ámbito europeo, el derecho de reunión se encuentra protegido por el artículo 11 del CEDH, instrumento jurídico que a través de dos numerales establece, por un lado, que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”, y por otro lado que:

el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.¹⁰

El artículo 15 de la CDN reconoce los derechos de los niños “a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas” (numeral 1), sin que puedan imponerse restricciones al ejercicio de estos derechos “diferentes de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

La CIEFDR, por su parte, demanda a los Estados en su artículo 5.ix prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas, garantizando el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de, entre otros derechos, de los de libertad de reunión y asociación pacíficas.

El inciso a) del artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos (1998) hace también referencia al derecho de reunión; y establece que, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional, entre otros, “a reunirse o manifestarse pacíficamente”.¹¹

En cuanto a su ámbito de protección subjetiva, el artículo 15 de la CADH –en sintonía con todas las normas citadas– garantiza el derecho de reunión a todas las personas, sin que sea admisible una matización relativa a la nacionalidad de estas. Así pues, puede inferirse que la protección otorgada al derecho de reunión incluye también la protección del que en este ámbito portan los extranjeros residentes en los Estados partes de la CADH. Reforzando esta prescripción, el artículo 26.1.a de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) demanda que los Estados garanticen el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a “participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente”. En el numeral 2 del mismo artículo se agrega que el ejercicio de este derecho solo puede estar sujeto “a las restricciones

9 Consejo DHONU. Resolución A/HRC/RES/15/21. Derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación. Aprobada el 30 de septiembre de 2010, párr. 4.

10 La misma norma indica que dicho artículo “no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”.

11 La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos fue adoptada mediante la Resolución 53/144, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de marzo de 1999.

previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás”.¹²

De manera más reciente, el Consejo DHONU, reafirmando los propósitos y principios de la Carta de la ONU y de la DUDH, así como recordando los tratados internacionales de derechos humanos en la materia (en particular el PIDCP y el PIDESC), y los instrumentos regionales pertinentes de derechos humanos, aprobó el 24 de marzo de 2014 la resolución sobre “la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas”, mediante la cual declaró enfáticamente que las manifestaciones pacíficas pueden contribuir al pleno disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.¹³

Como se ve, las normas internacionales citadas conceden una vasta amplitud al derecho de reunión y establecen un catálogo de criterios limitadores, cuyo objeto es que el derecho solo pueda verse afectado por restricciones compatibles con las necesidades de una sociedad democrática, en orden a la protección de los demás bienes y derechos convencionalmente protegidos, y de modo que todo límite que se imponga a su ejercicio responda a razones objetivas y resulte proporcional al fin perseguido.

2.1. Cuestiones generales

El derecho de reunión es considerado un derecho civil y político, y puede ser definido como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes. *Constituye una manifestación de la vocación asociativa del ser humano y un reflejo de los procesos de interacción humana.* La intención y el propósito que convoca a quienes se reúnen constituyen, además, los elementos primordiales que distinguen a la reunión de una coincidencia accidental de personas.¹⁴

La vigencia del derecho de reunión resulta esencial para el pleno goce tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales, y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Conlleva el reconocimiento del pluralismo inherente a toda sociedad democrática; y, al mismo tiempo, el derecho de toda persona y grupo de personas a expresar con libertad sus propias opiniones, su derecho de transmitir las a otras personas, escuchar las ajenas y obrar en consecuencia.

Al hablar del derecho de reunión, suelen englobarse dos modalidades de este: la *reunión* propiamente dicha, que es de carácter estático, ya sea que se celebre en un establecimiento abierto o cerrado, en cuyo caso la participación de las personas debe ser completamente voluntaria y estar libre de coacciones; y la *manifestación*, de carácter dinámico por esencia, que se celebra usualmente en las vías públicas y, normalmente, implica personas que se desplazan igualmente de forma voluntaria y sin coacciones, con la finalidad principal de expresar determinadas opiniones o ideas.

De acuerdo con el Consejo DHONU

las manifestaciones pacíficas pueden darse en todas las sociedades, incluso manifestaciones que sean espontáneas, simultáneas, no autorizadas o restringidas; [...] la participación en

12 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990, artículo 26.1.a.

13 Consejo DHONU. Resolución A/HRC/25/L.20. 25º periodo de sesiones, 24 de marzo de 2014, sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas.

14 Opinión disidente del Sr. Kurt Herndl, en relación con las observaciones del Comité DHONU, respecto a la Comunicación n.º 412/1990, *Auli Kivenmaa vs. Finlandia*, párr. 27, presentada en Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Documentos oficiales de Asamblea General, vol. II. 49º periodo de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/49/40), p. 98, y citada en Comisión Andina de Juristas. *Protección de los Derechos Humanos, Definiciones Operativas*. Lima, 1997.

manifestaciones pacíficas puede ser una forma importante de ejercer el derecho a la libertad de reunión pacífica, de expresión y de asociación, y el derecho a participar en la dirección de los asuntos público; [...] y pueden aportar una contribución positiva al desarrollo, el fortalecimiento y la efectividad de los sistemas democráticos, y a los procesos democráticos, en particular las elecciones y los referendos [así como a] contribuir al pleno disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.¹⁵

El derecho a manifestarse se encuentra, a su vez, íntimamente vinculado a los derechos de expresión y participación política, dado que en una sociedad democrática el espacio público no solo constituye un ámbito de circulación, sino también de participación. Criterio que ha sido desarrollado, entre otros, por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 85/1988 del 28 de abril de 1988 al sostener que:

el derecho de reunión ‘es una *manifestación colectiva de la libertad de expresión* ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el *subjetivo* –una agrupación de personas–, el *temporal* –su duración transitoria–, el *finalístico* –licitud de la finalidad– y el *real u objetivo* –lugar de celebración– ‘el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión [...] constituyendo por tanto un cauce del principio democrático participativo.¹⁶

Todas las personas deben poder expresar sus quejas o aspiraciones de manera pacífica, entre otras características, mediante manifestaciones públicas, sin temor a represalias o a ser amedrentadas, hostigadas, lesionadas, sexualmente agredidas, golpeadas, detenidas y recluidas de manera arbitraria, torturadas, asesinadas u objeto de desaparición forzada. En este mismo sentido, la CIDH ha señalado que sin el pleno goce de este derecho, difícilmente puede ejercerse la defensa de los derechos humanos y, en consecuencia, los Estados están obligados a asegurar que ningún defensor o defensora sea impedido de reunirse y manifestarse públicamente en forma pacífica, lo cual incluye tanto participar en la conducción de la manifestación, como llevar a cabo la defensa de quienes han participado en ella.¹⁷

Para el caso concreto de la defensa de los recursos naturales (el cual podría extrapolarse a la defensa de otros espacios y derechos), el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación de las Naciones Unidas ha señalado que tales derechos:

desempeñan un papel fundamental en la creación de espacios y oportunidades para la participación real y efectiva de la sociedad civil en los procesos de adopción de decisiones en todo el espectro de actividades de explotación de los recursos naturales. Esos derechos contribuyen a fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en la explotación de los recursos y son un requisito previo esencial para el objetivo último de garantizar los derechos sustantivos. Los derechos de reunión pacífica y de asociación pueden facilitar un diálogo constructivo, que es necesario habida cuenta de los intereses comunes y, en ocasiones, las prioridades contradictorias inherentes a la explotación de los recursos naturales.¹⁸

15 Consejo DHONU. Resolución A/HRC/25/L.20, *op. cit.*

16 Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 85/1988, 28 de abril de 1988, recaída en el Recurso de Amparo n.º 942/1987. (énfasis agregado) En el mismo sentido, *ver* sentencias n.º 66/1995, 8 de mayo, FJ 3; n.º 196/2002, 28 de octubre, FJ 4; y n.º 301/2006, 23 de octubre, FJ 2.

17 CIDH. Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 7 de marzo de 2006, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 marzo 2006, párr. 60. Consejo DHONU. Resolución A/HRC/25/L.20, *op. cit.*

18 Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, *op. cit.*

La vigencia de ambas modalidades de ejercicio del derecho de reunión –los derechos de reunión y manifestación– resulta esencial para la existencia de un Estado democrático, en la medida en que posibilita a las personas la libre expresión de sus ideas y opiniones, y en especial las de naturaleza política. Por otra parte, el carácter interdependiente de todos los derechos humanos hace que el derecho de reunión no solo se encuentre estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos, sino que dependa en buena medida de su cabal ejercicio. En particular, se encuentra estrechamente ligado a los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad y a las libertades de expresión, asociación y circulación.

En nuestro ámbito hemisférico, la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que “en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y asociación forman una trilogía de libertades personales que se constituye además, en prerrequisito de los derechos de participación política”.¹⁹ En similar sentido, la Corte IDH ha destacado esta interrelación poniendo de relieve que el derecho de reunión porta una condición instrumental “en la medida en que apoya el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales, permitiendo a los grupos alcanzar los fines que no estén expresamente prohibidos por la ley”.²⁰ De manera análoga, el TEDH, ha destacado dicho carácter instrumental en varias ocasiones. Por ejemplo, en el caso *Rekvényi vs. Hungría*, cuando sostuvo que “la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación”.²¹ Igualmente, en el caso *Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgaria*, al afirmar que “la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión.”²²

En el caso *López Lone y otros vs. Honduras*, las víctimas eran jueces pertenecientes a la “Asociación Jueces por la Democracia”, la cual había emitido diversos comunicados públicos calificando los hechos relacionados con la destitución del entonces Presidente de Honduras Manuel Zelaya en junio de 2009 como un golpe de Estado, en contradicción con la versión oficial sostenida por la Corte Suprema de Justicia de ese país, quien sustentó que se había tratado de una sucesión constitucional. Los jueces fueron sujetos a procesos disciplinarios, los cuales, de acuerdo con la CIDH, habían sido instaurados con el objeto de sancionar los actos o expresiones que realizaron en contra del golpe de Estado y habían estado plagados “de múltiples irregularidades que afectaron el debido proceso”; la Corte IDH afirmó que:

[previamente] ha[bía] reconocido la relación existente entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hac[ían] posible el juego democrático.[...] En situaciones de ruptura institucional, tras un golpe de Estado, la relación entre estos derechos resulta[ba] aún más manifiesta, especialmente cuando se ejerc[ía]n de manera conjunta con la finalidad de protestar contra la actuación de los poderes estatales contraria al orden constitucional y para reclamar el retorno de la democracia. [De acuerdo con la Corte IDH] [l]as manifestaciones y expresiones relacionadas a favor de la democracia deb[ía]n tener la máxima protección posible y, dependiendo de las circunstancias, p[odía]n estar vinculadas con todos o algunos de los derechos mencionados. [...]

en momentos de graves crisis democráticas [...] no son aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas en defensa del orden democrático las normas que ordinariamente restringen su derecho a la participación en política. En este sentido, sería contrario a la propia independencia de los poderes estatales, así como a las obligaciones internacionales del Estado derivadas de su participación en la OEA, que los jueces y juezas no puedan pronunciarse en contra de un golpe de Estado. Por tanto [...] las conductas de las presuntas víctimas por las

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-265 de la Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero, 2 de junio de 1994.

20 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 144. Al hacer referencia a los argumentos expuestos en su demanda por la CIDH.

21 TEDH. *Caso Rekvényi vs. Hungría*, 20 de mayo de 1999, párr. 58.

22 TEDH. *Caso Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgaria*, 13 de febrero de 2003, párr. 85.

cuales les fueron iniciados procesos disciplinarios no p[odía]n considerarse contrarias a sus obligaciones como jueces o juezas y, en esa medida, infracciones del régimen disciplinario que ordinariamente les era aplicable. Por el contrario, [debían] entenderse como un *ejercicio legítimo de sus derechos como ciudadanos a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión y de manifestación, según sea el caso de la específica actuación desplegada por cada una de [las] presuntas víctimas*.²³

Del mismo modo que respecto de los demás derechos reconocidos por la CADH, los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de reunión a todas las personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación.²⁴ Si el ejercicio del derecho de reunión no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter en el seno de dichos Estados, los mismos tienen el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectiva dicha libertad.²⁵

2.2. El contenido normativo de la libertad de reunión

En su sentencia en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, la Corte IDH señaló que:

el artículo 15 de la C[ADH] consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo tratado presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando estos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, *el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización*, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras estos sean pacíficos y conformes con la C[ADH].²⁶

Como pudo apreciarse precedentemente, el contenido de este derecho se encuentra recogido en una amplia gama de instrumentos jurídicos internacionales y regionales que, conforme al principio *pro personae*, y la amplitud de los criterios de interpretación de los derechos establecidos por la CADH en su artículo 29²⁷ –los cuales han sido desarrollados progresivamente por la jurisprudencia de la CIDH y Corte IDH– permiten integrar dichas normas para dotar de contenido por vía interpretativa a los derechos protegidos por la CADH, apelando a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer el alcance de dichos derechos; y, en sentido inverso, apelando a la norma o interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio de

23 Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párrs. 160 y 174. (énfasis agregado y nota al pie de página omitida). En este caso, la Corte IDH enfatizó el contexto de particular gravedad en la alteración del orden democrático en el cual eran analizadas las violaciones.

24 El artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) establece: “[l]os Estados Partes en esta C[ADH] se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Asimismo, ver el comentario al artículo 1 a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

25 El artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) establece: “[s]i 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 C[ADH], las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De igual manera, ver el comentario al artículo 2 a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

26 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 169. (énfasis agregado)

27 El artículo 29 (normas de interpretación) establece: “[n]inguna disposición de la presente C[ADH] puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la C[ADH] o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Asimismo, ver el comentario al artículo 29 a cargo de Rodríguez.

los derechos.²⁸ Por ello, al interpretar y aplicar las disposiciones de los instrumentos interamericanos relativos al derecho de reunión es preciso tener en consideración, al mismo tiempo, las obligaciones que los Estados americanos han asumido en virtud de otros tratados de derechos humanos que, en conjunto, instituyen un régimen interrelacionado de protección del derecho que se refuerza mutuamente.

La CIDH ha identificado a este respecto que, históricamente, la falta de cumplimiento a las obligaciones de respeto y garantía del derecho de reunión por parte de los Estados de la región, ha derivado en hechos de violencia generalizada en los que no solo se afecta seriamente el ejercicio de este derecho, sino que también se vulneran los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personal de las personas que participan en las manifestaciones de protesta social.²⁹

2.3. Estándares de la OIT sobre la libertad sindical

En la medida en que tanto la Corte IDH como la CIDH han apelado en diversas ocasiones a las decisiones proferidas por otros órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos para interpretar el contenido de los derechos protegidos por la CADH, creemos importante hacer sucinta referencia en esta ocasión a algunos de los estándares que, respecto al derecho de reunión, ha ido conformando la doctrina elaborada al respecto por la OIT.³⁰

Cabe señalar al respecto que, aunque la normativa de la OIT referida a la libertad sindical no hace referencia expresa al derecho a la libertad de reunión en ninguno de sus convenios relativos a la libertad sindical, sus órganos de control se han encargado de generar un amplio desarrollo de la doctrina relativa al ejercicio del derecho a la libertad de reunión en el ámbito laboral, asumiéndola como un elemento intrínseco de la libertad sindical.

En el sentido señalado, por ejemplo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT,³¹ ha puesto de relieve que “la libertad de reunión constituye uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales”,³² y su Comité de Libertad Sindical (en adelante CLS),³³ ha agregado que el derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus lo-

28 En este sentido, ver Krsticevic, V. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en Yamin, A. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. Plaza y Valdés, Ciudad de México, 2006.

29 CIDH. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2009.

30 Los órganos del SIDH suelen comparar la CADH con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, señalando que “si a una misma situación son aplicables la C[ADH] y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana,” en Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985, párr. 52.

31 Tras la ratificación de un convenio de la OIT, los Estados se obligan a presentar, cada cierto número de años, memorias regulares sobre las medidas que han arbitrado para aplicarlo. La Comisión de Expertos es un órgano jurídico encargado de examinar el grado de aplicación de los convenios y las recomendaciones por parte de los Estados miembros de la OIT. El examen de la Comisión de Expertos se fundamenta en las memorias transmitidas periódicamente por los gobiernos, de conformidad con los formularios de memoria aprobados por el Consejo de Administración de la OIT. La Comisión de Expertos se reúne una vez por año.

32 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 3ª ed., Ginebra, 1985, párr. 140, citado en OIT. *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución de la OIT). 81ª reunión, Informe III, Ginebra, 1994.

33 En 1951, la OIT arbitró un procedimiento especial para la violación de los derechos sindicales, el cual le permite intermediar en el caso de violación de los convenios n.º 87 y n.º 98 contra cualquier gobierno, haya ratificado o no los mencionados convenios. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores pueden presentar quejas contra los Estados miembros. El CLS es un comité del Consejo de Administración y está compuesto por un presidente independiente y por tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores. El CLS examina las denuncias que se le presentan y puede tramitarlas para su examen en la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical. Si el CLS acepta el caso, se pone en contacto con el gobierno en cuestión para establecer los hechos, y en caso de concluir que se ha producido una violación de las normas o de los principios de libertad sindical, emite un informe a través del Consejo de Administración y formula recomendaciones sobre cómo podría ponerse remedio a la situación. Posteriormente, se solicita a los gobiernos que informen sobre la aplicación de sus recomendaciones.

cales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación y las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que pueda limitar este derecho u obstaculizar su ejercicio legal, salvo que tal ejercicio altere el orden público o ponga en peligro grave e inminente el mantenimiento del mismo.³⁴

El CLS ha señalado que la libertad de reunión constituye “una condición fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales”, por lo que los gobiernos “deberían abstenerse de toda intervención equivalente a un requisito de autorización previa, que limite el derecho a celebrar reuniones sindicales, o que impida el legítimo ejercicio de este derecho”.³⁵ Ha precisado, asimismo, que el derecho de reunión “incluye el derecho de los sindicatos a celebrar libremente reuniones en sus propios locales [y que t]ambién entraña el derecho de que los representantes de los trabajadores disfruten de las condiciones necesarias para el adecuado ejercicio de sus funciones, incluido el acceso a los lugares de trabajo”.³⁶

Los trabajadores deben poder gozar del derecho de manifestación pacífica para defender sus intereses profesionales.³⁷ Con arreglo a lo anterior, nadie “debe ser detenido por el mero hecho de haber participado en una manifestación, a menos que el orden público sea seriamente amenazado”.³⁸ En caso de arresto o imputación de alteración del orden público, “los manifestantes deberían poder recurrir con rapidez a las autoridades judiciales y disfrutar de todas las garantías procesales, de manera que la autoridad judicial pueda evaluar si las medidas en cuestión estaban justificadas y, en su caso, ordenar las correspondientes medidas de reparación. Los sindicatos deben, además, poder celebrar libremente reuniones en sus locales para examinar cuestiones sindicales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades”,³⁹ “redactar con plena libertad los órdenes del día de dichas reuniones”,⁴⁰ “celebrarlas sin tener que admitir la presencia de miembros de la policía”,⁴¹ “o de un representante de las autoridades”.⁴² Conforme a la doctrina establecida por el CLS, asimismo, “la detención de dirigentes sindicales con el propósito de impedir la realización de una reunión sindical constituiría una grave violación del ejercicio de derechos sindicales”.⁴³

Aunque el CLS ha distinguido siempre entre las manifestaciones con objetivos puramente sindicales, que considera como pertenecientes al ejercicio de la libertad sindical, y las manifestaciones con otros fines,⁴⁴ las acciones de protesta están protegidas por los principios de la libertad sindical solo

34 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 130. CLS n.º 324, informe del caso n.º 1893, párr. 461; CLS n.º 307, informe del caso n.º 1850, párr. 116; Ver CLS n.º 321, informe del caso n.º 2066, párr. 338; CLS n.º 324, informe del caso n.º 2014, párr. 923; CLS n.º 334, informe del caso n.º 2153, párr. 158; CLS n.º 329, informe del caso n.º 2198, párr. 685; CLS n.º 330, informe del caso n.º 2144, párr. 715 y CLS n.º 334, informe del caso n.º 2222, párr. 219.

35 OIT. *La Libertad Sindical: Manual de Educación Obrera*. 2ª ed. revisada, Ginebra, 1988, p. 108.

36 *Idem*.

37 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 132; CLS n.º 306, informe del caso n.º 1884, párr. 695; CLS n.º 307, informe del caso n.º 1909, párr. 493; CLS n.º 320, informe del caso n.º 2023, párr. 425. Ver CLS n.º 321, informe del caso n.º 2031, párr. 174; CLS n.º 326, informe del caso n.º 2113, párr. 374; CLS n.º 330, informe del caso n.º 2189, párr. 453; CLS n.º 335, informe del caso n.º 2320, párr. 664; CLS n.º 336, informe del caso n.º 2340, párr. 650; CLS n.º 337, informe del caso n.º 2318, párr. 338, y caso n.º 2323, párr. 1043.

38 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 147.

39 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 3ª ed. revisada, Ginebra, 1985, párr. 142; CLS n.º 283. Informe del caso n.º 1479 (India), párr. 98.

40 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 3ª ed. revisada, Ginebra, 1985, párr. 145.

41 *Ibidem*, párr. 148. CLS n.º 278, informe del caso n.º 1337 (Nepal), párr. 125.

42 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 3ª versión revisada, Ginebra, 1985, párr. 149.

43 OIT. *La Libertad Sindical: Manual de Educación Obrera*. 2ª ed. revisada, Ginebra, 1988, p. 109.

44 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párrs. 133 y 464; CLS n.º 300, informe del caso n.º 1818, párr. 364; CLS n.º 308, informe del caso n.º 1934, párr. 131; CLS n.º 309, informe del caso n.º 1852, párr. 340; CLS n.º 311, informe del caso n.º 1969, párr. 148, CLS n.º 332, informe del caso n.º 2238, párr. 968; y CLS n.º 334, informe del caso n.º 2222, párr. 219.

cuando estas acciones están organizadas por organizaciones sindicales o pueden ser consideradas como actividades sindicales legítimas cubiertas por el artículo 3 del Convenio n.º 87 de la OIT.⁴⁵

Es importante destacar que, dado que los convenios sobre libertad sindical se aplican por igual a trabajadores y empleadores, el CLS ha dejado claramente establecido que las organizaciones de estos últimos deben poder celebrar libremente tales reuniones sin injerencias ni control de las autoridades.⁴⁶ De igual forma, ha señalado que, aun cuando el derecho a celebrar reuniones sindicales es un requisito básico de la libertad sindical, las organizaciones (de empleadores y trabajadores) deben cumplir con las disposiciones generales de la ley y someterse a formalidades razonables cuando tales reuniones se celebran en lugares o locales públicos. El CLS ha señalado que, si bien los gobiernos son responsables del mantenimiento del orden público y, en circunstancias especiales, corresponde a estos decidir si ciertas reuniones, incluidas las sindicales pueden poner en peligro el orden y la seguridad pública, así como tomar medidas preventivas, las autoridades no debieran adoptar medidas destinadas a preservar la legalidad que impidan la celebración de tales reuniones, y en caso de decidir prohibir una reunión en un lugar público, a fin de evitar disturbios, “deberían permitir que se celebre en un lugar donde no se teman desórdenes, de modo que subsista en esa forma la libertad de reunión”.⁴⁷

La libertad de reunión –ha dicho el CLS– se aplica también a las reuniones internacionales; y toda medida que impida que un dirigente de una organización de trabajadores o de empleadores concurra a tales reuniones, o participe en ellas, constituye una grave limitación de las garantías que establece el artículo 3 del Convenio n.º 87 de la OIT.⁴⁸

El derecho de organizar reuniones públicas, inclusive desfiles para el 1 de mayo o cualquier otra manifestación de apoyo a reivindicaciones de carácter económica y/o social, constituye un aspecto importante de los derechos sindicales.⁴⁹ No obstante, las organizaciones se encuentran obligadas a respetar las disposiciones generales sobre reuniones públicas, aplicables a todos.⁵⁰ De este modo, cuando exista el temor de que se pudieran producir desórdenes u otras formas de alteración del orden público, la prohibición de manifestaciones o desfiles por la vía pública en ciertas zonas no constituye *per se* una violación de los derechos sindicales;⁵¹ no obstante, las autoridades deberían hacer lo posible para entenderse con los organizadores de las manifestaciones con objeto de permitir su celebración en otro lugar donde no se teman desórdenes.⁵² Si bien cabe admitir que se decreten limitaciones razonables, estas no deberían menoscabar las libertades civiles fundamentales.

45 CLS n.º 333, informe del caso n.º 2204, párr. 228.

46 OIT. *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución de la OIT). 81ª reunión, Informe III, Ginebra, 1994.

47 OIT. *La Libertad Sindical: Manual de Educación Obrera*. 2ª versión revisada, p. 109.

48 OIT. Convenio n.º 87, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948. Artículo 3: “1. [I]as organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 171.

49 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 3ª ed. revisada, Ginebra, 1985, párrs. 154 a 156; CLS n.º 283, informe del caso n.º 1590 (Lesotho), párr. 349. Asimismo, ver OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 135. CLS n.º 308, informe del caso n.º 1894, párr. 539; CLS n.º 323, informe del caso n.º 2074, párr. 148 y CLS n.º 324, informe del caso n.º 2055, párr. 683.

50 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 3ª ed. revisada, Ginebra, 1985, párr. 158. CLS n.º 279, informe del caso n.º 1572 (Filipinas), párr. 583. También, ver OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 141. CLS n.º 300, informe del caso n.º 1791, párr. 339; CLS n.º 304, informe del caso n.º 1865, párr. 247; CLS n.º 308, informe del caso n.º 1914, párr. 670; CLS n.º 327, informe del caso n.º 2148, párr. 802; CLS n.º 335, informe del caso n.º 2285, párr. 1184; CLS n.º 336, informe del caso n.º 2358, párr. 719, y CLS n.º 337, informe del caso n.º 2318, párr. 339.

51 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 3ª ed. revisada, Ginebra, 1985, párr. 163.

52 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 3ª ed. revisada, Ginebra, 1985, párr. 164 y CLS n.º 280, informe de los casos n.º 997, 999 y 1029 (Turquía), párr. 34. Asimismo, ver OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 137. CLS n.º 300, informe de los casos n.º

De acuerdo con la doctrina del CLS, las autoridades solo deberían recurrir a la fuerza pública cuando se encuentre realmente amenazado el orden público; la intervención de la fuerza pública debería guardar debida proporción con la amenaza del orden público que se trata de controlar y los gobiernos deberían tomar disposiciones para que las autoridades competentes reciban instrucciones adecuadas con el objeto de eliminar el peligro que implica los excesos de violencia cuando se trata de controlar manifestaciones que pudieran entrañar alteración al orden público.⁵³

Es importante hacer notar, llegados a este punto, que si bien la legislación laboral internacional y el derecho internacional de los derechos humanos constituyen disciplinas jurídicas diferentes, ello no obsta para que, como señala Drzeewcki, no sean considerados válidos y “dimensiones complementarias de la protección de los derechos relacionados con el trabajo en el derecho internacional moderno”.⁵⁴ Sobre todo, teniendo en cuenta que, como dice O’Donell, “ni el Comité de Derechos Humanos ni los órganos del sistema interamericano han adoptado ninguna doctrina sobre la libertad de reunión, y su jurisprudencia sobre el tema no es extensa. En contraste, el C[LS] ha desarrollado una doctrina importante al respecto”.⁵⁵

Debido a ello, aunque los instrumentos susceptibles de conocimiento por parte de la Corte IDH son taxativos, esta ha tenido en cuenta en varias oportunidades los convenios de la OIT, interpretándolos en consonancia con las normas violadas de la CADH, tal como ocurrió en los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Huilca Tecse vs. Perú*, y *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, entre otros.

Lo anterior no implica, sin embargo, que la Corte IDH tenga competencia para declarar a un Estado responsable por la violación de las disposiciones de los convenios de la OIT, sino que puede, y debe, utilizar tales convenios como pauta de interpretación de las obligaciones convencionales, a la luz de lo establecido en el artículo 29 de la CADH,⁵⁶ cuyo inciso b) señala:

Ninguna disposición de la [CADH] puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Así, en el evento en el cual el Estado denunciado hubiera ratificado algún convenio de la OIT que tenga relación con los hechos de un caso, los órganos del sistema no podrán interpretar la CADH en un sentido que limite la esfera de protección reconocida en aquel convenio; o, dicho de otra manera, deberán tener en cuenta dicho reconocimiento en el momento de interpretar las normas de la CADH.

1811 y 1816, párr. 311; CLS n.º 304, informe del caso n.º 1837, párr. 55; CLS n.º 308, informe del caso n.º 1914, párr. 670; CLS n.º 311, informe del caso n.º 1865, párr. 336; CLS n.º 320, informe del caso n.º 2027, párr. 872; CLS n.º 328, informe del caso n.º 2143, párr. 593; CLS n.º 330, informe del caso n.º 2189, párr. 872; CLS n.º 328, informe del caso n.º 2143, párr. 593; CLS n.º 330, informe del caso n.º 2189, párr. 453; CLS n.º 332, informe del caso n.º 2218, párr. 422; CLS n.º 336, informe del caso n.º 2340, párr. 651 y CLS n.º 337, informe del caso n.º 2323, párr. 1031.

53 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 5ª ed. revisada, Ginebra, 2006, párr. 137. CLS n.º 300, informe de los casos n.º 1811 y 1816, párr. 311; CLS n.º 304, informe del caso n.º 1837, párr. 55; CLS n.º 308, informe del caso n.º 1914, párr. 670; CLS n.º 311, informe del caso n.º 1865, párr. 336; CLS n.º 320, informe del caso n.º 2027, párr. 872; CLS n.º 328, informe del caso n.º 2143, párr. 593; CLS n.º 330, informe del caso n.º 2189, párr. 872; CLS n.º 328, informe del caso n.º 2143, párr. 593; CLS n.º 330, informe del caso n.º 2189, párr. 453; CLS n.º 332, informe del caso n.º 2218, párr. 422; CLS n.º 336, informe del caso n.º 2340, párr. 651 y CLS n.º 33, informe del caso n.º 2323, párr. 1031.

54 Drzeewcki, K. *El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo*. Escuela Nacional Sindical, Medellín, septiembre de 1996, p. 6.

55 O’Donell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 694.

56 CIDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*. Informe n.º 62, 13 de octubre de 2004, párr. 49.

2.4. Limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de reunión

Como todo derecho fundamental, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado, pero las restricciones que se impongan a su ejercicio tienen que ajustarse indefectiblemente a derecho, de acuerdo con las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, y con sujeción a una revisión administrativa o judicial competente, independiente, imparcial y diligente.

El análisis comparado de los instrumentos internacionales citados supra permite desprender algunos elementos comunes al derecho de reunión y determinar sus modalidades de restricción. En cuanto a sus elementos comunes, destaca el hecho de que el derecho de reunión se configura cuando se trata de una reunión pacífica, cuando se lleva a cabo con miras a promover un interés común, y cuando se produce sin alterar desproporcionadamente el orden público o los derechos y libertades de los demás.

Las limitaciones que se pueden aplicar al derecho a la libertad de reunión son, en primera instancia, las que derivan del tenor mismo del primer párrafo del artículo 15 de la CADH, esto es, que se trate de reuniones “pacíficas y sin armas”. Las reuniones deben ser efectivamente pacíficas, es decir, que no debe producirse una alteración del orden público por parte de quienes la llevan a cabo, excluyéndose el uso de armas e incluyéndose el compromiso de respetar la propiedad pública y privada así como la tranquilidad ciudadana. Criterios que, como ha referido la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-456 del 14 de julio de 1992:

deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Por lo general, es insuficiente un peligro eventual y genérico, un simple temor o una sospecha. La naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas limitativas del mismo. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*.

Así pues, se vulnerará el derecho de reunión cuando se dificulte o impida *arbitrariamente*, mediante el establecimiento de cercos policiales u otros métodos represivos, que las personas asistan a las reuniones convocadas; o cuando no se permita o dificulte que los organizadores puedan expresar libremente sus opiniones; o cuando se impida a sus destinatarios escucharlos mediante la propagación de ruidos molestos o la realización de contramanifestaciones, pues, como ha mencionado el Tribunal Constitucional español en su sentencia 66/1995, en un caso en que precisamente se discutían los límites de la libertad de reunión, que “en una sociedad democrática el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”.⁵⁷

En segundo lugar se encuentran aquellas restricciones a las que alude la segunda parte del artículo 15 de la CADH, esto es, las que estén previstas por la ley y “sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

Aunque en algunos contextos, las autoridades pueden verse tentadas a emplear las cuestiones relativas a la seguridad o el orden públicos para intentar justificar limitaciones a la libertad de reunión; no obstante, es del caso advertir que tales restricciones tienen por objeto primordial proteger los derechos de los particulares que puedan ser afectados en forma indebida por el ejercicio del derecho, y no facultar la imposición de limitaciones arbitrarias o desproporcionadas por parte de los Estados. El criterio básico al que deben sujetarse las autoridades es el de favorecer el pleno ejercicio del derecho, de forma tal que los límites que se le impongan tienen que ser interpretados de manera restrictiva y, en todo caso, poseer una fundamentación objetiva que conjure la presencia de decisiones irrazonables o arbitrarias.

57 Tribunal Constitucional de España, Sentencia n.º 66/1995, 8 de mayo de 1995.

2.4.1. Las restricciones solo pueden llevarse a cabo mediante leyes formales

Tal como señala el artículo 30 de la CADH, al referirse al alcance de las restricciones permitidas por ella, tales restricciones “al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Como ha expresado la Corte IDH:

no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la C[ADH], según el cual “los derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.⁵⁸

‘Bien común’ y ‘orden público’ son, además, términos de la CADH que según la Corte IDH, “deben interpretarse dentro del sistema de la misma”, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos “requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; CADH, Preámbulo, párr. 2).⁵⁹

Razón por la cual, la Corte IDH ha señalado también que:

[...] de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la C[ADH] o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la C[ADH]). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la C[ADH].⁶⁰

En suma, solo la *ley formal*, entendida como lo ha hecho la Corte IDH, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la CADH.⁶¹

2.4.2. La conciliación entre la libertad de reunión y las posibles afectaciones a los derechos de terceros

En otro orden de ideas, cabe señalar que, aunque el derecho de reunión sea uno de eficacia directa e inmediata, por lo que no se encuentra sujeto a un régimen jurídico de autorización previa para su ejercicio, al encarar el caso específico de las reuniones cuya realización es convocada para concretarse en una plaza o vía pública, se requiere armonizar su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que este represente, con el deber de proteger “la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. Dada la amplitud de estos conceptos, será menester llevar a cabo una interpretación *favor libertatis* de los mismos de forma que no se merme la amplitud del derecho que se pretende proteger, y

58 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 26.

59 *Ibidem*, párr. 30.

60 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párrs. 66 y 67.

61 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 35.

se tenga en cuenta, tal como indica el propio artículo 15 de la CADH, que tales restricciones deben ser necesarias “en una sociedad democrática”.⁶²

De acuerdo con ello, las autoridades pueden requerir ser informadas, con antelación suficiente, acerca de las reuniones que se lleven a cabo en plazas o vías públicas, de manera que puedan adoptar las providencias que resulten necesarias y proporcionales para que el derecho al libre tránsito –también protegido por la CADH– no se vea limitado *más allá de lo estrictamente necesario*; habilitando, de ser necesario, vías alternas de circulación; y/o adoptando medidas igualmente necesarias y proporcionales para proteger a los manifestantes o, de ser el caso, para prevenir y/o reprimir, de manera también proporcional, la eventual afectación de la integridad personal de estos, de terceros no participantes en la manifestación o de bienes públicos o privados. En este sentido, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos señaló en el caso *Rassemblement Jurassien vs. Suiza* que “el interés público vinculado a la libertad de reunión pacífica puede *momentáneamente ceder el paso al interés público igualmente legítimo* que representa la vida comunitaria armoniosa de los ciudadanos en una sociedad democrática”.⁶³ Así, aunque en dicho caso la Comisión Europea de Derechos Humanos reconoció que el derecho a la libertad de reunión se inscribía en ‘el interés público’ de una sociedad democrática, estimó igualmente que el derecho podía ser momentáneamente limitado cuando su ejercicio obstaculizara otros derechos igualmente legítimos.

El poder de regular el ejercicio de la libertad de reunión, no obstante, en ningún caso autoriza a las autoridades a obstaculizarlo sin justificación o, incluso contando con esta, a limitarlo de manera innecesaria y desproporcionada. Por el contrario, las limitaciones que se prevean deberán encontrar un equilibrio apropiado entre los intereses de las personas que desean ejercer su derecho a la libertad de reunión y los intereses del resto de la sociedad. Así pues, las restricciones que la ley contemple, o que las autoridades adopten, en orden a proteger el interés y la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden, la salud o la moralidad públicas, así como los derechos y libertades de los otros, tal como lo prescribe el artículo 15 de la CADH y la jurisprudencia internacional, de ninguna manera podrán comportar un sacrificio desproporcionado del derecho de quienes desean ejercer su derecho a la libertad de reunión. Así lo puso de relieve la CIDH cuando calificó de ‘completamente desproporcionada’ y de ‘extrema restricción’ a la libertad de reunión una legislación aprobada en Uruguay que requería un permiso de la policía que debía solicitarse con diez días de anticipación para cualquier acto público, asamblea, elección, conferencia, desfile, congreso o evento deportivo, cultural, artístico o familiar”.⁶⁴ O cuando señaló que la detención de participantes en manifestaciones que se desarrollaban en forma pacífica atentaba contra el derecho de reunión, aun cuando la privación de la libertad no dure más que algunas horas y no resulte en una acusación penal.⁶⁵

La CIDH ha señalado al respecto que:

la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales. Es decir, no se puede impedir una manifestación porque se considera que es probable que esta va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación

62 La Corte IDH interpretó el alcance de la expresión “necesaria en una sociedad democrática” en su opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 46, haciendo un símil con la jurisprudencia europea y afirmando que “en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’, es decir que debe estar orientada “a satisfacer un interés público imperativo”; (ii) entre varias opciones para alcanzar ese objetivo “debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”; y (iii) “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.

63 Comisión Europea de Derechos Humanos. Decisión sobre admisibilidad, *Rassemblement Jurassien vs. Suiza*, Petición n.º 8191-78, decisión de 10 de octubre de 1979. (énfasis agregado)

64 CIDH. Informe Anual 1979-1980, pp. 128-130 (Uruguay), citado en: O’Donell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

65 CIDH. Informe Anual 1979-1980, pp. 105-107 (Chile), citado en O’Donell, D., *idem*.

(hora, lugar, etc.) Las limitaciones a las manifestaciones públicas solo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual.⁶⁶

En forma similar, y en cuanto a los medios que resultan pasibles, legítimos y proporcionales para limitar el ejercicio de este derecho en salvaguarda de otros bienes jurídicos igualmente protegidos, los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1990),⁶⁷ han señalado que “[a]l dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario”,⁶⁸ y que al dispersar reuniones violentas, tales funcionarios “solo podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria”,⁶⁹ absteniéndose del uso de tales armas de fuego en esos casos, salvo que esto ocurriera “en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.⁷⁰

Al respecto, la CIDH se ha pronunciado en diversos comunicados de prensa respecto de los hechos de violencia ocurridos en distintas manifestaciones a lo largo de la región. En el año 2011 se pronunció con respecto a los hechos ocurridos en Bolivia contra la construcción de una carretera que atravesaría el Territorio Indígena del Parque Nacional Isiboro Sécuré;⁷¹ a la represión del “toque de cazuela” ocurrido en Cuba el 24 de septiembre en el Reparto de Río Verde, Municipio de Boyeros, y sobre los hechos de violencia ocurridos en las manifestaciones estudiantiles llevadas a cabo el 4 de agosto para protestar en contra de políticas educativas en vigor en ese momento en Chile.⁷² Asimismo se ha pronunciado con relación a los hechos ocurridos en Honduras en el contexto de la represión de las manifestaciones que tuvieron lugar durante septiembre de 2009 en Tegucigalpa, días después del golpe de Estado contra el presidente Zelaya;⁷³ y respecto del Perú, por los hechos de violencia ocurridos el 5 de junio de 2009 para dispersar el bloqueo que grupos indígenas mantenían en la carretera de acceso a la ciudad de Bagua en protesta por la aprobación de un conjunto de normas que amenazaban sus derechos territoriales.⁷⁴

2.4.3. Objetividad y proporcionalidad en la restricción de la libertad de reunión

Ahora bien, no siendo suficiente con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos en perjuicio de otros, las restricciones al derecho de reunión solo encontrarán apoyo en aquellos casos en que existan datos objetivos que permitan deducir de forma indubitante que la manifestación no se ajusta a los parámetros convencionales, y especialmente en relación con la necesidad de proteger la salud y moral públicas, así como los derechos y libertades de los demás. Por esta razón, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión no solo deben

66 CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 34, citado en CIDH. Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 7 de marzo de 2006, *op. cit.*

67 *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. Adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, el 7 de septiembre de 1990.

68 *Ibidem*, principio 13.

69 *Ibidem*, principio 14.

70 *Ibidem*, principios 14 y 9.

71 CIDH. Comunicado de Prensa 108/11. CIDH urge a garantizar la integridad física y seguridad de manifestantes en Bolivia, 17 de octubre de 2011.

72 CIDH. Comunicado de Prensa 87/ 11. CIDH manifiesta preocupación por violencia contra protestas estudiantiles en Chile, 6 de agosto de 2011.

73 CIDH. Comunicado de Prensa 65/09. CIDH condena uso excesivo de la fuerza en represión de las manifestaciones en Honduras, 22 de septiembre de 2009.

74 CIDH. Comunicado de Prensa 35/09. CIDH condena hechos de violencia en Perú, 8 de junio de 2009.

ser convincentes e imperativos de modo que puedan justificar las restricciones a esa libertad,⁷⁵ sino que deben ser probados. Esto es, que no deben tratarse de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español:

si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados.⁷⁶

De acuerdo con el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai:

el derecho internacional de los derechos humanos afirma que las personas tienen derecho a expresar su opinión, aun cuando esa opinión pueda ser impopular o contraria a la de gobierno o a sus políticas. El derecho a la libertad de reunión pacífica es un instrumento fundamental para que las personas puedan expresar su opinión y no puede ser objeto de limitaciones únicamente a causa del mensaje o el contenido de la reunión.⁷⁷

Pese a ello, el Relator Especial ha observado que el contenido suele ser determinante en la decisión de facilitar o impedir una reunión pacífica. Las reuniones que apoyan la postura del Gobierno nunca, o casi nunca, sufren obstrucciones, pero las probabilidades de represión son mucho mayores cuando la reunión se opone a las tesis gubernamentales. Esto es así en general, pero se observa “sobre todo en el contexto de la explotación de los recursos naturales”. De acuerdo al anterior Relator Maina Kiai:

siempre y cuando una reunión sea pacífica, los Estados tienen la obligación de facilitarla, independientemente de que estén o no de acuerdo con el contenido del mensaje. Toda injerencia en esas reuniones pacíficas, incluidas las medidas para disolverlas, debe cumplir estrictamente los requisitos de necesidad y proporcionalidad estipulados en las normas internacionales de derechos humanos.⁷⁸

Así pues, la prohibición debe constituir la última *ratio* a la que apele la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser necesario, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar del evento, su fecha, hora, duración o itinerario previstos. La prohibición o imposición de restricciones al ejercicio del derecho de reunión deben encontrarse debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de forma que el derecho solo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables, y, en modo alguno, más allá de lo que es estrictamente necesario. Entre otros motivos, porque como ha señalado el mismo Relator Especial:

cuando se restringen los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación infringiendo las normas internacionales de derechos humanos surgen automáticamente dudas sobre la autenticidad de los procesos de consulta o de las decisiones y sobre la validez de la expresión del consentimiento libre, previo e informado de las partes afectadas.⁷⁹

Finalmente, en el citado caso *López Lone y otros vs. Honduras*, la Corte IDH se pronunció, por primera vez, sobre el derecho de reunión de personas que ejercen funciones jurisdiccionales y señaló las restricciones que puede haber en el ejercicio de su derecho con motivo de sus actividades profesionales:

75 En este sentido, TEDH. *Caso Sidiropoulos vs. Grecia*, 10 de julio de 1998, párr. 40.

76 Tribunal Constitucional de España, Sentencia n.º 195/2003, 27 de octubre de 2003, fundamento 7.

77 Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, *op. cit.*, párrs. 39-40.

78 *Ibidem*.

79 *Ibidem*, párr. 11.

es importante resaltar que la C[ADH] garantiza estos derechos [de participación política, libertad de expresión y de reunión] a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas [...]. Sin embargo, [...] tales derechos no son absolutos, por lo que pueden ser objeto de restricciones compatibles con la C[ADH] [...]. Debido a sus funciones en la administración de justicia, en condiciones normales del Estado de Derecho, los jueces y juezas pueden estar sujetos a restricciones distintas y en sentidos que no afectarían a otras personas, incluyendo a otros funcionarios públicos.

Los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura [...] reconocen que “los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, *los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura*” [...]. Asimismo, los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial establecen que “[u]n juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que *preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura*” [...]. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo ha señalado que ciertas restricciones a la libertad de expresión de los jueces son necesarias en todos los casos *donde la autoridad e imparcialidad de la judicatura pudieran ser cuestionadas* [...].⁸⁰

3. El derecho de asociación

Cuando se redactó la Carta de la OEA, en 1948, se enunció que “la misión histórica de América era la de ofrecer un ámbito de libertad individual y de justicia social, fundado en la moral y el respeto a los derechos humanos”.⁸¹ Para asegurar este propósito se definió un conjunto de principios y mecanismos que se juzgaron indispensables para que el hombre alcanzara “la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz”. Entre esos principios y mecanismos se incluyó, en el inciso c) del artículo 45 del mismo instrumento el derecho de los empleadores y de los trabajadores, tanto rurales como urbanos, a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”; poniendo de relieve su inciso g), además, “el reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo”.

En forma paralela y teniendo como antecedente los “principios fundamentales” de la Declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia General de la OIT en mayo de 1944,⁸² la IX Conferencia Internacional Americana de Río de Janeiro adoptó la Carta Internacional Americana de Garantías

80 Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFR. 2015, párrs. 169-170. (énfasis agregado y notas al pie de página omitidas)

81 Preámbulo de la Carta de la OEA.

82 En 1919 se creó la OIT asignándole como misión promover los derechos fundamentales de los trabajadores y los asalariados, proveerlos de protección social y mejorar las condiciones de trabajo a través del diálogo social entre trabajadores, asalariados, patronos y gobiernos. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la OIT enunció en Filadelfia, en 1944, la Declaración de Filadelfia, basada en cuatro principios fundamentales: 1) el trabajo no es una mercancía; 2) *la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante*; 3) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; 4) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

Sociales,⁸³ a la cual nos referimos anteriormente, cuyo propósito es “declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase”. Este instrumento “constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables”,⁸⁴ en su artículo 26 precisa que:

Los trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.

Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.

La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescritas para los sindicatos.

Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el periodo de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente.

El enfoque garantista de estos instrumentos interamericanos coincide con los principios adoptados por la OIT en su Convenio n.º 87 relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, también de 1948. Dicho convenio reconoce en su artículo 2 el derecho de los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a “constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Su artículo 3 agrega que las organizaciones así constituidas “tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción”; prescribiendo, además, que las autoridades públicas deben abstenerse “de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. Los artículos 4, 5 y 6 prescriben, además, que las organizaciones constituidas por los trabajadores y empleadores al amparo de este derecho “no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”; que “tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas”; que estas organizaciones tienen “el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores”; y que las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este se aplican también “a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores”.

Las restricciones al derecho de asociación sindical, por su parte, están reguladas por el artículo 7 del Convenio, conforme al cual: “[l]a adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio”; y también por el artículo 9, que delega en la legislación nacional la facultad de determinar “hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el [...] Convenio.

83 La formulación de la Carta fue encomendada al Comité Jurídico Interamericano por resolución LVIII de la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz reunida en México en 1945, presentándose un Proyecto de Carta Interamericana de Garantías Sociales en Río de Janeiro en 1947, el mismo que fue finalmente aprobado mediante resolución XXIX de la Conferencia Panamericana de Bogotá en 1948.

84 Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, artículo 1.

Estos principios, que protegen el derecho de asociación en el ámbito sindical, han sido igualmente desarrollados por otros convenios de la OIT referidos a la misma materia, tales como los convenios n.º 11 (1921),⁸⁵ n.º 84 (1947),⁸⁶ n.º 98 (1949),⁸⁷ n.º 141 (1975)⁸⁸ y n.º 151 (1978).⁸⁹

En el año de 1948 se aprobó la DADDH que, inspirada por un espíritu similar al de los instrumentos ya citados, aunque desde una perspectiva más amplia, consagró en su artículo XXII el derecho de toda persona (y ya no solo de trabajadores y empleadores), a “asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”. Meses más tarde, la DUDH reconoció también, en su artículo 20, el derecho de toda persona “a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”, destacando desde la dimensión negativa del derecho, que “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.⁹⁰

Desarrollando la libertad de asociación enunciada por la DUDH, y de una manera igualmente amplia, el PIDCP, estableció en su artículo 22 que “[t]oda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”; que el ejercicio de este derecho solo puede estar sujeto a “las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”; que las salvaguardas anteriores no proscriben la eventual imposición “de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”; y que ningún Estado parte del Convenio n.º 87 de la OIT puede adoptar “medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que puede menoscabar esas garantías”.

En paralelo, y desde una perspectiva complementaria, aunque enfocada en la dimensión sindical del derecho de asociación, el PIDESC consignó en su artículo 8 el deber estatal de garantizar “[e]l derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales”, proscribiendo la imposición de “otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.⁹¹ Reconoció, asimismo, el derecho de los sindicatos “a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de estas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas”,⁹² así como a “funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.⁹³ Y también, finalmente, “el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.⁹⁴

Como en el caso del Convenio OIT n.º 87, el PIDESC admite que los Estados pueden “someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas y de la

85 OIT. Convenio n.º 11, relativo a los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas (agricultura), 1921.

86 OIT. Convenio n.º 84, relativo al derecho de asociación y a la solución de los conflictos de trabajo en los territorios no metropolitanos, 1947.

87 OIT. Convenio n.º 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

88 OIT. Convenio n.º 141, relativo a las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social, 1975.

89 OIT. Convenio n.º 151, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, 1978.

90 DUDH, artículo 20, incisos 1 y 2.

91 PIDESC, artículo 8, numeral 1, inciso a).

92 *Ibidem*, inciso b).

93 *Ibidem*, artículo 8, numeral 1, inciso c).

94 *Ibidem*, artículo 8, numeral 1, inciso d).

policía”, a los que suma los miembros “de la administración del Estado”,⁹⁵ aclarando, no obstante, que nada de lo dispuesto en él autoriza a los Estados partes del Convenio n.º 87 “a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”.⁹⁶

Con criterios similares a los del artículo 22 del PIDCP, la CADH proclama en su artículo 16 que “[t]odas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”; y que “[e]l ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. La CADH empero, no solo admite restricciones legales al ejercicio del derecho de asociación respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, como lo hacen el Convenio n.º 87 de la OIT, el PIDCP y el PIDESC, sino que permite, incluso, “la privación del ejercicio del derecho”.⁹⁷

Con caracteres similares a los establecidos por el Convenio n.º 87 de la OIT, y complementando las disposiciones de la CADH, el Protocolo de San Salvador reconoce en su artículo 8 –relativo a los derechos sindicales– “[e]l derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses”,⁹⁸ y señala que, como proyección de este derecho, “los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección”,⁹⁹ permitiendo que estos “funcionen libremente”.¹⁰⁰ El Protocolo de San Salvador reconoce expresamente el derecho de huelga,¹⁰¹ y enuncia, tanto que el ejercicio de estos derechos “solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás”,¹⁰² entre ellas que “[l]os miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley”.¹⁰³ Reconociendo explícitamente la dimensión negativa del derecho de asociación en el ámbito sindical, establece, además, que “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.¹⁰⁴

Como se sabe, aunque el Protocolo de San Salvador faculta a la CIDH a incluir, en los informes anuales de la Asamblea General o en informes especiales, las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de todos los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en este,¹⁰⁵ al mismo tiempo limita exclusivamente al caso de las libertades sindicales (artículo 8.1.a) y al derecho de educación (artículo 13). Sin embargo, el mismo Protocolo de San Salvador, reconoce la competencia contenciosa de la Corte IDH para conocer de casos en los que se alegue la violación de estos artículos, por lo que mediante la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH, se podrá acceder a la CIDH cuando se considere que estos derechos fueron violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del Protocolo.¹⁰⁶

95 PIDESC, artículo 8, numeral 2.

96 *Ibidem*, numeral 3.

97 CADH, artículo 16, numeral 3.

98 Protocolo de San Salvador, artículo 8.1.a.

99 *Idem*.

100 *Idem*.

101 *Idem*.

102 Protocolo de San Salvador, artículo 2.

103 *Idem*.

104 Protocolo de San Salvador, artículo 8.3.

105 Protocolo de San Salvador, artículo 19 numerales 1 a 5 y 7.

106 Protocolo de San Salvador, artículo 19.6. Asimismo, ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016; y la sección ‘1.2.2.3.

Entre esas otras normas se puede mencionar a la CDN, que consigna en su artículo 15 el derecho de las y los niños “a la libertad de asociación y a la libertad para celebrar reuniones pacíficas”, proscribiendo, como en el caso de las normas citadas *supra*, la imposición de restricciones al ejercicio de estos derechos “distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”.¹⁰⁷ También a la CIEFDR que instituye el compromiso de los Estados partes “a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en cuanto al goce de derechos civiles que incluyen el derecho “a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”; lo mismo que a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, su derecho “a fundar sindicatos y a sindicarse”.¹⁰⁸

Lo mismo ocurre con el artículo 4 de la Convención de Belém do Pará, que reconoce el derecho que todas las mujeres tienen “al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”; derechos que comprenden, entre otros, el derecho “a libertad de asociación”.¹⁰⁹ De igual modo, el artículo 26 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), con criterios bastante amplios, indicando que estos tienen el derecho de “[p]articipar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente”; que pueden “[a]filiarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente”; y que pueden también “[s]olicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas”. El artículo 40 de dicha Convención indica, además, que los trabajadores migratorios y sus familiares tienen “el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole”. En ambos casos señala que el ejercicio de tales derechos solo puede estar sujeto a restricciones previstas por la ley y que resulten necesarias en una sociedad democrática “en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás”.¹¹⁰

Otros instrumentos internacionales que amparan este derecho son la CER (1951), cuyo artículo 15 indica que “[e]n lo que respecta a las asociaciones no políticas ni lucrativas y a los sindicatos, los Estados contratantes concederán a los refugiados que residan legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero”. Igualmente, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992), en su artículo 2 refiere que “[l]as personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones”.¹¹¹

Sindicatos, federaciones y confederaciones’ del comentario a los artículos 44-47 (competencia de la CIDH) a cargo de Tojo. Sin perjuicio de este reconocimiento de competencia para los artículos 8.1.a y 13 del Protocolo de San Salvador, tal y como se estableció en la sección 2 sobre el derecho de reunión, en aplicación del artículo 29 de la CADH, los órganos del SIDH pueden aplicar otras disposiciones del mismo Protocolo de San Salvador –como las disposiciones contenidas en el inciso 1.b del mismo artículo 8 y/o sus numerales 2 y 3– u otras normas del derecho internacional de los derechos humanos, para interpretar el alcance y contenido del derecho y las restricciones que válidamente lo pueden afectar.

107 CDN, numeral 12.

108 CIEFDR, artículo 5, incisos d.ix. y e.ii.

109 Convención de Belém do Pará, artículo 4.h.

110 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículos 26.2 y 40.2.

111 La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas fue aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 47/135, 18 de diciembre de 1992.

Otro tanto hace la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos (1998),¹¹² cuyo artículo 5 reconoce que, con el fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional, a “formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos”. Y, finalmente, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas cuyo Principio 22 refiere que no se harán entre los desplazados internos, con independencia de que vivan o no en campamentos, distinciones basadas en su desplazamiento en el disfrute de, entre otros, el derecho “a asociarse libremente y a participar en pie de igualdad en los asuntos comunitarios”.

Como se aprecia, el reconocimiento de derecho de asociación pacífica es extenso, y es considerado en el caso específico de la asociación con fines sindicales, una norma consuetudinaria vinculante para los todos los Estados miembros de la OIT, incluyendo a los que no han ratificado el Convenio n.º 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación.

Algunas de estas normas consagran la dimensión positiva y negativa del derecho (esto es, el derecho a ser parte o no de una entidad asociativa); y la mayor parte de ellas admite, como en el caso de otros derechos fundamentales, restricciones que cumplan el principio de legalidad, estén dirigidas a salvaguardar otros bienes jurídicos igualmente protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, y satisfagan una necesidad propia de una sociedad democrática. El régimen interconectado de obligaciones contractuales establecido por estos instrumentos puede y debe usarse para asegurar una interpretación comprensiva y lo más amplia posible del contenido y posibilidades de ejercicio del derecho, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 29.b) de la CADH.

3.1. Cuestiones generales

De acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, la libertad de asociación autoriza a las personas a constituir, de manera voluntaria y pacífica, agrupaciones permanentes dirigidas a la consecución de uno o varios fines específicos. Sus rasgos característicos están definidos por la existencia de una pluralidad de personas animadas por un propósito común de carácter permanente, y por la constitución de nuevo sujeto de derechos y obligaciones diferente de las personas que lo componen. Los propósitos que pueden animar a las personas a constituir una asociación son variados y comprenden fines de naturaleza ideológica, religiosa, política, económica, laboral, social, cultural, deportiva o de cualquiera otra índole, tal como establece el artículo 16 de la CADH.

En contraste con el ejercicio de la libertad de reunión, la confluencia de personas que se plantea durante el ejercicio del derecho de asociación no es esporádica, sino que tiene una vocación de permanencia en el tiempo; e implica, para las personas agrupadas alrededor del propósito de promover y defender sus intereses comunes, un conjunto de prerrogativas y obligaciones vinculadas a los motivos que las congregan.

El derecho de asociación implica un derecho y una libertad, y tiene una dimensión individual y otra colectiva. En su dimensión individual el derecho implica el reconocimiento a las personas de la libertad de formar y ser parte de una entidad asociativa, de ser parte de una ya existente (libertad de asociación positiva), así como de no ser parte de ninguna, o de dejar de serlo de una de la que sea miembro (libertad de asociación negativa).

En su dimensión colectiva, el derecho de asociación implica el derecho de la entidad asociativa conformada a auto-organizarse, esto es a gozar de autonomía para organizar su conformación interna, su funcionamiento y su programa de acción, y actuar libremente en defensa de los intereses de los

112 La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos fue aprobada por la Asamblea General de la ONU en Resolución 53/144, 9 de diciembre de 1998.

asociados; derecho que, por tanto, no reposa en cabeza de estos, individualmente considerados, *sino en la propia organización*, de modo que el interés jurídicamente protegido tiene un carácter colectivo, que no es otro que el del conjunto de miembros de la asociación que se mantendrá constante aunque el conjunto de sus miembros cambie.

La definición del derecho de asociación incluye un componente organizativo y otro de actividad. El componente organizativo o estático de la libertad de asociación reposa en la facultad de agruparse colectivamente y constituir un sujeto colectivo como presupuesto de efectividad de la actuación colectiva del conjunto de personas agrupadas con tal fin. El componente dinámico o de actividad que distingue el derecho de asociación reposa, a su vez, en el propio funcionamiento de la entidad constituida para promover los derechos e intereses de sus integrantes. El contenido esencial del derecho involucra pues, su componente individual y colectivo y, al mismo tiempo, sus facetas de organización y actividad. En este último aspecto, la autonomía orgánica, de funcionamiento y de actuación, constituye una condición esencial para la existencia de una efectiva libertad de asociación, conformada en esta dimensión por las libertades normativa o de reglamentación, de representación, de gestión y de disolución del ente asociativo conformado.

El derecho de asociación, en conclusión, reconoce y protege tanto el pluralismo organizativo y concurrencial, como el derecho al autogobierno y sin interferencias del ente colectivo conformado. Protege el derecho de hombres y mujeres que desean ejercerlo (libertad positiva), junto al de quienes no desean hacerlo (libertad negativa); y protege tanto los derechos de la entidad asociativa conformada, como los de los representados por esta y dentro de ella. Dimensiones, todas, que deben ser protegidas simultáneamente.

3.2. El contenido normativo del derecho de asociación

A fines de 1985, a pedido de Costa Rica, la Corte IDH emitió su opinión consultiva en torno a la *colegiación obligatoria de periodistas*. Aunque en ella la Corte se explayó primordialmente en torno al contenido y límites de las libertades de pensamiento y de expresión, protegidas por el artículo 13 de la CADH, en su opinión separada el juez Nieto Navia estimó pertinente explayarse sobre el contenido del derecho de asociación:

El contenido del artículo 16.1. toca, a la vez, con un derecho y con una libertad, es decir, con el derecho a formar asociaciones, que no puede ser restringido sino en los eventos y para los propósitos contemplados en los artículos 16.2. y 16.3. y con una libertad, en el sentido de que nadie puede ser compelido u obligado a asociarse. Hay que entender que ambos extremos están protegidos por la C[ADH] [...]. La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual –por oposición al físico o material– de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines. En cuanto a estos, los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr sus propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados.¹¹³

La Corte IDH ha expresado en varias oportunidades que la libertad de asociación “supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación”.¹¹⁴ En la referida opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*, matizó esta afirmación indicando que:

113 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, 1985. Opinión separada del juez Rafael Nieto Navia, párrs. 4 y 6.

114 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párrs. 4 y 6.

la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no *es per se* contraria a la C[ADH] sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.¹¹⁵

Cabe destacar que, respecto del ejercicio del periodismo —a diferencia de la permisividad asumida respecto de este tipo de limitaciones para ciertas profesiones—, la Corte IDH ha subrayado enfáticamente su rechazo a la colegiación de estos en razón del estrecho vínculo existente entre el ejercicio de esta profesión y la libertad de expresión. Así, la Corte IDH concluye que:

las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la C[DAH], lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.¹¹⁶

Por su parte, desde una perspectiva más general, la CIDH ha afirmado que:

[s]egún la D[ADH], toda persona tiene derecho al trabajo, a reunirse pacíficamente y a asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos, y recordado que la Corte [IDH] ha determinado que el alcance del derecho de libre asociación en materia sindical se traduce en “[l]a facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.¹¹⁷

De igual manera, en varios casos tramitados ante la Corte IDH, esta ha destacado que “el artículo 16.1 de la C[ADH] establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho”; que el fin de este derecho es “agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad”; y que, en adición a las obligaciones negativas mencionadas, de la libertad de asociación derivan también obligaciones positivas de “prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.”¹¹⁸

115 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, 1985, párr. 68.

116 *Ibidem*, párr. 76. En similar sentido se pronunció la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Young, James and Webster vs. Reino Unido* en el que rechazó el argumento de que el derecho a la libertad sindical en su aspecto negativo no ha sido expresamente recogido en el CEDH, o en el *Caso Singurjonsson vs. Islandia*, en el que estableció que existía un consenso entre una gran mayoría de los Estados partes de la CEDH para salvaguardar el aspecto negativo de la libertad de asociación, por lo que se debe considerar que el artículo 11 del CEDH engloba un derecho de asociación negativo. Por su parte, el TEDH no ha encontrado que imponer restricciones al ejercicio de la libertad de asociación por parte de los miembros de las fuerzas armadas signifique una violación a la libertad de asociación. TEDH. *Caso Rekvényi vs. Hungría*, 20 de mayo de 1999.

117 En ambos casos: CIDH. Informe Anual 2006, Capítulo IV, Desarrollo de los derechos humanos en la región, Cuba, Derechos Laborales y Libertad Sindical, párr. 81.

118 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párrs. 170-171. En sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 69. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párrs. 156 y 159. Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007, párr. 144.

Ciertamente, el derecho de asociación constituye una prerrogativa de todas las personas, pero su protección adquiere una significación especial cuando reposa en cabeza de personas que lo ejercen para defender y promover los derechos y libertades de los demás, como es el caso de las defensoras y los defensores de derechos humanos. De hecho, los órganos de protección de derechos humanos del SIDH, se han pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de la importancia de la labor que desarrollan aquellas personas que, individual o colectivamente, promueven y procuran la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la supervisión de las instituciones democráticas.¹¹⁹ En este sentido, la CIDH ha indicado que:

la libertad de asociarse, en el caso concreto de las defensoras y defensores de derechos humanos, constituye una herramienta fundamental que permite ejercer de forma plena y cabal la labor de estos, quienes de manera colectiva pueden lograr mayor impacto en sus tareas. En consecuencia, cuando un Estado obstaculiza este derecho, en cualquiera de sus esferas, no solo restringe la libertad de asociación, sino que obstruye la labor de promoción y defensa de los derechos humanos.¹²⁰

3.2.1. Dimensiones individual y colectiva

La CIDH ha subrayado que el derecho de reunión y la libertad de asociación han sido ampliamente reconocidos como “derechos civiles sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática”.¹²¹ Interpretando el contenido de estos derechos, ha referido que su protección comporta no solo una obligación estatal de no interferir con el ejercicio de estos, sino la obligación de adoptar medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de ambas libertades, en la medida en que “las restricciones al ejercicio de estos derechos son graves obstáculos a la posibilidad que tienen las personas de reivindicar sus derechos, dar a conocer sus peticiones y promover la búsqueda de cambios o soluciones a los problemas que les afectan”.¹²²

En su informe sobre derechos humanos y democracia en Venezuela,¹²³ la CIDH destacó igualmente que:

la labor de los defensores de derechos humanos, a través de la protección de individuos y grupos de personas que son víctimas de violaciones de derechos humanos, de la denuncia pública de las injusticias que afectan a importantes sectores de la sociedad y del necesario control ciudadano que ejercen sobre los funcionarios públicos y las instituciones democráticas, entre otras actividades, constituye una pieza irremplazable para la construcción de una sociedad democrática sólida y duradera.¹²⁴

119 En su Informe Anual de 1998, por ejemplo, la CIDH resaltó la importancia y la dimensión ética del trabajo que llevan a cabo las personas dedicadas a la promoción, seguimiento y defensa legal de los derechos humanos y de las organizaciones a las que muchas de ellas se encuentran afiliadas. En adición, recomendó a los Estados tomar “las medidas necesarias para proteger la integridad física de los defensores de los derechos humanos y propiciar las condiciones para que desarrollen su labor”. Cfr: CIDH. Informe Anual 1998, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16 de abril de 1999. Asimismo, ver CIDH. Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Capítulo VI, Literal C, párr. 23, publicado el 6 de abril de 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, citado en CIDH. Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006.

120 CIDH. Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006.

121 CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 de octubre de 2002, párr. 359.

122 CIDH. Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párrs. 50-51.

123 CIDH. Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/ Ser. L /V/II., Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

124 *Ibidem*, párr. 556.

De acuerdo con la CIDH, dado que “[l]a defensa de los derechos humanos es de interés público y en ella participan comúnmente distintas personas asociadas entre sí”, además de una dimensión individual y social:

[v]arios de los derechos, a través de los cuales se traduce en la práctica esta defensa de los derechos tienen una *vocación colectiva*, como el derecho de asociación, el de reunión o algunas dimensiones de la libertad de expresión. En virtud de ella, los Estados tienen la obligación de garantizar la vocación colectiva de tales derechos.¹²⁵

Este reconocimiento, empero, no impide a los Estados:

reglamentar la inscripción, vigilancia y control de organizaciones dentro de sus jurisdicciones, incluyendo las organizaciones de derechos humanos. No obstante, de conformidad con el derecho de asociarse libremente [...] deben asegurar que los requisitos legales no impidan, retrasen o limiten la creación o funcionamiento de estas organizaciones.¹²⁶

En el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, relacionado con el asesinato de una conocida defensora de derechos humanos y del medio ambiente y los recursos naturales, la Corte IDH, sostuvo que la alegada violación a la libertad de asociación por los representantes debía ubicarse “en el contexto de la relación que tiene el ejercicio de dicho derecho con el trabajo de promoción y defensa de los derechos humanos”.¹²⁷ Al respecto, dijo:

est[a Corte IDH] ha establecido que los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad [...] [d]esde esta perspectiva, el artículo 16 de la C[ADH] comprende también el derecho de toda persona a formar y participar libremente en organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales orientados a la vigilancia, denuncia y promoción de los derechos humanos [y] [d]ada la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos en las sociedades democráticas, el libre y pleno ejercicio de este derecho impone a los Estados el deber de crear condiciones legales y fácticas en las cuales puedan desarrollar libremente su función.¹²⁸

3.2.2. *Materia laboral*

Con ocasión del caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, la Corte IDH se explayó por primera vez respecto al alcance y contenido del derecho de asociación en materia laboral. El caso fue planteado originalmente ante la CIDH mediante una petición que imputó al Estado de Panamá el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, comprometidos en un conjunto de protestas contra la política gubernamental, y en respaldo de sus derechos laborales. El Gobierno panameño despidió a dichas personas atribuyéndoles haber participado en dichas manifestaciones y ser cómplices de una asonada militar. Para efectivizar la sanción, aplicó de manera retroactiva una norma conforme a la cual el trámite de los juicios que entablaran los trabajadores para repeler los despidos de que habían sido objeto debía realizarse en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, conforme estaba predeterminedo por la ley en vigor en el momento de los hechos. La Corte Suprema de Panamá desestimó, además, todas las demandas relacionadas con este caso. Tras el procedimiento ante la CIDH, donde se había alegado la violación de, entre otros derechos, la libertad sindical, esta instancia presentó el caso en la Corte IDH quien, finalmente, declaró que Panamá había violado los derechos a la libertad de

125 CIDH. Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 33. (énfasis agregado)

126 CIDH. Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 54, 30 diciembre de 2009, párr. 559.

127 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 145.

128 *Ibidem*, párrs. 145-146. En el mismo sentido, ver Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr.172.

asociación, a las garantías judiciales y a la protección judicial y los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados.

Al considerar si se configuró o no la violación de la libertad de asociación, la Corte IDH señaló que esta debía “ser analizada en relación con la libertad sindical”,¹²⁹ y que:

[I]a libertad de asociación, en materia sindical, consist[ía] básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite[n] o entorpezca[n] el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supon[ía] que cada persona p[udiera] determinar sin coacción alguna si desea[ba] o no formar parte de la asociación.¹³⁰

Después de indicar que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”,¹³¹ la Corte IDH refirió que:

[I]a libertad de asociación, en materia laboral [...] comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.¹³²

La Corte IDH ha caracterizado como un obstáculo para el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores la adopción arbitraria de represalias contra sus representantes, refiriendo que, en este caso:

[...] al despedir[se] a los trabajadores estatales, se despidió a dirigentes sindicales que se encontraban involucrados en una serie de reivindicaciones. Aún más, se destituyó a los sindicalistas por actos que no constituían causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos. Esto demuestra que, al asignarle carácter retroactivo a la Ley 25 [...] se pretendió darle fundamento a la desvinculación laboral masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector público, actuación que sin duda limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el mencionado sector.¹³³

Además de despidos, en muchos de los casos conocidos por la CIDH y la Corte IDH, las víctimas de torturas, desapariciones forzosas, ejecuciones extrajudiciales o persecuciones lo han sido por causa de sus respectivas afiliaciones.¹³⁴ En el caso *Huilca Tecse vs. Perú*, por ejemplo, en el que se ventiló el asesinato de un líder sindical opositor y crítico de las políticas del gobierno del ex presidente peruano Alberto Fujimori, la Corte IDH recordó que el derecho a la libertad de asociación tiene una dimensión individual y otra social, y que ambas deben ser protegidas simultáneamente.¹³⁵ Asimismo, destacó que *la afectación del derecho a la vida de un líder sindical conlleva, conjuntamente, la violación del derecho de los individuos a la libertad de asociación sindical y la violación del derecho social del grupo que ejerce su derecho de asociación sindical*,¹³⁶ lo que ocurrió en este caso, dado que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento

129 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 156.

130 *Idem*.

131 *Ibidem*, párr. 158.

132 *Ibidem*, párr. 159.

133 *Ibidem*, párr. 160.

134 En la CIDH destacan los casos: CIDH. *Caso Gómez López vs. Guatemala*. Informe n.º 29/96, Caso 11.303, 16 de octubre de 1996. CIDH. *Caso Comadres vs. El Salvador*. Informe n.º 13/96, Caso 10.948, 1 de marzo de 1996. CIDH. *Caso Dianna Ortiz vs. Guatemala*. Informe n.º 31/96, Caso 10.526, 6 de septiembre de 1996. CIDH. *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*. Informe n.º 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

135 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 72.

136 *Ibidem*, párr. 69.

sindical peruano y con ello impactó negativamente en la libertad, de un grupo determinado, de ejercer ese derecho.¹³⁷

En su fallo, la Corte IDH precisó que el artículo 16 de la CADH comprende el derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole; y que quienes están bajo la protección de la C[ADH] tienen, no solo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo, sino que, además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.¹³⁸

La dimensión individual de la libertad de asociación en materia laboral, dijo la Corte IDH:

no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la C[ADH] proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines “de cualquier [...] índole”, está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga.¹³⁹

En su dimensión social, agregó, “la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos”.¹⁴⁰

De acuerdo con los criterios de la Corte IDH, “el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla”, de modo que los individuos no podrán gozar del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, “si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica”. Como correlato de lo anterior, “el Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses”.¹⁴¹

En el caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, relativo a la ejecución extrajudicial en Perú del líder sindical minero Saúl Isaac Cantoral Huamani y su asesora Consuelo Trinidad García Santa Cruz, la Corte IDH precisó que a las obligaciones negativas de respetar el derecho y la libertad de los individuos para asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho, así como del de gozar del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad, se suman “obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad”; obligaciones positivas que “deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita”.¹⁴²

137 En su sentencia recaída en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, relacionado con la ejecución extrajudicial del senador colombiano del mismo nombre perteneciente a la formación política la “Unión Patriótica”, la Corte IDH aplicó similar razonamiento señalando que “las afectaciones a los derechos del señor Cepeda tuvieron efectos amedrentadores e intimidatorios para la colectividad de personas que militaban en su partido político o simpatizaban con su ideario. Las violaciones en este caso trascendieron a los lectores de la columna del semanario *Voz*, a los simpatizantes y miembros de la UP y a los electores de ese partido”. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 178.

138 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 69.

139 *Ibidem*, párr. 70.

140 *Ibidem*, párr. 71.

141 *Ibidem*, párr. 77.

142 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007, párr. 144.

En efecto, las libertades civiles son la base necesaria de la libertad sindical, por lo cual esta no se puede realizar sin el respeto de la generalidad de los derechos humanos.¹⁴³ Los recaudos de la Corte IDH en los casos citados guardan por ello, y en este sentido, total correspondencia con las prescripciones del CLS de la OIT que, en reiteradas oportunidades, ha señalado que “[l]a libertad sindical solo puede ejercerse en una situación en que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular, los relativos a la vida y a la seguridad de la persona”,¹⁴⁴ y que “[u]n movimiento sindical realmente libre e independiente no se puede desarrollar en un clima de violencia e incertidumbre”.¹⁴⁵ Los hechos imputables a particulares, ha dicho el CLS:

responsabilizan a los Estados a causa de la obligación de diligencia y de intervención de los Estados para prevenir las violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, los gobiernos deben procurar no violar sus deberes de respeto de los derechos y las libertades individuales, así como su deber de garantizar el derecho a la vida de los sindicalistas.¹⁴⁶

3.3. Limitaciones al ejercicio del derecho de asociación

La libertad de asociación puede ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas sean necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud y la moral pública, y los derechos y libertades de los demás. Algunos instrumentos de derechos humanos, como hemos visto *supra*, admiten además la imposición de restricciones, o incluso la privación del derecho, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

La CADH no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.¹⁴⁷

En este sentido, la CIDH ha resaltado que, de acuerdo a la regulación del derecho de asociación, sus limitaciones deben ajustarse siempre al principio de legalidad. Vale decir que las restricciones al referido principio solo pueden ser establecidas mediante una ley (promulgada por un parlamento) y no por una norma emitida por el Gobierno:

Las restricciones a la libertad de asociación solo serán válidas si han sido establecidas por ley (mediante una decisión del Parlamento o una norma no escrita equivalente del *common law*) y no son permisibles si se establecen por decreto de gobierno o mediante otro tipo de decisión administrativa. La C[IDH] reitera que el principio de legalidad incluye también que la limitación esté formulada en forma expresa, taxativa y previa, requisitos exigidos para dar seguridad jurídica al ciudadano, asimismo, la ley que contiene la restricción debe haber sido dictada por razones de interés general y estableciendo el propósito para el cual ha sido establecida. Los Estados deben abstenerse de promover leyes y políticas que utilicen definiciones vagas,

143 Sarthou, H. “Perspectivas del derecho colectivo del trabajo” en *Revista Derecho Laboral*, n.º 123, t. XXIV, Montevideo, 1981, p. 585.

144 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 4ª ed. revisada, Ginebra, 1996, párr. 46, CLS n.º 300, informe del caso n.º 1649, párr. 453; CLS n.º 305, informe del caso n.º 1876, párr. 322; CLS n.º 307, informe del caso n.º 1876, párr. 312; CLS n.º 308, informe del caso n.º 1892, párr. 401; CLS n.º 316, informe del caso n.º 1970, párr. 548; CLS n.º 324, informe del caso n.º 1787, párr. 273, CLS n.º 329, informe del caso n.º 2201, párr. 508; CLS n.º 332º, informe del caso n.º 2201, párr. 546, CLS n.º 333, informe del caso n.º 1787, párr. 450, y CLS n.º 334, informe del caso n.º 2254, párr. 1088.

145 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 4ª ed. revisada, Ginebra, 1996, párr. 48, CLS n.º 302, informe del caso n.º 1849, párr. 202; CLS n.º 304, informe del caso n.º 1850, párr. 207; CLS n.º 326, informe del caso n.º 2027, párr. 176, y CLS n.º 337, informe del caso n.º 2318, párr. 340.

146 OIT. *La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios...*, 4ª ed. revisada, Ginebra, 1996, párrs. 19 y 50, CLS n.º 308, informe del caso n.º 1934, párr. 135.

147 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 170.

imprecisas y amplias respecto de los motivos legítimos para restringir las posibilidades de conformación y funcionamiento de las organizaciones de derechos humanos.¹⁴⁸

Por otro lado, en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, la Corte IDH ha tenido oportunidad de destacar que, a la par de reconocer el derecho de asociarse libremente, la CADH ha establecido que su ejercicio puede estar sujeto a restricciones previstas por ley, siempre que persigan un fin legítimo y que resulten necesarias en una sociedad democrática. En ese sentido, señala la Corte IDH, “el sistema establecido por la C[ADH] resulta equilibrado e idóneo para armonizar el ejercicio del derecho de asociación con la necesidad de prevenir e investigar eventuales conductas que el derecho interno califica como delictivas”.¹⁴⁹

Cabe indicar, finalmente, que aunque el derecho de asociación (como el de reunión) se encuentra consignado en la CADH como parte de los derechos susceptibles de derogación, toda medida adoptada por los Estados en orden a suspender el ejercicio de estos derechos debe cumplir estrictamente con las normas y principios que rigen la derogación, incluidos los principios de necesidad y proporcionalidad.¹⁵⁰

148 CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas, 2011, párr. 165.

149 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 173.

150 CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 octubre 2002, párr. 360.

Artículo 17. Protección a la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C n.º 32. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. EP. 1997.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C n.º 122. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. EP. 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C n.º 193. En adelante: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C n.º 200. En adelante: Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C n.º 238. En adelante: Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242. En adelante: Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n.º 257. En adelante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandada, de 4 de agosto de 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Informe Anual, Capítulo VI Situación de los Derechos Humanos en Varios Estados, Uruguay*. 1983-1984.

CIDH. Informe n.º 38/96, *Caso X y Y vs. Argentina*, Caso n.º 10.506, 15 de octubre de 1996.

CIDH. *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

CIDH. Informe n.º 4/01, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso n.º 11.625, 19 de enero de 2001.

CIDH. Informe n.º 59/03, *Caso Sonia Arce Esparza vs. Chile*, Caso n.º 12.433, Admisibilidad, 10 de octubre de 2003.

CIDH. Informe n.º 71/03, *Caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, Petición n.º 12.191, Solución amistosa, 10 de octubre de 2003.

CIDH. Informe n.º 25/04, *Caso Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*, Petición n.º 12.361, Admisibilidad, 11 de marzo de 2004.

CIDH. Informe n.º 40/08, *I. V. vs. Bolivia*, Petición n.º 270-07, Admisibilidad, 23 de julio de 2008.

CIDH, Informe n.º 156/10, *Caso Daniel Gerardo Gómez, Aida Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*, Petición 1368/04, Admisibilidad, 1 de noviembre de 2010.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Tyrer vs. United Kingdom*, 25 de abril de 1978.

TEDH. *Caso Loizidou vs. Turkey (Preliminary Objections)*, 23 de marzo de 1995.

TEDH. *Caso X, Y y Z vs. Reino Unido*, Sentencia n.º 21830/93, 22 de abril de 1997.

TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Sentencia n.º 33290/96, 21 de marzo de 2000.

TEDH. *Caso K. and T. vs. Finland*, Sentencia n.º 25702/94, 12 de julio de 2001.

TEDH. *Caso Karner vs. Austria*, 24 de julio de 2003.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

México

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Resolución n.º 2435, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.

OEA. Resolución n.º 2504, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009.

OEA. Resolución n.º 2600, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XL-O/10), 8 de junio de 2010.

OEA. Resolución n.º 2653, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XLI-O/11), 7 de junio de 2011.

Organización de las Naciones Unidas

Asamblea General

ONU. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

ONU. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, 3 de diciembre de 1986.

ONU. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990.

ONU. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Asamblea General en su Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

ONU. Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008.

ONU. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 64/142, 20 de noviembre de 2009.

ONU. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. A/CONF.171/13/Rev.1. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Comité DESCONU. Observación General n.º 14. “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

Comité DESCONU. Observación General n.º 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

Comité DESCONU. Observación General n.º 18, “El derecho al trabajo”, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.

Comité DESCONU. Observación General n.º 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párr. 2 del PIDESC)”, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

Comité de Derechos Humanos

Comité DHONU. Observación General n.º 4 “Artículo 3 - Igualdad de hombres y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos”, 1981.

Comité DHONU. Observación General n.º 16 “Derecho a la intimidad (artículo 17)”, 1988.

Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (artículo 24)”, 1989.

Comité DHONU. Observación General n.º 18 “No discriminación (37º periodo de sesiones)”, 1989.

Comité DHONU. Observación General n.º 19 “Protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (artículo 23)”, 1990.

Comité DHONU. *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallichio vs. Argentina*, Comunicación n.º 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), Dictamen de 27 de abril de 1995.

Comité DHONU. Observación General n.º 28 “Artículo 3 (La igualdad de derechos entre hombres y mujeres) (reemplaza el Comentario General n.º 4)”, 2000.

Comité DHONU. Observaciones finales, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003.

Comité DHONU. Observaciones finales, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006.

Comité DHONU. Observaciones finales, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007.

Comité DHONU. Observaciones finales, Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007.

Comité de los Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 3, “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, 2003.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 2003.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, 2005.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1994.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 24, “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer- La mujer y la salud”, 1999.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Comunicación n.º 4/2004, *Caso A. S. vs. Hungría*, 36º periodo de sesiones, 29 de agosto de 2006.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 27, “Mujeres mayores y la protección de sus derechos humanos”, 2010.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Proyecto de Recomendación General n.º 28 relativo al artículo 2 de la Convención, 2010.

Comité contra la Tortura

Comité contra la Tortura ONU. Observación General n.º 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

Referencias académicas

ALSTON, P. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, Oxford, 1994.

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, 1ª edición, San José, 1996.

GHERSI, C. *Derechos fundamentales de la persona humana*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

O'DONNELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Comisión Andina de Juristas, 1989.

Contenido

1. Introducción	481
2. Normativa sobre el derecho a la protección familiar	482
3. Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia	485
3.1. Derecho a contraer matrimonio	487
3.2. Igualdad de derechos de los cónyuges y de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio	490
3.3. Planificación familiar	495
4. Derecho a la protección de la familia contra las injerencias arbitrarias	499

5. Relación del derecho a la protección familiar con los derechos del niño. Deberes y obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado	501
5.1. El derecho de vivir y permanecer con la familia. La excepcionalidad de la separación familiar	503
5.2. Medidas de protección de niños separados de su medio familiar	507
6. No suspensión de la protección familiar	516
7. Conclusión.....	517

1. Introducción

Para los diversos instrumentos de protección de derechos humanos, tanto regionales como internacionales, la familia es considerada un ‘elemento natural y fundamental’ de la sociedad. Por ello, prescriben su amplia protección mediante el reconocimiento de varios derechos: el derecho a casarse y a fundar una familia, a la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges como una manifestación del principio general de la igualdad entre el hombre y la mujer y, específicamente, el derecho a la protección de la familia, la cual no debe sufrir injerencias arbitrarias.

El concepto de familia ha sufrido una notable evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, pues a lo largo de los años debió adaptarse a las variables circunstancias, contextos y realidades sociales al pasar de una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales.

Para interpretar los múltiples sentidos de la institución ‘familia’ y asegurar su debida protección es fundamental tener en cuenta que la Corte IDH ha establecido, de forma coincidente con el TEDH, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.¹

Dos fallos del año 2012 de la Corte IDH son centrales para un adecuado abordaje del artículo 17 de la CADH. Por un lado, el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*² y, por otro, el caso *Fornerón vs.*

1 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 114. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. EP. 2005, párr. 106. En el mismo sentido, ver TEDH. *Tyrer vs. United Kingdom*, 25 de abril de 1978, párr. 31; TEDH. *Loizidou vs. Turkey (Preliminary Objections)*, 23 de marzo de 1995, párr. 71. Asimismo, la Corte IDH sostuvo que: “[...] a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la D[ADDH] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la O[EA] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la D[ADDH], como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989, párr. 43.

2 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012. El caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* trata diversos aspectos relacionados con la protección de la familia, entre ellos, la igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la protección judicial. La Sra. Atala demandó al Estado chileno ante la Corte IDH por discriminación luego que la Corte Suprema chilena le negara la tuición de sus hijas producto de la convivencia con su pareja homosexual basándose en los efectos que dicha convivencia podrían causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las niñas, y la eventual confusión de roles sexuales que podría producirles la carencia de un padre y su reemplazo por otra persona del género femenino, lo que, de acuerdo con las cortes chilenas, configuraría una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores y las situaría en un estado de vulnerabilidad. En este caso, la Corte IDH se pronunció sobre la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que había sufrido la Sra. Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas, y se expidió sobre cuestiones vinculadas con los derechos de los niños, en especial, en relación con el derecho a la protección familiar y su interés superior. Por su parte, el TEDH tuvo oportunidad de expedirse sobre esta cuestión en un caso similar en el cual el demandante denunció que el Tribunal de Apelación de Lisboa había basado su decisión respecto de la concesión de la responsabilidad parental de su hija M. a su ex esposa por razón de su orientación sexual. El demandante alegó que esto constituía una violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)

Argentina.³ Si bien tratan sobre cuestiones de diversa índole, ambos involucran cuestiones relacionadas con los diversos aspectos de la protección familiar, ya que en estas sentencias la Corte IDH se expidió respecto de temas controvertidos relacionados con los conceptos y estereotipos tradicionales de la familia. En el caso *Atala Rizzo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH sostuvo que en la CADH:

[...] no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, [la Corte IDH] reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.⁴

Por otro lado, en el caso *Fornerón vs. Argentina*, la Corte IDH sostuvo que “[e]l disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida en familia”.⁵ Respeto de los modelos estereotipados de familias en relación con el rol y funciones de los padres dentro de ella, en el mismo caso la Corte IDH sostuvo que estos:

responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con la maternidad y paternidad [...] nada indica que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños.⁶

2. Normativa sobre el derecho a la protección familiar

El derecho a la protección de la familia había sido originalmente reconocido en el sistema regional de protección de derechos humanos en la DADDH de 1948 que en su artículo VI, determina: “[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador regula en mayor detalle este derecho en el artículo 15, en los siguientes términos:

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.

del CEDH, en relación con el artículo 14 (prohibición de discriminación) del mismo tratado. El TEDH concluyó “[...] que la sentencia de la Corte de Apelaciones en cuestión, en la medida en que dej[ó] sin efectos la sentencia de la Corte de Asuntos Familiares de Lisboa de 14 de julio de 1999 que había otorgado responsabilidad parental al solicitante, constituy[ó] una interferencia con el derecho del solicitante al respeto a su vida familiar y por tanto se deb[ía] aplicar el artículo 8 [del CEDH]. Las instituciones de la Convención ha[bían] establecido que esta disposición [resulta relevante] a las decisiones sobre custodia a uno u otro padre tras el divorcio o la separación [...]” TEDH. *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Sentencia n.º 33290/96, 21 de marzo de 2000. (traducción libre)

3 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012. En dicho caso, el Sr. Fornerón y la Sra. Enríquez tuvieron una relación que culminó antes de que naciera una niña. El Sr. Fornerón supo sobre el embarazo de la Sra. Enríquez hasta el quinto mes y, a partir de este momento, se preocupó por averiguar si él era el padre, circunstancia que fue negada en reiteradas oportunidades por la Sra. Enríquez. El nacimiento de M. fue inscrito por su madre el 20 de junio de 2000, quien la entregó al matrimonio B-Z, residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la intervención del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, mediante un acta formal que dejó constancia de lo sucedido. Días después, Fornerón se realizó un estudio de ADN mediante el cual se comprobó su paternidad. A partir de este momento, comenzó con los trámites respectivos a fin de reclamar su paternidad y expresó su voluntad de hacerse cargo de la niña mediante un pedido de restitución al no haber consentido la entrega en guarda de esta. El proceso registró una injustificada demora por parte de las autoridades competentes, hasta llegar a resolverse la adopción simple a favor de los guardadores. El 29 de noviembre de 2010, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH al considerar que el transcurso del tiempo había sido especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre. En este caso, la Corte IDH analizó la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a las garantías judiciales, a la protección familiar y del niño, en perjuicio del Sr. Fornerón y de su hija.

4 Corte IDH. *Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 142. (énfasis agregado)

5 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 45.

6 *Ibidem*, párrs. 94 y 99.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
 - a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto.
 - b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar.
 - c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral.
 - d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Asimismo, en el ámbito universal, la DUDH, prescribe en el artículo 16 que:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En similar sentido, el PIDCP en su artículo 23 estipula que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

En tanto, el PIDESC, en el artículo 10 establece lo siguiente:

Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que[,]

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Por su parte, en el sistema africano el artículo 18 de la Carta de Banjul establece que:

1. La familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Esta estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral.
2. El Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad.
3. El Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación contra la mujer y de la protección de sus derechos y del niño tal y como se estipula en las declaraciones y convenios internacionales [...].⁷

Tradicionalmente, la protección de la familia, tanto en el SIDH como en el sistema universal, estuvo regulada conjuntamente con otros derechos tales como la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada,⁸ a la maternidad y a la infancia.

Específicamente en el SIDH, la DADDH reguló el derecho a la protección de la familia de manera dual: junto con otros derechos y en forma autónoma. Además del artículo VI anteriormente transcrito, el artículo V del instrumento establece que: “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. A su vez, el artículo VII dispone que: “[t]oda mujer en estado de gravedad o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

Por otro lado, la CEDH en el artículo 8 regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar y en el artículo 12 el derecho a contraer matrimonio.⁹

De la lectura de las citadas normas surge claramente la idea mencionada al inicio de este comentario, de que en el derecho internacional de los derechos humanos, la familia es un ‘elemento natural y fundamental’ de la sociedad. Sin embargo, y a pesar de reconocer su centralidad y debida protección, a lo largo de los años se han planteado dificultades para definir lo que se entendía por familia y precisar los alcances de su debida protección.

Con relación al concepto de familia, diversos organismos de derechos humanos han indicado que *no existe un modelo único de familia*. En este sentido, en 1990 el Comité DHONU emitió una

7 El artículo 27 señala lo siguiente: “1. Todo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional [...]”. Mientras que el artículo 29 establece lo siguiente: “[e]l individuo también tendrá el deber de: 1. Preservar el desarrollo armonioso de la familia y de fomentar el respeto y la cohesión de esta; de respetar a sus padres en todo momento y de mantenerlos en caso de necesidad [...]”.

8 El concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. En otras palabras, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuánto decide proyectar a los demás. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 119.

9 El artículo 8 del CEDH establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.” Artículo 12: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Observación General sobre el tema, donde consideró que no era posible dar una definición uniforme del concepto de familia, ya que esta puede diferir, en algunos aspectos, de un Estado a otro y entre las diferentes regiones de un mismo Estado. Por consiguiente, sostuvo que:

[...] *Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, ‘nuclear’ y ‘extendida’, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.*¹⁰

El mismo Comité DHONU, en su Observación General n.º 16, sostuvo al respecto que:

En cuanto al término ‘familia’, los objetivos del P[IDCP] exigen que, a los efectos del artículo 17, *se interprete con un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia*, tal como se entienda esta en la sociedad del Estado parte de que se trate.¹¹

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General n.º 21 (“La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”) señaló que:

*La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sea el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención.*¹²

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 7 (“Realización de los derechos del niño en la primera infancia”), reconoció que:

[...] ‘familia’ [...] se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño [...] en la práctica *los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones*, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, *y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños.*¹³

3. Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia

De modo similar a lo establecido en el artículo 17 de la CADH, la DADDH en el artículo VI estipula que: “[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

Por su parte, la DUDDH prescribe, en su artículo 16 lo siguiente:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de

10 Comité DHONU. Observación General n.º 19 “Protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (artículo 23)”, 1990, párr. 2. (énfasis agregado)

11 Comité DHONU. Observación General n.º 16 “Derecho a la intimidad (artículo 17)”, 1988. (énfasis agregado)

12 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1994. (énfasis agregado)

13 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005, párrs. 15 y 19. (énfasis agregado)

iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

En similar sentido, el PIDCP, en su artículo 23 determina lo siguiente:

[...] 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Asimismo, la CEDAW en su artículo 16 establece que:

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
 - a) El mismo derecho para contraer matrimonio.
 - b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.
 - c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.
 - d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
 - e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.
 - f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
 - g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.
 - h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.
2. No tendrán ningún efecto jurídico los responsables y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Por su parte, el artículo 12 del CEDH sobre el derecho a contraer matrimonio establece que: “[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Por su parte, el artículo 5 sobre la igualdad entre esposos determina que:

Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos.

Como se advierte fácilmente de la lectura de las normas transcritas, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia están ampliamente consagrados por los diversos instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos. La DUDH (arts. 16.1. y 16.2.), el PIDCP (23.2. y 23.3.) y la CADH (17.2. y 17.3.), reconocen de manera coincidente ese derecho. Por su parte, la DADDH utiliza en su artículo VI una expresión más amplia que los anteriores instrumentos: “[t]oda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y, a recibir protección para ella”. Por ello, se ha entendido que “esa disimilitud en la definición de este derecho puede tener relevancia en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar”.¹⁴

Como se señaló, el artículo 17.2. de la CADH reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. De esta segunda parte del artículo, del derecho a fundar una familia, pueden desprenderse la posibilidad de procrear y de que los miembros de la familia vivan juntos.

En síntesis, no existe un concepto de familia uniforme o cerrado. Sobre este punto, la Corte IDH sostuvo en el citado caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio sino que *debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*”.¹⁵

3.1. Derecho a contraer matrimonio

Las condiciones necesarias para contraer matrimonio de acuerdo con la DUDH, el PIDCP y la CADH son dos: el consentimiento libre y pleno de los contrayentes, y el tener la edad requerida para llevar a cabo ese acto.

En cuanto a los requisitos específicos, el derecho internacional de los derechos humanos remite al derecho interno, el cual está condicionado obviamente a que no se afecte el principio de no discriminación y a la observancia de las diversas normas de derechos relacionadas.

Sobre el tema, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en la Recomendación General n.º 21 (“La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”) sostuvo que:

El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano. De un examen de los informes de los Estados partes se desprende que hay países que permiten que las mujeres contraigan matrimonios obligados en primeras o segundas nupcias, sobre la base de la costumbre, las creencias religiosas o el origen étnico de determinados grupos. En otros países, se permite decidir el matrimonio de la mujer a cambio de pagos o de ventajas y, en otros, la pobreza obliga a algunas mujeres a casarse con extranjeros para tener seguridad económica. A reserva de ciertas restricciones razonables basadas, por ejemplo, en la corta edad de la mujer o en la consanguinidad con su cónyuge, se debe proteger y hacer cumplir conforme a la ley su derecho a decidir si se casa, cuándo y con quién.¹⁶

14 O'Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2a. ed., Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 335. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990) establece que: “[a] los efectos de la presente Convención, el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.” (art. 4)

15 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 142. (énfasis agregado) El TEDH, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que: “[a]l decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios”. TEDH. *Caso X, Y y Z vs. Reino Unido*, Sentencia n.º 21830/93, 22 de abril de 1997, párr. 36.

16 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 21, *op. cit.*, párr. 16. (énfasis agregado)

En relación con el derecho de la mujer a contraer matrimonio, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud,¹⁷ establece en el artículo 1 que:

Cada uno de los Estados partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926:

[...] c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

- i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
- ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona [...].

Con el fin de terminar con estas prácticas agrega que los Estados partes,

[...] se comprometen a prescribir, donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la adopción de un procedimiento que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro.¹⁸

Ningún instrumento regional e internacional especifica la edad para contraer matrimonio, razón por la cual cada país deberá estipular la edad mínima necesaria para ello. El establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio se puede relacionar con dos propósitos. Por un lado, con el de proteger el derecho de los futuros hijos a tener una familia estable que pueda proveerles de cuidados y protección necesaria y, por el otro, con el de proteger a personas que no reúnen las condiciones para consentir libremente el tomar una decisión tan trascendente para sus vidas.¹⁹

Sobre el particular, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en la citada Recomendación General n.º 21 (“La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”), sostuvo que:

[...] el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas. Según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado, se restringe su autonomía económica.²⁰

Por su parte, el Comité DHONU, en la mencionada Observación General n.º 19, señaló que los Estados partes deberían indicar en sus informes si existiesen restricciones o impedimentos al

17 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su Resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956, aprobada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Esta Convención entró en vigor el 30 de abril de 1957.

18 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, *op. cit.*, artículo 2.

19 O'Donnell, D. *op. cit.*, p. 335.

20 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 21, *op. cit.*, 1994, párr. 36.

ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco o la incapacidad mental. Si bien no estableció la edad concreta para contraer matrimonio, afirmó que dicha edad debía ser tal que pudiera considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento en las formas y condiciones prescritas por la ley. Asimismo, aclaró que estas disposiciones debían ser compatibles con el ejercicio de los demás derechos, por ejemplo, con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.²¹

Un ejemplo que merece especial mención es la Ley n.º 26.618 de Matrimonio Civil del 2010 de Argentina,²² la cual legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo,²³ siendo la primera nación latinoamericana en sancionar una ley de matrimonio igualitario válida para todo el territorio nacional, y la décima a nivel mundial. Como antecedente de esta ley pueden mencionarse que en el año 2002 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó el proyecto de ley de unión civil presentado por la asociación Comunidad Homosexual Argentina (CHA).²⁴ Con la sanción de la Ley n.º 1004,²⁵ esta ciudad fue la primera de América Latina en legalizar la unión civil entre personas del mismo sexo.

La ley de matrimonio igualitario permite que personas del mismo sexo contraigan matrimonio al establecer que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.²⁶ Agrega que:

Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones [...].²⁷

En consonancia, el Código Civil y Comercial de la República Argentina establece que:

[n]inguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.²⁸

21 Comité DHONU. Observación General n.º 19 “Protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (art. 23)”, 1990, párr. 4.

22 Ley Argentina n.º 26.618 de Matrimonio Civil, sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio de 2010 y publicada en el B.O. del 22 de julio de 2010. El debate se inició a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo el lema “Los mismos derechos, con los mismos nombres”. Argentina utilizó la expresión matrimonio igualitario para hacer referencia a la reforma del Código Civil, en el entendimiento de que se trataba de la búsqueda de la igualdad entre sus habitantes.

23 En la República Oriental del Uruguay, la Ley n.º 19.075 Matrimonio Igualitario (publicada D.O. el 9 de mayo de 2013) establece en su artículo 1: “[s]ustitúyese el artículo 83 del Código Civil, por el siguiente: ‘Artículo 83.- El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo [...]’. En Brasil, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia legalizó el matrimonio entre personas de igual sexo, convirtiéndose en el tercer país latinoamericano en legalizarlo. En abril de 2015, Chile aprobó el Acuerdo de Unión Civil que posibilita la unión civil entre parejas convivientes, ya sean del mismo o distinto sexo que regirá a partir del 22 de octubre de 2015.

24 Si bien la unión civil es una institución distinta del matrimonio igualitario y posee alcances limitados (abarca tanto a parejas del mismo sexo como de distinto sexo), constituye un importante precedente para la sociedad y para aquellas organizaciones locales que reclamaban un reconocimiento a nivel nacional de derechos para las parejas del mismo sexo.

25 Ley n.º 1004 (sancionada el 12/12/2002, promulgada mediante Decreto n.º 63 del 17/01/2003, y publicada en el BOC-BA n.º 1617 del 27/01/2003), artículo 1: “Unión Civil. A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil: a. A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. b. Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un periodo mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común [...]”. En relación con los derechos establece que “[...] los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges.” (art. 4).

26 Ley Argentina n.º 26.618 de Matrimonio Civil, artículo 2.

27 *Ibidem*, artículo 42.

28 Código Civil y Comercial de la República Argentina aprobado por la ley n.º 26.994 (sancionada el 1/10/2014, promulgada de hecho el 7/10/2014, y publicada en el B.O. del 8/10/2014), artículo 402. El Código Civil anterior hacía referencia al matrimonio entre “hombre y mujer”. También las leyes 26.413 sobre inscripción de nacimientos y la 18.248 sobre los nombres y apellidos de las personas sufrieron alguna modificación.

3.2. Igualdad de derechos de los cónyuges y de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio

En cuanto a la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, el Comité DHONU, en la citada Observación General n.º 19, indicó que:

Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio.²⁹

Además, destacó que:

[...] no debe haber discriminación alguna basada en el sexo en cuanto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por razón del matrimonio. Asimismo, debería salvaguardarse el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en condiciones de igualdad en la elección de un nuevo apellido.³⁰

El principio de igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges se encuentra expresamente consagrado por los diferentes instrumentos antes mencionados y, en forma pormenorizada, por la CEDAW, la cual establece que hombres y mujeres tienen igual derecho para contraer matrimonio y elegir cónyuge, así como los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en caso de disolución de este.³¹

El Comité DHONU se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En este sentido, y de forma complementaria a los tratados mencionados, deben tenerse en cuenta la Observación General n.º 4 del Comité de DHONU (“Igualdad de hombres y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos”),³² la Observación General n.º 18 (“No discriminación”),³³

29 Comité DHONU. Observación General n.º 19, *op. cit.*, párr. 8.

30 *Ibidem*, párr. 7. “De esta forma, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita y la pérdida y recuperación de la patria potestad, para lo cual es necesario tener en consideración el interés superior de los hijos”. *Cfr. Ibidem*, párr. 9.

31 CEDAW, artículo 16. Disposiciones similares están contenidas en los artículos 4, 5, y 6 de la Convención de Belém Do Pará.

32 Comité DHONU. Observación General n.º 4 “Artículo 3 - Igualdad de hombres y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos”, 1981. Asimismo se recomienda la lectura de la sección “Los criterios de objetividad y razonabilidad de las distinciones en la jurisprudencia de la Corte IDH” del comentario al artículo 24 (igualdad ante la ley) a cargo de Uprimny y Sánchez.

33 Comité DHONU. Observación General n.º 18 “No discriminación (37º periodo de sesiones)”, 1989.

y la Observación General n.º 28 (“La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”),³⁴ para asignar contenido a la regla en análisis.³⁵

Otro aspecto central relacionado con la protección de la familia y el principio de igualdad está regulado en el artículo 17.5. que dispone que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro de esta institución.³⁶

Como fuera señalado, la República Argentina sancionó la ley de matrimonio igualitario. Esta ley tuvo repercusiones y produjo reformas de diversa índole en ese país. En julio de 2012 un decreto presidencial (DNU 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley n.º 26.618)³⁷, permitió que familias comaternales nacidas antes de la nueva ley de matrimonio gozaran de los mismos derechos que los niños nacidos tras la promulgación de la norma en 2010, lo que los pone en pie de igualdad con el conjunto de la sociedad al recibir las nuevas partidas de nacimiento en las que figura el nombre de las dos madres. En otras palabras, permite la inscripción de los hijos en el acta de nacimiento y en la libreta de casamiento y, además, les permite sacar su respectivo documento nacional de identidad (DNI).

Este decreto encuentra fundamento en la función del Estado de asegurar al niño la protección necesaria para su bienestar y procura evitar las excesivas demoras que padecen los niños que se encuentran en esta situación para acceder a su completa inscripción con todos los perjuicios que tal circunstancia les acarrea, como la restricción al ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos.³⁸

3.2.1. Familia y principio de no discriminación

Como se indicó, el concepto de familia se modificó a lo largo del tiempo. Con relación a la necesidad de adecuar las legislaciones y las prácticas conforme a la evolución de las sociedades, la Corte IDH señaló en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* que:

-
- 34 El Comité DHONU en la Observación General n.º 28 sostuvo que “[...] la desigualdad que padecen las mujeres en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El artículo 3 del PIDCP señala que todos los seres humanos deben disfrutar en igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Por consiguiente, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos [...]. En este sentido, deben adoptar todas las medidas necesarias para hacerlo posible así como eliminar los obstáculos que se interpongan en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar las legislaciones internas; en otras palabras, adoptar medidas de protección y medidas positivas en todos los ámbitos a fin de otorgar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria. Los Estados son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. En especial, deberán cerciorarse de que no haya discriminación por razones de sexo en relación con la adquisición o la pérdida de la nacionalidad en razón del matrimonio, los derechos de residencia, entre otros. Los Estados partes deberán proporcionar información acerca de las disposiciones legislativas o las prácticas que restrinjan el derecho de la mujer a la libertad de circulación; por ejemplo, el ejercicio de atribuciones del marido sobre la esposa o atribuciones del padre sobre las hijas adultas y las exigencias de hecho o de derecho que impidan a la mujer viajar, como el consentimiento de un tercero para que se expida un pasaporte u otro tipo de documento de viaje a una mujer adulta”. Comité DHONU. Observación General n.º 28 “Artículo 3 (La igualdad de derechos entre hombres y mujeres) (reemplaza el Comentario General n.º 4)”, 2000.
- 35 Sobre la necesidad de modificar y adaptar determinadas normas contrarias al principio de igualdad de los cónyuges y la protección familiar, ver CIDH. Informe n.º 4/01, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso n.º 11.625, 19 de enero de 2001. CIDH. Informe n.º 59/03, *Caso Sonia Arce Esparza vs. Chile*, Caso n.º 12.433, Admisibilidad, 10 de octubre de 2003.
- 36 El artículo 2 de la CADH (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) señala lo siguiente: “[s]i 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.”
- 37 Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley n.º 26.618, Buenos Aires, 2 de julio de 2012.
- 38 Este régimen de excepción consagrado por el DNU 1006/2012 solo será aplicable en aquellos casos en que no existiere filiación paterna previa y reconoce legalmente el vínculo con sus familias extendidas: abuelas y abuelos, tíos y tías, entre otros.

[...] en el marco de las *sociedades contemporáneas se dan cambios sociales*, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, *lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad*. En este sentido, el *Derecho y los Estados deben ayudar al avance social*, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.³⁹

Sobre los estereotipos familiares, la Convención de Belém Do Pará prescribe en el artículo 6 que:

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación [...].

Por lo demás, en el artículo 8 dispone que:

Los Estados partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a) Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos.
- b) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer [...].⁴⁰

El Preámbulo de la CEDAW reconoce que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia [...]”. Además, su artículo 5 prescribe que:

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) *Modificar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.*
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. (énfasis agregado)

39 Corte IDH. *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 120. (énfasis agregado) Con relación al cuidado de niños por parte de parejas homosexuales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México consideró que: “[I]a heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338.

40 La Corte IDH sostuvo que: “[...] la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’, que ‘trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases’”. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 108.

La Corte IDH, en el caso *Fornerón vs. Argentina*, sostuvo respecto de los estereotipos en relación con el rol y funciones tradicionales de los padres dentro de la familia, que estos:

[...] responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la ‘formalidad’ de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a esta.⁴¹

En el mismo caso, y en relación con el interés superior del niño que podría verse afectado de hacerse lugar al reclamo del padre biológico, la Corte IDH sostuvo que:

[...] una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, [la Corte IDH] considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.⁴²

En concreto, la Corte IDH en esta oportunidad entendió que:

[...] *no hay nada que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños*. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas.⁴³

En relación con la orientación sexual, la Corte IDH sostuvo en el mencionado caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* que esta ha sido calificada como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1. del PIDCP y el artículo 2.2. del PIDESC.⁴⁴

Por su parte, el Comité DHONU ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas.⁴⁵ En consonancia con esto, el

41 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 94.

42 *Ibidem*, párr. 99. En sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 111. Sobre el interés superior del niño, ver Alston, P. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, Oxford, 1994.

43 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 99. (énfasis agregado) La CIDH consideró que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. La demora injustificada en los procedimientos se convirtió en la razón para desconocer los derechos del padre. En consecuencia, la CIDH solicitó a la Corte IDH que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho del señor Fornerón y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia, consagrados en los artículos 8.1., 25.1. y 17 de la CADH, respectivamente, en relación con los artículos 19 y 1.1. del mismo instrumento; así como la violación del artículo 2 de la CADH, en relación con los artículos 1.1. y 19 de la misma. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 96.

44 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 88.

45 Comité DHONU. Observaciones finales, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, de 17 de abril 2007, párr. 16: “[a]unque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud (arts. 2 y 26 del P[IDCP]). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el P[IDCP], independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales”. Comité DHO-NU. Observaciones finales, Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13: “[e]l Comité expresa su

Comité DESC determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”.⁴⁶ Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño,⁴⁷ el Comité contra la Tortura,⁴⁸ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,⁴⁹ han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.⁵⁰

Por su parte, la Asamblea General de la OEA ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas en relación con la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.⁵¹ Estas resoluciones reconocen y condenan la grave situación de violaciones de derechos humanos que enfrentan las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género.

Además, con relación a los estereotipos basados en la orientación sexual de las personas, la Corte IDH sostuvo en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* que:

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte [IDH] considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las

preocupación por la discriminación que sufren los homosexuales en el Estado parte y, en particular, por la penalización de los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (art. 26)”. Comité DHONU. Observaciones finales, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25: “[t]ambién observa con preocupación que en muchos Estados no se ha prohibido la discriminación en el empleo por motivos de orientación sexual (arts. 2 y 26). El Estado parte debería aceptar su obligación jurídica en virtud de los artículos 2 y 26 de garantizar a todas las personas los derechos amparados por el P[IDCP], así como la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, sin discriminación por motivos de orientación sexual”. Comité DHONU. Observaciones finales, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16: “[e]l Comité expresa su preocupación por los casos de personas atacadas, y aun muertas, con motivo de su orientación sexual (art. 9), por el bajo número de investigaciones en relación con estos actos ilícitos, y por las disposiciones existentes (como las “Ordenanzas Contravencionales” de carácter local) utilizadas para discriminar contra las personas en razón de su orientación sexual (art. 26)”.

- 46 Comité DESCONU. Observación General n.º 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 del PIDESC)”, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32: “[e]n cualquier otra condición social, tal y como se recoge en el artículo 2.2. del P[IDCP], se incluye la orientación sexual”. Comité DESCONU. Observación General n.º 18, “El derecho al trabajo”, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12: “en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el P[IDESC] proscribiera toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de [...] orientación sexual”. Comité DESCONU. Observación General n.º 15, “El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13. Comité DESCONU. Observación General n.º 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18.
- 47 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 3, “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, 2003, párr. 8. Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 2003, párr. 6.
- 48 Comité contra la Tortura ONU. Observación General n.º 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21.
- 49 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 27, “Mujeres mayores y la protección de sus derechos humanos”, 2010, párr. 13. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Proyecto de Recomendación General n.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención, 2010, párr. 18.
- 50 ONU. Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3.
- 51 OEA. Resolución n.º 2435, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008. OEA. Resolución n.º 2504, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009. OEA. Resolución n.º 2600, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XL-O/10), 8 de junio de 2010. OEA. Resolución n.º 2653, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XLI-O/11), 7 de junio de 2011.

personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.⁵²

En este sentido, la Corte IDH sostuvo que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida para vivir con sus hijas implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera que las mujeres “carguen” con la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos.⁵³ En este sentido, sostuvo que:

[...] el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia excepcional’, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la C[ADH] al no existir un modelo específico de familia (la ‘familia tradicional’).⁵⁴

3.3. Planificación familiar

Como se indicó *supra*, el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear.⁵⁵ La Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* sostuvo que “[...] La salud reproductiva implica [...] los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.”⁵⁶

52 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 111.

53 *Ibidem*, párr. 140.

54 *Ibidem*, párr. 145.

55 Sobre el tema, la OMD ha sostenido que “[l]a planeación familiar permite a los individuos y parejas anticipar y tener el número deseado de hijo así como el momento de su nacimiento. Esto se logra mediante el uso de métodos anticonceptivos y el tratamiento de la infertilidad involuntaria. La habilidad de la mujer para establecer el momento de sus embarazos tiene un impacto directo en su salud y en su bienestar así como en el resultado de cualquier embarazo”. (traducción libre)

56 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 149. En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, los Estados participantes reconocieron que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, parejas y familias, para el desarrollo social y económico de las comunidades: “[l]a salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, [...] entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información para la planificación de la familia de su elección, acceso a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y el acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual [...] [De este modo] los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de la [ONU] aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello[,] y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia [...] [La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas alrededor del mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. En la mayoría de los países, los adolescentes

En este sentido, el Comité DHONU, en la Observación General n.º 19 (“La Familia”) ha precisado que:

El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias.

Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, incluyendo, según sea el caso, la cooperación con otros Estados para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.⁵⁷

Sobre el tema, es importante mencionar que el artículo 11 de la CEDAW dispone que:

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: [...] f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para:
 - a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil.
 - b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.
 - c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
 - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [...].⁵⁸

son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada.” (Programa de Acción, párrs. 7.2. y 7.3.). En este sentido, “[...] Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de información, educación y medios necesarios para poder hacerlo [...] [:] [además] [p]romover la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, eliminar la violencia de todo tipo en su contra y asegurarse de que sea ella quien controle su propia capacidad reproductiva que son la piedra angular de los programas de población y desarrollo. Los derechos humanos de las mujeres, niñas y jóvenes, son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales [...]”. ONU. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. A/CONF.171/13/Rev.1. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

57 Comité DHONU. Observación General n.º 19, *op. cit.*, párr. 5. El derecho a cohabitar no es absoluto, sino que admite excepciones cuando la separación de un niño de su familia es necesaria para la protección de sus propios intereses, cuando los padres están separados y es necesario determinar quién tiene la guarda del niño y, eventualmente, cuando no todos los miembros de una familia tienen la misma nacionalidad. *Cfr.* O’Donnell, D. *op. cit.*, pp. 826-827.

58 El artículo 13 de la CEDAW dispone que: “[...] Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho a prestaciones familiares [...]”.

Además, en el artículo 12, la CEDAW prescribe que:

1. Los Estados partes *adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.*
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. (énfasis agregado)

En este sentido, de acuerdo con lo señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación n.º 24, los Estados deberán informar sobre las “medidas que han adoptado para garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto”.⁵⁹ Además, los Estados deberán garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social,⁶⁰ así como facilitar a mujeres y niñas el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia; asegurar a la mujer de las zonas rurales el acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.⁶¹

El artículo 16.1. de la CEDAW exige que los Estados partes aseguren que la mujer tenga los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a información, educación y medios que le permitan ejercer esos derechos.⁶²

59 De igual forma, “los Estados partes deben indicar en qué medida prestan los servicios gratuitos necesarios para garantizar que los embarazos, los partos y el puerperio tengan lugar en condiciones de seguridad. Muchas mujeres corren peligro de muerte o pueden quedar discapacitadas por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los servicios previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad. El Comité observa que es obligación de los Estados partes garantizar el derecho de la mujer a los servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos, y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles”. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 24, “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer- La mujer y la salud”, 1999, párr. 27.

60 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 5º. En este sentido, el Preámbulo de la CEDAW subraya “[...] el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y [...] que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto [...]”.

61 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 24, *op. cit.*, 1999, párr. 28.

62 El Comité DESCONU ha señalado que: “[...] las obligaciones de proteger incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.” Comité DESCONU. Observación General n.º 14, *op. cit.*, párr. 35. Por su parte, la CIDH sostuvo que: “[...] los hechos [procedimiento quirúrgico de ligadura de trompas sin el consentimiento informado de la mujer] podrían caracterizar una posible violación al artículo 17 de la C[ADH] en relación con las obligaciones esta-

La Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, sostuvo que "el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho". Agregó que el derecho a la autonomía reproductiva:

se vulnera cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fertilidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.⁶³

Por su parte, el Comité sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer en la mencionada Recomendación n.º 24, también señaló que:

Los estudios que ponen de relieve las elevadas tasas mundiales de mortalidad y morbilidad derivadas de la maternidad y el gran número de parejas que desean limitar el número de hijos pero que no tienen acceso a ningún tipo de anticonceptivos o no los utilizan constituyen una indicación importante para los Estados partes de la posible violación de sus obligaciones de garantizar el acceso a la atención médica de la mujer.⁶⁴

En este sentido, el Comité CEDAW recomienda a los Estados:

situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a esta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer [, y además] garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y

blecidas en el artículo 1.1. del mismo instrumento, con respecto a la injerencia arbitraria de funcionarios públicos en el derecho de I. V. a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y por consiguiente el tamaño de su familia [...] la C[IDH] considera que la esterilización alegadamente realizada por funcionarios estatales sin el consentimiento de la presunta agraviada, así como las consecuencias físicas y psicológicas de dicha intervención médica, podrán caracterizar una posible violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará [...]". CIDH. Informe n.º 40/08, Petición 270-07, Admisibilidad, I. V. vs. *Bolivia*, 23 de julio de 2008, párrs. 82 y 83, respectivamente. Asimismo, ver CIDH. Informe n.º 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, *Caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, 10 de octubre de 2003. CIDH. Informe n.º 25/04, Petición n.º 12.361, Admisibilidad, *Caso Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*, 11 de marzo de 2004. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Comunicación 4/2004 del caso *A. S. vs. Hungría* sostuvo el derecho de las mujeres a recibir información sobre la esterilización y otros procedimientos alternativos de planificación familiar para que puedan tomar una decisión con pleno consentimiento; además, indicó que la esterilización obligatoria influye adversamente en la salud física y mental de la mujer y viola su derecho a decidir el número y el momento de tener hijos. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Comunicación n.º 4/2004, *Caso A.S. vs. Hungría*, 36º periodo de sesiones, 29 de agosto de 2006.

63 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 146. Asimismo, la Corte IDH agregó que "[...] la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja". *Ibidem*, párr. 272. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandada, de 4 de agosto de 2016. CIDH, Informe n.º 156/10, Admisibilidad, Petición 1368/04, *Caso Daniel Gerardo Gómez, Aida Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*, 1 de noviembre de 2010.

64 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 24, *op. cit.* 1999, párr. 27. El Comité DESCONU sostuvo que: "[I]a disposición relativa a 'la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños' (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12) se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información". Comité DESCONU. Observación General n.º 14, *op. cit.*, párr. 14. "La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto."

la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA).⁶⁵

Por lo demás, el Comité CEDAW recomienda a los Estados dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado a través de la planificación de la familia y la educación sexual así como reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En este sentido y, “en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”.⁶⁶

4. Derecho a la protección de la familia contra las injerencias arbitrarias

La protección de la familia regulada por el artículo 17 de la CADH se complementa con la garantía de toda persona a ser protegida contra toda injerencia ilegal, arbitraria o abusiva en su vida familiar consagrada por diversos instrumentos internacionales pero, en particular, por el artículo 11.2. del mismo instrumento que establece lo siguiente:

[...] 2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. (énfasis agregado)

La DADDH, en el artículo V, establece que: “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. (énfasis agregado)

Sobre el tema, la DUDH en su artículo 12 prescribe que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. (énfasis agregado)

Coincidentemente, el artículo 17 del PIDCP, postula que:

1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.* (énfasis agregado)

De esta manera la DUDH, la DADDH, el PIDCP, la CADH y la Convención sobre los Derechos del Niño reconocen la privacidad de la familia como parte del derecho a la intimidad de las personas. Así, en el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.⁶⁷

La Corte IDH sostuvo que el artículo 11.2. de la CADH está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella (derecho reconocido en el artículo 17 de la misma Convención), según el cual el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas

65 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ONU. Recomendación General n.º 24, *op. cit.*, párr. 31.

66 *Idem.*

67 O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 800-801.

de protección de los niños sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.⁶⁸

En definitiva, los instrumentos internacionales reconocen no solo el derecho de toda persona a “no ser objeto” de tales injerencias, sino también el derecho de la familia a la protección de la ley contra estas.⁶⁹ De esta manera, el Estado tiene el deber de abstenerse de perpetrar actos de esta naturaleza y, además, debe proteger al individuo contra eventuales injerencias provenientes de individuos o entidades privadas.⁷⁰

Al respecto, la Corte IDH sostuvo en el citado caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* que:

[...] a diferencia de lo dispuesto en el C[EDH], en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 [...], la C[ADH] cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, [la] Corte [IDH] considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2. de la C[ADH], sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1. de dicha C[ADH].⁷¹

En este sentido, la Corte IDH señaló que:

El artículo 11 de la C[ADH] prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte [IDH] ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.⁷²

Seguidamente, con relación a la protección de la vida privada señaló que:

[...] respecto al artículo 11 de la C[ADH] [...] si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.⁷³

Es importante mencionar, asimismo, que en numerosas oportunidades la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida privada no es absoluto y que, por consiguiente, puede ser restringido siempre que esas injerencias no sean abusivas o arbitrarias; en otras palabras, deben estar previstas por la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática.⁷⁴

68 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 66. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 157.

69 “Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ello, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982, párr. 29.

70 El TEDH señaló en el *Caso Karner vs. Austria*, que: “[e]l propósito de la protección de la familia en el sentido tradicional es un tanto abstracto y pueden emplearse una amplia variedad de medidas concretas para lograr su implementación. [...] tal es el caso de la diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no requiere simplemente que la medida adoptada sea en principio adecuada para la realización de objetivo perseguido. Debe demostrarse también que es necesaria con el objeto de lograr que se excluyan ciertas categorías de personas”. TEDH. *Caso Karner vs. Austria*, 24 de julio de 2003, párr. 41. (traducción libre)

71 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 175.

72 *Ibidem*, párr. 161. En sentido similar ver Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 48.

73 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 162. (énfasis agregado)

74 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 164. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párr. 56. Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 116. En la misma sentencia

El derecho de toda persona a la protección contra las injerencias arbitrarias e ilegales en su familia tiene especial relevancia en lo relacionado con la separación del niño de su familia, tema que analizamos a continuación.

La Corte IDH en la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño* sostuvo que el Estado tiene la obligación de asistir a las familias, que comporta la necesidad de favorecer el desarrollo y el fortalecimiento del núcleo familiar.⁷⁵

Las obligaciones de la sociedad hacia la familia no han sido claramente reguladas en los instrumentos internacionales; sin embargo, como se analizará en el apartado siguiente, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diferentes disposiciones que sí aclaran las obligaciones de la familia hacia el niño.⁷⁶

5. Relación del derecho a la protección familiar con los derechos del niño. Deberes y obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado

El derecho de protección a la familia tiene una intrínseca relación con los artículos 17 y 19 (Derechos del Niño) de la CADH. En este sentido, los niños y niñas son titulares de los derechos establecidos por la CADH, además de contar con medidas especiales de protección (art. 19), las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares del caso concreto.⁷⁷ La adopción de estas medidas corresponde al Estado, a la familia y a la comunidad a la que el niño pertenece.⁷⁸

Tradicionalmente, las normas de protección a la niñez se encontraban incluidas dentro de las normas de protección a la familia (junto con la protección a la mujer embarazada), al no poder representarse al niño por fuera de una relación familiar como titular autónomo de derechos subjetivos.⁷⁹ El derecho del niño a la “protección, cuidado y ayuda especial” es reconocido por todos aquellos instrumentos internacionales específicos de la niñez, en particular la Convención sobre Derechos del Niño.

De esta forma, la protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente relacionadas. En la práctica, las medidas que se imponen para la protección a la familia y al niño son las mismas, tanto en lo relacionado con el apoyo material que el Estado está obligado a otorgar a las familias necesitadas, como a los principios que deben respetarse cuando se brinda ese apoyo, ya sea al decidir la separación del niño de su familia o en otros aspectos específicos relacionados con los derechos del niño.⁸⁰

Atala Riffo y niñas vs. Chile, la Corte IDH sostuvo que: “la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de ‘idoneidad, necesidad y proporcionalidad’. Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña [...]” Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 165. (énfasis agregado)

75 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 62 y 91.

76 En este sentido, ver O'Donnell, D., *op. cit.*

77 Sobre el tema, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

78 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 62. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 121; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 196; y Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 44.

79 De esta forma, si bien el concepto de familia como sujeto de derecho no se limita a la familia tradicional, la existencia de un niño en un hogar generalmente basta para constituir una familia como sujeto de protección, y el niño invariablemente es sujeto de los derechos que le corresponden por su condición de tal como también beneficiario de los derechos de la familia. En este sentido, los derechos de los niños están entrelazados con los de la familia por lo que es necesario analizarlos en forma conjunta. Cfr. O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 794-795.

80 O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 339. Varios de los instrumentos internacionales, excluyen —expresa o implícitamente— el disfrute por parte de los niños de determinados derechos como por ejemplo, el derecho de casarse y de fundar una familia, el cual es considerado privativo de una persona que “tiene edad para ello” y, los derechos políticos que solo pueden ser ejercidos por ciudadanos (concepto que implica la mayoría de edad). Esta circunstancia, se sustenta en la

Esta necesidad de medidas de protección especiales a los niños está expresamente consagrada en el artículo 19 de la CADH que establece que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. De modo similar, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador establece que: “todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado [...]”.

Por su parte, el artículo 24 del PIDCP señala que:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado [...].

La Convención sobre los Derechos del Niño, a través de su Preámbulo, reconoce la importancia de la familia al señalar que:

[...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión [...].

En este sentido, la centralidad de la familia como derecho humano del niño es una de las reglas más fuertes de la Convención sobre Derechos del Niño. La Corte IDH ha señalado que las disposiciones de la citada Convención deben ser consideradas de acuerdo con el *corpus juris* de protección internacional de derecho de los niños definido por el máximo tribunal regional en el caso “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*.⁸¹

Por lo demás, el principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 señala que:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia, o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas, conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

interpretación según la cual, los menores son titulares de todos los derechos que dichos instrumentos conceptualizan como derechos de “toda persona”. *Ibidem*, p. 315.

81 En esta sentencia, la Corte IDH señaló que: “[t]anto la C[ADH] como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a [la Corte IDH] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la C[ADH]”. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. EP. 1997, párr. 194. En similar sentido, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 121; Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 107; y Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 137. Además, con anterioridad la Corte IDH ha señalado que: “[e]l *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 115.

Por último, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General n.º 12 (“El derecho del niño a ser escuchado”) sostuvo que:

La familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en cuenta desde las edades más tempranas supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado en el conjunto de la sociedad. Esa manera de ejercer la labor de los padres sirve para promover el desarrollo individual, mejorar las relaciones familiares y apoyar la socialización del niño y desempeña una función preventiva contra toda forma de violencia en el hogar y en la familia.⁸²

5.1. El derecho de vivir y permanecer con la familia. La excepcionalidad de la separación familiar

El derecho internacional de los derechos humanos reafirma el derecho humano del niño a vivir y a permanecer con su familia de origen. En relación con este derecho, la Corte IDH en el caso *Fornerón vs. Argentina* señaló que:

[...] *el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.* En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.⁸³

En caso de que la convivencia con su familia de origen no fuera posible, el niño tiene derecho a vivir y permanecer con su familia ampliada o referentes afectivos. La Corte IDH, en la citada opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño*, interpretó estos derechos como el conjunto de “todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”,⁸⁴ y solo de manera excepcional, con otra familia ajena a su núcleo de pertenencia a través de figuras jurídicas de inserción temporal o permanentes como la adopción, con el fin de dar cumplimiento a otro derecho humano específico como lo es el derecho a vivir en familia.

Respecto de las obligaciones de los Estados y de los padres y/o de la familia, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deberán respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de la familia, del tutor o persona encargada del cuidado, dirección y orientación del niño.

Por otro lado, el artículo 16 de la CEDAW establece la obligación de los Estados partes de adoptar:

[...] todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 18 señala que los Estados partes “pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres *tienen*

82 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009, párr. 90. Sobre el derecho de las niñas y niños a ser escuchados y a expresar sus opiniones en procedimientos ante la Corte IDH, se recomienda la lectura de la sección “Niñas y niños como presuntas víctimas” del comentario a los artículos 44 a 47 (competencia de la CIDH) a cargo de Tojo.

83 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 45. (énfasis agregado) En sentido similar, el TEDH sostuvo, entre otros, en el caso *K. y T. vs. Finland*, Sentencia n.º 25702/94, de 12 de julio de 2001: “[...] el disfrute de los padres y los hijos a la compañía mutua constituye un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que impidan dicho disfrute constituyen una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 de la Convención [...]”. TEDH. *Caso K. and T. vs. Finland*, Sentencia n.º 25702/94, 12 de julio de 2001, párr. 151. (traducción libre)

84 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 70.

obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño". (énfasis agregado). De este modo, coloca en los padres o representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, quienes deberán tener en consideración el "interés superior del niño" al adoptar todas aquellas medidas de protección de conformidad con el artículo 19 de la CADH.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 7 ("Realización de los derechos del niño en la primera infancia"), indicó que:

La responsabilidad otorgada a los padres y a otros tutores está vinculada al requisito de que actúen en el interés superior del niño. El artículo 5 establece que la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el "niño ejerza los derechos reconocidos en la [...] Convención". Ello se aplica igualmente a los niños más pequeños y a los mayores. Los lactantes dependen totalmente de otros, pero no son receptores pasivos de atención, dirección y orientación. Son agentes sociales activos, que buscan protección, cuidado y comprensión de los padres u otros cuidadores, a los que necesitan para su supervivencia, crecimiento y bienestar. Los recién nacidos pueden reconocer a sus padres (u otros cuidadores) muy poco después del nacimiento, y participan activamente en una comunicación no verbal. En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos.⁸⁵

De acuerdo con el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al Estado le corresponde "prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños" y, además, adoptar todas aquellas medidas apropiadas al respecto, por ejemplo, asistencia material, programas de apoyo, viviendas, etc. Sobre este punto, la Corte IDH sostuvo en la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño* que ello comporta la necesidad de favorecer el desarrollo y fortalecimiento familiar. En este sentido, la Corte IDH señala que: "[...] el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar".⁸⁶

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General n.º 17 ("Derechos del Niño - artículo 24") sostuvo que:

La obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado parte interesado, y especialmente a los padres, la tarea de crear las *condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño* y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre ejerzan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes de los Estados partes deben precisar *la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño*. Por otra parte, en los casos en que los padres falten gravemente a sus deberes o maltraten o descuiden al niño, *el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño puede ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan*. En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés

85 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, *op. cit.*, 2005, párr. 16.

86 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 88.

superior de los niños, para asegurarles *la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres*.⁸⁷

En otro orden, las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), señalan que:

Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto.⁸⁸

En este sentido, las citadas directrices agregan que:

los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa [al mismo tiempo que] la sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías.⁸⁹

La Convención sobre Derechos del Niño prevé que los Estados partes tomen:

todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

En cuanto a la separación del niño de su familia, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:

9. 1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

[...]

3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. [...].⁹⁰

87 Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (art. 24)”, 1989, párr. 6. (énfasis agregado)

88 ONU. Directrices de Riad, directriz 13.

89 *Ibidem*, directriz 12. Asimismo, “[d]eberá prestarse especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados. Como tales cambios pueden perturbar la capacidad social de la familia para asegurar la educación y crianza tradicionales de los hijos, a menudo como resultado de conflictos culturales o relacionados con el papel del padre o de la madre, será necesario elaborar modalidades innovadoras y socialmente constructivas para la socialización de los niños”. Igualmente, “[s]e deberán adoptar medidas y elaborar programas para dar a las familias la oportunidad de aprender las funciones y obligaciones de los padres en relación con el desarrollo y el cuidado de sus hijos, para lo cual se fomentarán relaciones positivas entre padres e hijos, se hará que los padres cobren conciencia de los problemas de los niños y los jóvenes y se fomentará la participación de los jóvenes en las actividades familiares y comunitarias.” *Ibidem*, directrices 15 y 16.

90 *Cfr*: el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en estos procedimientos se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. En esta línea, el artículo 10, establece la obligación de los Estados de atender “de manera positiva, humanitaria y expeditiva” toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia. Dicho artículo

En definitiva, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el deber de los padres de criar a sus hijos y, por tanto, procura que la separación de su núcleo familiar sea *excepcional*, esté *justificada solo en el interés superior del niño y sujeta a control judicial*. Sobre este punto, las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños,⁹¹ señalan que:

Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora.⁹²

En el comentario a la regla 18 de las Reglas de Beijing,⁹³ se establece que dentro de la familia los padres tienen no solo el derecho sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos; por consiguiente, la separación de los niños respecto de sus padres debería ser una medida aplicada como último recurso (por ejemplo, en casos de abuso de menores). En este sentido, el artículo 18.2. de las Reglas de Beijing prescribe que: “ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario”.

Sobre la posibilidad de separar al niño de su familia, el Comité de Derechos del Niño en la ya mencionada Observación General n.º 12 recomendó que: “[c]uando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño”.⁹⁴

En relación con el respeto de las funciones parentales, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que:

[...] Los Estados partes deberán respetar la supremacía de padres y madres. Ello implica la obligación de no separar los niños de sus padres, a menos que ello vaya en el interés superior del niño (art. 9). Los niños pequeños especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Las situaciones que tienen más probabilidades de repercutir negativamente en los niños pequeños son la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; la atención parental en situaciones de gran presión material o psicológica o de salud mental menoscabada; la atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños; y las situaciones en las que los niños experimentan trastornos en las relaciones (inclusive separaciones forzadas), o en las que se les proporciona atención institucional de escasa calidad [...].⁹⁵

Este punto está íntimamente ligado con la obligación de los Estados de garantizar a toda persona sus derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, cuando la familia no esté en condiciones de satisfacer las necesidades materiales del niño, *la solución no consiste en la separación de la familia sino en su fortalecimiento*. Por ello, la imposibilidad de la familia de satisfacer las necesidades

dispone que, con el objetivo de garantizar el derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, los Estados respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país –incluido el propio–, y de entrar en su propio país, derecho que solo puede estar sujeto a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la citada Convención.

91 ONU. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 64/142, 20 de noviembre de 2009.

92 *Ibidem*, directriz 3.

93 ONU. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

94 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 12, *op. cit.*, párr. 53.

95 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, *op. cit.*, 2005, párr. 18.

materiales del niño, no debe ser motivo para la separación de este en forma definitiva, aun cuando esas dificultades hayan ocasionado lo que puede considerarse como un abandono parcial o provisional. En tales circunstancias, el deber de las autoridades es hacer todo lo posible para ayudar a la familia a superar la crisis y reunir las condiciones que permitan volver a asumir plenamente las responsabilidades parentales con los hijos.⁹⁶

Esta misma argumentación ha sido aplicada por la Corte IDH, quien precisó que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de una decisión administrativa o judicial que permita la separación del niño de sus padres y la consecuente privación de derechos,⁹⁷ pero sí puede ser un elemento a valorar en conjunto con otros factores. De esta manera, concluyó que la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal,⁹⁸ y adoptada por un procedimiento respetuoso de las garantías cuando implique la suspensión o la modificación de las responsabilidades parentales.⁹⁹ Además, sostuvo que:

[...] el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.¹⁰⁰

Por otro lado, la Comisión IDH, en el Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, señaló la necesidad de que el deber de protección especial de la infancia implique necesariamente que los intereses del niño sean tomados en cuenta en la adopción, por parte del Estado, de decisiones que lo afecten y que tales decisiones velen por la protección de los intereses del niño.¹⁰¹

5.2. Medidas de protección de niños separados de su medio familiar

Como se señaló en el apartado anterior, la sociedad y, fundamentalmente, los Estados deben procurar que el niño permanezca con su familia de origen o, en todo caso, con su familia ampliada, siempre que ello no sea contrario a su interés superior. Con independencia de esta amplia protección existen casos en los que la permanencia del niño en el seno familiar no es posible porque esa familia atenta o viola directamente los derechos de sus niños (en casos de abuso o maltrato, por ejemplo) o bien porque esa familia no existe (los supuestos de abandono). Agotados todos los recursos para una revinculación familiar eficaz o para ubicar al niño en su familia ampliada, el derecho internacional reconoce que, excepcionalmente, es necesario prever la existencia de otras alternativas de cuidado.

En relación con este tema es preciso tener en consideración al Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía;¹⁰² la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores,¹⁰³ que, con el fin de prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, regula diversos aspectos civiles y penales y reafirma la importancia de la cooperación internacional para lograr una eficaz protección del interés superior del niño; y la Convención

96 Cfr. O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 320-321.

97 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Ibidem*, párr. 76.

98 *Ibidem*, párr. 77.

99 *Ibidem*, párr. 114. En este sentido “[...] en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.” *Ibidem*, párr. 65.

100 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 77.

101 CIDH. *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 163.

102 ONU. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Asamblea General en su resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

103 Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en México el 18 de marzo de 1994). Esta Convención entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,¹⁰⁴ instrumento internacional que tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados partes y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que, habiendo sido trasladados legalmente, hubieren sido retenidos de forma ilegal.¹⁰⁵

5.2.1. Niños privados del cuidado parental

De acuerdo con las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, se entiende por “niños privados del cuidado parental” a: “[...] todos los niños que durante la noche no estén al cuidado de uno de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las razones y circunstancias de ese hecho [...]”.¹⁰⁶

En este sentido, el derecho del niño a ser protegido contra el abandono está vinculado con el principio de la unidad familiar, con el derecho del niño a una protección especial y con el concepto de familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”.¹⁰⁷

Las citadas directrices señalan en el artículo 29 que:

El niño privado del cuidado parental que se encuentre fuera de su país de residencia habitual o sea víctima de situaciones de emergencia podrá ser designado como:

- i) “No acompañado”, si no ha sido acogido por otro pariente o por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo,¹⁰⁸ o
- ii) “Separado”, si ha sido separado de un anterior cuidador primario legal o consuetudinario, aunque pueda estar acompañado por otro pariente [...].¹⁰⁹

Sobre el tema, la Declaración sobre los Derechos del Niño señala en su principio VI que “la sociedad y las autoridades públicas tienen la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia”.

Por su parte, la Directriz 14 de las Directrices de Riad establece que:

Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro.¹¹⁰

104 Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (aprobada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo [Uruguay] el 15 de julio de 1989). Esta Convención entró en vigor el 4 de noviembre de 1994.

105 Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, artículo 1.

106 Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 29 a).

107 En este sentido, O'Donnell señala que “[e]n una perspectiva más amplia, ese derecho también se circunscribe dentro de las obligaciones del Estado de garantizar los derechos económicos y sociales fundamentales de toda persona, comenzando con el derecho a un empleo y a un salario que permita a la familia del trabajador vivir con dignidad”. O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 320.

108 En esta misma vía, ver Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, *op. cit.*, 2005, párr. 7.

109 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6, párr. 8. “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, 2005. Esta observación general también establece el proceso de evaluación inicial respecto de aquellas medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia, en particular ver párrs. 31 y ss.

110 Énfasis agregado. En similar sentido, “[c]uando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las entidades públicas locales competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas. Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de todo niño en acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada.”, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 5.

Frente a estas circunstancias existen varias medidas tendientes a resguardar el derecho del niño a vivir y crecer en el ámbito de una familia, por ejemplo, la adopción y/o la colocación con una familia u hogar sustituto. En este sentido, previamente deben agotarse, como se mencionó anteriormente, todas las posibilidades de revinculación del niño con su familia de origen o ampliada.¹¹¹

Con relación a las obligaciones del Estado acerca de los niños no acompañados o separados, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General n.º 6 sobre el “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” sostuvo que estas se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial); entre ellas:

la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación [...].¹¹²

El Comité de los Derechos del Niños sostuvo en la Observación General n.º 7 (“Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia”), que:

Los derechos del niño al desarrollo están en grave peligro cuando los niños son huérfanos, están abandonados o se les ha privado de atención familiar o cuando sufren largas interrupciones en sus relaciones o separaciones (por ejemplo, debido a desastres naturales u otras situaciones de emergencia, epidemias como el VIH/SIDA, encarcelamiento de los padres, conflictos armados, guerras y migraciones forzadas). Estas adversidades repercutirán de forma diferente en los niños según su resistencia personal, su edad y circunstancias, así como la disponibilidad de mayores apoyos y cuidados alternativos. De las investigaciones se desprende que la atención institucional de baja calidad raramente promueve el desarrollo físico y psicológico saludable y puede tener consecuencias negativas graves para la integración social a largo plazo [...]. En la medida en que se necesitan cuidados alternativos, la colocación temprana en lugares donde reciben atención de base familiar o parafamiliar tiene mayores probabilidades de producir resultados positivos entre niños pequeños [...].

[...] [se] alienta a los Estados partes a invertir en formas de atención alternativa y a apoyar esas otras formas de atención a fin de garantizar la seguridad, la continuidad de la atención y el afecto, y ofrecer a los niños pequeños la oportunidad de establecer relaciones a largo plazo basadas en el respeto y la confianza mutuos, por ejemplo mediante la acogida, la adopción y el apoyo a miembros de familias ampliadas.¹¹³

111 En cuanto a la vulnerabilidad de los niños pequeños ante los riesgos, el Comité de los Derechos del Niño advierte que un “[...] gran número de niños pequeños crecen en circunstancias difíciles que frecuentemente constituyen una violación de sus derechos. Los niños pequeños son especialmente vulnerables al daño causado por relaciones poco fiables o inestables con padres y cuidadores, o por el hecho de crecer en condiciones de pobreza y privación extremas, rodeados de conflictos y violencia, desplazados de sus hogares como refugiados, o por cualquier otro cúmulo de adversidades perjudiciales para su bienestar. Los niños pequeños son menos capaces de comprender estas adversidades o de resistir sus efectos dañinos para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Se encuentran especialmente en situación de riesgo cuando los padres u otros cuidadores son incapaces de ofrecerles la protección adecuada, ya sea por enfermedad, por defunción, o por la disolución de las familias o comunidades. Cualesquiera que sean las circunstancias difíciles, los niños pequeños necesitan una consideración particular debido al rápido desarrollo que experimentan; son más vulnerables a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y se encuentran relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades, dependiendo de otros para que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior.” Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, *op. cit.*, 2005, párr. 36.

112 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6, *op. cit.*, párr. 13.

113 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, *op. cit.*, 2005, párr. 36 b).

Las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños definen las diferentes formas de acogimiento familiar alternativo. Al respecto, entienden por:

- [...] i) *Acogimiento informal*: toda solución privada adoptada en un entorno familiar, en virtud de la cual el cuidado del niño es asumido con carácter permanente o indefinido por parientes o allegados (acogimiento informal por familiares) o por otras personas a título particular, por iniciativa del niño, de cualquiera de sus padres o de otra persona sin que esa solución haya sido ordenada por un órgano judicial o administrativo o por una entidad debidamente acreditada;
- ii) *Acogimiento formal*: todo acogimiento en un entorno familiar que haya sido ordenado por la autoridad judicial o un órgano administrativo competente y todo acogimiento en un entorno residencial, incluidos los centros de acogida privados, resultante o no de medidas judiciales o administrativas;
- c) Según el entorno en que se ejerza, el acogimiento alternativo puede ser:
 - i) *Acogimiento por familiares*: acogimiento en el ámbito de la familia extensa del niño o con amigos íntimos de la familia conocidos del niño, de carácter formal o informal;
 - ii) *Acogimiento en hogares de guarda*: los supuestos en que una autoridad competente confía el niño a efectos de acogimiento alternativo al entorno doméstico de una familia distinta de su propia familia, que ha sido seleccionada, declarada idónea, aprobada y supervisada para ejercer ese acogimiento;
 - iii) *Otras formas de acogida en un entorno familiar o similar*;
 - iv) *Acogimiento residencial*: acogimiento ejercido en cualquier entorno colectivo no familiar, como los lugares seguros para la atención de emergencia, los centros de tránsito en casos de emergencia y todos los demás centros de acogimiento residencial a corto y largo plazo, incluidos los hogares funcionales [...].¹¹⁴

Con relación a los niños alojados en instituciones de abrigo o de protección, los instrumentos de derechos humanos consagran el derecho a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Las instituciones para menores abandonados deben inspirarse en dos principios rectores: el respeto a la dignidad del menor como persona y el derecho al amor y a la compasión que le faltan a causa de la separación o pérdida de su familia.¹¹⁵

En toda decisión que se tome con relación al niño, es necesario garantizar el interés superior del mismo así como su derecho a ser oído (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño),¹¹⁶ que establece que los Estados deben garantizar al niño su derecho a ser oído en todos los asuntos que lo afecten y deben tener en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez.¹¹⁷

114 Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 29. (énfasis agregado) De acuerdo con la directriz 20 “[e]l acogimiento alternativo no debería ejercerse nunca con el fin primordial de promover los objetivos políticos, religiosos o económicos de los acogedores”.

115 Cfr. O’Donnell, D., *op. cit.*, pp. 312-322.

116 El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala lo siguiente: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

117 Sobre el tema, la Corte IDH en la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y los derechos humanos de los niños* precisó que la participación en los procesos está limitada a las características personales y al interés superior del niño y que se debe procurar el mayor acceso posible. En este sentido, sostuvo que existe “gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un niño de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 101. Por su parte, el Comité de los Derechos

En palabras del Comité sobre los Derechos del Niño (Observación General n.º 12):

[...] los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado. El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia.¹¹⁸

5.2.2. Adopción

El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que:

Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Sobre la adopción internacional, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores,¹¹⁹ señala que se dará al niño la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Este derecho, como se advierte, está directamente relacionado con el interés superior del niño. En este sentido, salvo en los casos en los que el niño aún tenga muy limitada su capacidad de expresión (como acontece, por ejemplo, en los primeros meses de su vida), es responsabilidad del Estado contar con los mecanismos y procedimientos que permitan conocer la opinión del niño y comprender sus intereses y visiones.¹²⁰

del Niño en la citada Observación General n.º 12 (El derecho del niño a ser escuchado) sostuvo que el niño no debe probar su capacidad (párr. 20). De esta forma, acentúa la necesidad de que se implementen formas de comunicación no verbales (lenguaje corporal, dibujos o expresiones faciales), y explica que no se requiere que el niño comprenda todas las cuestiones analizadas, discutidas o involucradas (párr. 21); y además, que la participación es un derecho del niño y no una obligación. (párr. 16). Sobre el derecho de las niñas y los niños a ser escuchados y expresar sus opiniones en procedimientos ante la Corte IDH se recomienda la sección “Niñas y niños como presuntas víctimas” del comentario a los artículos 44 a 47 (competencia de la CIDH) a cargo de Tojo.

118 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 12, *op. cit.*, párr. 54.

119 Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 24 de mayo de 1984 en La Paz (Bolivia). Esta Convención entró en vigor el 26 de mayo de 1988.

120 La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse, caso por caso,

Por su parte, el Convenio de La Haya sobre protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993,¹²¹ reconoce que el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión y que, en caso de no ser posible mantener al niño con su familia, “la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen”.¹²² De esta forma, señala la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan en consideración el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales.¹²³ En este sentido, tiende a la protección de los niños y de sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas, así como a prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

Sobre el tema, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños,¹²⁴ con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, señala que “el bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.¹²⁵ En este sentido, en primer lugar el niño debe ser cuidado por sus propios padres,¹²⁶ y, en caso de que estos no puedan ocuparse de aquel o sus cuidados sean inapropiados, se prevé la posibilidad del cuidado por parte de otros familiares, otra familia sustitutiva (adoptiva o de guarda) o una institución apropiada;¹²⁷ además, “en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental”.¹²⁸ La citada Declaración indica que la colocación de niños en hogares de guarda deberá reglamentarse por medio de una ley.¹²⁹ Por lo demás, establece el carácter temporal de la colocación del niño en un hogar de guarda; sin embargo, admite que, de ser necesario, podrá extenderse hasta la edad adulta.¹³⁰ En cuanto a la adopción, señala que el objetivo fundamental “consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente”.¹³¹ Esta Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños prevé también la posibilidad de la adopción internacional en situaciones en las cuales “no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen”.¹³²

por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo empeño en proporcionar recursos y cauces adecuados para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar la mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de estas disposiciones.” *Cfr.* Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, directriz 57.

121 Convenio de la Haya sobre protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptado el 29 de mayo de 1993 en La Haya. Este Convenio entró en vigor el 1 de mayo de 1995.

122 *Ibidem*, Preámbulo.

123 *Idem*.

124 ONU. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, *op. cit.*

125 *Ibidem*, artículo 2.

126 *Ibidem*, artículo 3.

127 *Ibidem*, artículo 4. En este sentido, “[e]n todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”. *Ibidem*, artículo 5.

128 *Ibidem*, Preámbulo.

129 *Ibidem*, artículo 10. Asimismo la Declaración señala que “[l]os encargados de los procedimientos de adopción y de colocación en hogares de guarda deberán haber recibido capacitación profesional u otro tipo de capacitación apropiada”. *Ibid.*, artículo 6. Por lo demás, “[l]os encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.” *Ibid.*, artículo 9.

130 *Ibidem*, artículo 11.

131 *Ibidem*, artículo 12. Así, “[a]ntes de la adopción, los servicios u organismos de bienestar del niño *deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos*. La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal”. *Ibidem*, artículo 16. (énfasis agregado)

132 *Ibidem*, artículo 17.

El citado Convenio de La Haya establece determinados requisitos que deben darse como condición para una adopción internacional. Al respecto, es necesario que el Estado de origen compruebe los siguientes requisitos:

- a) haya establecido que *el niño es adoptable*;
- b) haya *constatado que una adopción internacional responde al interés superior del niño*;
- c) haya asegurado de que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento; que han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y por escrito; en último lugar, *que no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados*. En el caso del consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se haya dado únicamente después del nacimiento del niño; y,
- d) haya asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado *sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción*, cuando este sea necesario y, que *se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño*.¹³³

En cuanto a los efectos de la adopción, el artículo 26 del mencionado Convenio establece que:

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo; c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar. 2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados. 3. Los apartados precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

Sobre el tema, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo en la Observación General n.º 6 sobre “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” que:

[...] los Estados deben observar las disposiciones siguientes:

La adopción de menores no acompañados o separados sólo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable [...]

- i) Los menores no acompañados o separados no deben ser adoptados con precipitación en medio de una emergencia.
- ii) Toda adopción exige la previa determinación de que responde al interés superior del menor y debe ajustarse al derecho nacional e internacional y a la costumbre.
- iii) En todos los procedimientos de adopción debe solicitarse y tenerse en cuenta las opiniones del menor, teniendo presente su edad y madurez. [...]
- vi) Debe darse prioridad a la adopción por parte de parientes en el país de residencia. Si ello no fuera posible, se dará preferencia a la adopción en el seno de la comunidad de procedencia del menor o al menos dentro de su propia cultura [...].¹³⁴

5.2.3. Derecho a la protección familiar en relación con el derecho a la identidad

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad. Es un derecho humano que comprende derechos interrelacionados: el derecho a

133 Convenio de la Haya sobre protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, artículo 4. (énfasis agregado)

134 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6, *op. cit.*, párr. 91.

un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación y el Estado está obligado a garantizarlo mediante todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

En lo que se relaciona con la protección a la familia, en consonancia con el artículo 11.2. de la CADH, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, sin injerencias ilícitas. La Corte IDH, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, sostuvo que:

[...] el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.¹³⁵

Si bien el derecho a la identidad no está contemplado explícitamente en la CADH, el juez Cançado Trindade en su opinión disidente en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* sostuvo que:

[...] aunque el derecho a la identidad no se encuentre expresamente previsto en la Convención Americana, su contenido material se desprende, en las circunstancias del caso concreto, sobre todo de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (derecho a la protección de la familia) de la C[ADH], en relación con el artículo 1(1) de esta.¹³⁶

Con posterioridad, en el caso *Contreras vs. El Salvador*, la Corte IDH reafirmó este reconocimiento y sostuvo que:

[...] la afectación del derecho a la identidad en las circunstancias del presente caso ha implicado un fenómeno jurídico complejo que abarca una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares, que se traducen en actos de injerencia en la vida privada, así como afectaciones al derecho al nombre y a las relaciones familiares.¹³⁷

En el mismo caso, la Corte IDH sostuvo que:

[...] es posible concluir que en tanto el Estado realizó injerencias sobre su vida privada y familiar y faltó a sus deberes de respeto y garantía sobre aspectos íntimos de la personalidad –como el derecho al nombre– así como factores que abarcan su interrelación con otros –el derecho a la familia–, el Estado violó los artículos 11.2., 17, 18 y 19 de la CADH. Además, a la luz del artículo 19 de la C[ADH], la Corte reitera la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado parte en la C[ADH] el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de niños y niñas, que incluía la alteración de la identidad de los mismos [...].¹³⁸

135 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 122. Así, “la identidad supone no sólo los atributos biológicos sino todo lo referido a la personalidad que ha conformado el sujeto y que permite su identificación en la sociedad en la que se desenvuelve.” Ghersi, C. *Derechos fundamentales de la persona humana*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 142.

136 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005. Voto disidente del juez Antonio A. Cançado Trindade, párr. 20. (énfasis agregado) En sentido similar, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH sostuvo que: “[a]sí, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la C[ADH], en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia [...]”. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 122.

137 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 114. (énfasis agregado) De igual manera ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 120.

138 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 117. Por su parte, el Comité DHONU al examinar un caso de apropiación de una niña –hija de desaparecidos durante la dictadura militar argentina–, señaló que “[su]

En el precedente *Fornerón vs. Argentina* ante la Corte IDH –directamente relacionado con el derecho a la protección de la familia– la Corte IDH concluyó sobre el tema que:

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años M *no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden*. Por ende, *la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar*.¹³⁹

Asimismo, en la citada opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño*, la Corte IDH consideró que toda persona tiene derecho a vivir o mantener contacto directo o relaciones personales con su familia, dado que esta, al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad, en principio, está “llamada a satisfacer [las] necesidades materiales, afectivas y psicológicas” de todo ser humano,¹⁴⁰ “siendo que una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de la misma”.¹⁴¹

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.¹⁴²

5.2.4. El derecho de las personas privadas de la libertad a la visita familiar

El Comité DHONU y la CIDH han reconocido el derecho de las personas privadas de libertad a recibir visitas de familiares como componente del derecho a ser tratados humanamente y del derecho a la dignidad. En este sentido, la CIDH ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, *el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas por la privación de la libertad del familiar en cuestión*.¹⁴³

De esta forma, insistió en el derecho de las personas privadas de libertad de recibir visitas de sus familiares. En este sentido, señaló que:

secuestro [...], la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S. S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del P[IDCP]”. Comité DHONU. *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallichio vs. Argentina*, Comunicación n.º 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), Dictamen de 27 de abril de 1995, párr. 10.4.

139 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 123. (énfasis agregado) De igual manera, ver Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 113.

140 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, 2002, párr. 71. En esta misma línea, ver Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 145; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 312.

141 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 132.

142 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 8: “1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

143 Cfr. CIDH. *Informe Anual, Capítulo VI Situación de los Derechos Humanos en Varios Estados, Uruguay*. 1983-1984. CIDH. Informe n.º 38/96, *Caso X y Y vs. Argentina*, Caso n.º 10.506, 15 de octubre de 1996.

El artículo 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. *Es un derecho tan básico de la CADH que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas.* En este caso, los peticionarios alegan que el ejercicio de este derecho se vio sujeto a una restricción ilegítima y que varios de los derechos protegidos por la Convención, especialmente el derecho a la integridad personal y el derecho al honor y a la dignidad fueron violados al pretender ellas ejercer el derecho a la familia.¹⁴⁴

Además la CIDH indicó que:

El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos.¹⁴⁵

6. No suspensión de la protección familiar

El artículo 27 de la CADH dispone lo siguiente:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Si bien el análisis de este artículo excede el objetivo del presente comentario,¹⁴⁶ es posible concluir que el derecho a la protección familiar es un derecho fundamental de aquellos cuya vigencia no puede, en ningún caso, suspenderse.¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Idem*, (énfasis agregado)

¹⁴⁵ *Idem*, (énfasis agregado)

¹⁴⁶ Sobre la suspensión de garantías, ver el comentario al artículo 27 a cargo de Rodríguez.

¹⁴⁷ Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, Primera edición, San José, 1996, pp. 86 y ss.

La CADH se diferencia del PIDCP que también habilita a los Estados en situaciones excepcionales a suspender determinadas obligaciones, pero no hace expresa mención al derecho a la protección de la familia en el artículo 4.

7. Conclusión

La protección de la familia es una regla de derecho internacional de los derechos humanos presente tanto en el sistema regional como en el sistema universal, prácticamente desde la creación de ambos. Todos estos instrumentos coinciden en que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

La regla general, basada en la concepción de que la familia es una estructura fundamental de la sociedad, se desarrolla y se encuentra contenida en numerosos derechos. De esta forma, el derecho a formar una familia, el derecho a que esté protegida de injerencias arbitrarias del Estado y de particulares, el derecho a contraer libremente matrimonio y a su disolución en caso de ser necesaria sobre la base de reglas igualitarias, el derecho a la igualdad de los contrayentes, el derecho a formas alternativas de cuidado familiar en el caso de los niños y a que la familia como entidad colectiva sea destinataria de medidas especiales de protección por parte del Estado, son ampliamente reconocidos por las normas internacionales y regionales que fueron analizadas en el presente comentario.

El concepto de familia ha evolucionado a lo largo del tiempo. No se limita a la familia tradicional sino que incluye hoy a las familias monoparentales, extendidas, ensambladas, etc. Acorde con esta evolución, el concepto de matrimonio actualmente es entendido por algunas legislaciones no solo como la unión de un hombre y una mujer, sino también como la unión de personas del mismo sexo, normas que expresan la idea de fortalecer y proteger las diversas estructuras familiares que las personas constituyen.

La protección de la familia se complementa con la garantía de toda persona a ser protegida contra toda injerencia ilegal, arbitraria o abusiva en su vida familiar. Los diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos previamente analizados reconocen no solo el derecho de toda persona, sino también el derecho de su familia a no ser objeto de ningún tipo de injerencia arbitraria o ilegal. En cuanto al Estado, le corresponde el deber de abstenerse de perpetrar actos de esta naturaleza y, además, el deber de proteger al individuo y a la familia contra eventuales injerencias, así como la obligación de asistir a las familias a fin de favorecer el desarrollo y el fortalecimiento del núcleo familiar.

La protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están, además, íntimamente relacionadas.

El derecho internacional de los derechos humanos evidencia un notable avance en relación con la protección a la familia expresado en los amplios deberes de prestación positiva del Estado hacia todas las estructuras familiares, así como en una amplia y plural concepción de la familia.

Artículo 18. Derecho al nombre*

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*: FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*: FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 38/96, *Caso X y Y vs. Argentina*, n.º 10.506, 15 de octubre de 1996.

CIDH. Informe n.º 53/01, *Caso Ana, Beatriz y Celia González vs. México*, Caso 11.565, 4 de abril de 2001.

CIDH. Informe n.º 32/02, *Caso Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile*, solución amistosa, Caso 12.046, 12 de marzo de 2002.

CIDH. *La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, 2ª ed., OEA/Ser.L/V/II.133, 29 de octubre de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Guillot vs. France*, Sentencia n.º 22500/93, 24 de octubre de 1993.

TEDH. *Caso Burghartz vs. Switzerland*, Sentencia n.º 16213/90, 22 febrero de 1994.

TEDH. *Christine Goodwin vs. United Kingdom*, Sentencia n.º 28957/95, 11 de julio de 2002.

TEDH. *I. vs. United Kingdom*, Sentencia n.º 25680/94, 11 de julio de 2002.

TEDH. *Ünal Tekeli vs. Turkey*, Sentencia n.º 29865/96, 16 de noviembre de 2004.

TEDH. *Caso Kurić y otros vs. Slovenia*, Sentencia n.º 26828/06, 26 de junio de 2012.

* Virginia Deymonnaz fue una eficaz colaboradora en la actualización bibliográfica y jurisprudencial de este comentario.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Resolución n.º 2435, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.

OEA. Resolución n.º 2504, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009.

OEA. Resolución n.º 2600, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XL-O/10), 8 de junio de 2010. Organización de las Naciones Unidas.

Asamblea General

ONU. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en el plano nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, 3 de diciembre de 1986.

Comité de Derechos Humanos

Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (artículo 24)”, 1989.

Comité de los Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño ONU. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005.

Consejo de Derechos Humanos

Consejo de Derechos Humanos ONU. Informe del Secretario General, Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro modo serían apátridas. A/HRC/31/29, 16 de diciembre de 2015.

Referencias académicas

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. T. I, 13ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.

BURGORGUE-LARSEN y L., ÚBEDA DE TORRES, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*. Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.

LASARTE, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo Social y Relaciones Laborales*, 2ª ed., Dukinson, Madrid, 2005.

LLAMBIAS, J. J. *Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I, Nociones Fundamentales. Personas*. 20ª ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

O'DONNELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Comisión Andina de Juristas, 1989.

O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

PLINER, A. *El nombre de las personas: Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Derecho Comparado*. 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.

SAVATIER, R. *Cours de droit civil*, Librairie générale de droit et de jurisprudence. T. I, Paris, 1945.

TOBIAS, J. W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. La Ley, Buenos Aires, 2009.

Contenido

1. Introducción	520
2. Normativa internacional	521
3. Características del nombre	523
3.1. Naturaleza jurídica	523
3.2. Características	525
3.3. Cambio de nombre	526
4. Elementos	528
5. Relación del derecho al nombre con otros derechos	530
5.1. Relación con el derecho a la identidad	530
5.2. Inscripción del nacimiento	533
5.3. Derecho al nombre y a la filiación	536
6. Conclusión	537

1. Introducción

El derecho al nombre es uno de los derechos fundamentales del hombre desde su nacimiento y durante toda su existencia, y, al igual que los derechos a la vida, a la salud, al honor, a la libertad, es un derecho inalienable e inherente a la personalidad; nadie puede renunciar a su goce y ejercicio porque, precisamente, ese goce y ejercicio constituyen la personalidad.

El nombre es la forma más antigua de designación e identificación de una persona dentro de la sociedad en la que vive.¹ Es la marca distintiva del individuo. En las sociedades primitivas y poco numerosas, el nombre era individual. Sin embargo, con el correr del tiempo, esa sola denominación resultó insuficiente pues con el aumento progresivo de la población resultó necesario agregar al nombre de pila otro que permitiera distinguir a las personas.²

La doctrina moderna distingue, por un lado, el nombre patronímico, nombre de familia o apellido y, por el otro, el nombre individual, prenombre o nombre de pila.

La Corte IDH ha analizado el derecho al nombre y su relación con otros derechos en los casos de *de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *Gelman vs. Uruguay*, *Contreras y otros vs. El Salvador*, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, y *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*.³

En el caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte IDH sostuvo por primera vez que:

1 Savatier, R. *Cours de droit civil*, Librairie générale de droit et de jurisprudence. T. I, Paris, 1945, p. 51.

2 “Así, fue como, en Roma, al nombre individual o *praenomen*, se agregó el nombre de la familia o *gens*, que era el *nomen* propiamente dicho; y, finalmente, en los últimos tiempos de la República, comenzó a usarse un tercer nombre, el *cognomen*, que era al principio algo así como un sobrenombre individual, pero luego se transmitía de padres a hijos, para distinguir las diferentes ramas de una misma *gens*. A la caída del imperio romano, los pueblos bárbaros continuaron con su costumbre primitiva de usar un solo nombre individual [...]”. Borda, G. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. T. I, 13ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 332. Un análisis de la evolución histórica del nombre en Pliner, A. *El nombre de las personas: Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Derecho Comparado*. 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 1-40.

3 Para un análisis exhaustivo de estas sentencias, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

[...] el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la C[ADH], *constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado.*⁴

Asimismo, en el citado precedente, consideró que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesionaba la dignidad humana al negar de forma absoluta la condición de sujeto de derechos y hacer al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.⁵

2. Normativa internacional

El derecho al nombre fue originalmente reconocido por el sistema universal de protección de derechos humanos en el PIDCP, que establece en su artículo 24.2. que: “[t]odo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre [...]”. En relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos específicos, la Declaración de los Derechos del Niño,⁶ (instrumento que antecede a la Convención sobre los Derechos del Niño) dispone en el principio 3 que: “[e]l niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:

Artículo 7 [...]

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

[...] artículo 8.1. [...]

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Por su parte, la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda

4 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 182. (énfasis agregado) En similar sentido, ver: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 127; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 192; Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 110. El TEDH en el caso *Burghartz vs. Switzerland*, “a diferencia de otros instrumentos internacionales, tales como el PIDCP (art. 24 párrafo 2), la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 (arts. 7 y 8), o la C[ADH] (art. 18), el artículo 8 de la C[EDH] no contiene ninguna disposición relativa a los nombres. Como una medida de identificación personal y de vinculación a la familia, el nombre de una persona, sin embargo, concierne su vida privada y familiar [...] estos aspectos del derecho público son compatibles con la vida privada [...] que incluye, hasta cierto punto, el derecho a establecer y a desarrollar relaciones con otros seres humanos, en contextos profesionales, comerciales o en otros [...]”, TEDH. *Caso Burghartz vs. Switzerland*, Sentencia n.º 16213/90, 22 de febrero de 1994, párr. 24. (traducción libre)

5 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 179.

6 ONU. Declaración sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1368 (XIV), 20 de noviembre de 1959.

en el plano nacional e internacional de 1986, establece que: “[e]n todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal. El niño, al ser adoptado, colocado en un hogar de guarda o quedar sometido a otro régimen, no deberá ser privado de su nombre [...] a menos que con ello adquiriera otro nombre [...]”.⁷

Por otro lado, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, prescribe que: “[t]odos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.”⁸

Finalmente, la CEDAW dispone en el artículo 16 que:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...]

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación [...].

El artículo 18 de la CADH reconoce a toda persona el derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o de uno de ellos. Es un derecho que no está subordinado a lo que disponga el derecho interno. Existe de forma autónoma, y el derecho doméstico debe reglamentar la forma de asegurarlo a toda persona.

Si bien este derecho no tiene un artículo equivalente en el CEDH, sí está incluido en diversos convenios internacionales, entre ellos, el convenio sobre cambio de nombre y apellido de 1958,⁹ y el Convenio n.º 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos de 1980.¹⁰ Por otro lado, el PIDCP, así como los instrumentos internacionales específicos de derechos del niño, reconocen el derecho del niño a tener un nombre y, además, establecen la inscripción obligatoria al momento de su nacimiento con el fin de proteger su derecho a la identidad.

Asimismo, existen otros convenios que se refieren a los aspectos técnicos y/o administrativos, como el convenio relativo a la indicación de los nombres y apellidos en las actas de estado civil de 1976,¹¹ y, con carácter complementario, el convenio sobre resoluciones rectificativas de las actas de estado civil y del convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958 relativo al intercambio internacional de informaciones de estado civil, de 1954.¹² Por otro lado, el 8 de septiembre de 1982 se firmó en La Haya el convenio relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos por medio del cual se crea un documento internacional llamado “certificado de diversidad de apellidos” que permite individualizar a las personas que, como consecuencia de las divergencias de las legislaciones nacionales aplicables, poseen más de un apellido.¹³

7 ONU. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en el plano nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, 3 de diciembre de 1986, artículo 8.

8 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990, artículo 29.

9 Convenio sobre cambio de nombre y apellido, firmado en Estambul el 4 de septiembre de 1958. Este convenio “conviene a los cambios de apellidos y de nombres concedidos por la autoridad pública competente, con exclusión de aquellos que resultaren de una modificación del estado de las personas o de la rectificación de un error.” (art. 1).

10 Convenio n.º 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos, adoptado por la Asamblea General en Cesma el 6 de septiembre de 1979, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980. El Convenio dispone que los nombres y apellidos de una persona se determinarán por la ley del Estado del cual dicha persona sea nacional (art. 1).

11 Convenio relativo a la indicación de los nombres y apellidos en las actas de estado civil, firmado en Berna el 13 de septiembre de 1973.

12 Convenio sobre resoluciones rectificativas de las actas de estado civil y del convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958 relativo al intercambio internacional de informaciones de estado civil, firmado en París el 10 de septiembre de 1954.

13 Convenio relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos, artículo 1: “1. El certificado de diversidad de apellidos establecido en el presente Convenio estará destinado a facilitar la prueba de su identidad a las personas

3. Características del nombre

3.1. Naturaleza jurídica

3.1.1. Teorías sobre la naturaleza jurídica del nombre

Varias han sido las teorías sostenidas en relación con la naturaleza jurídica del nombre. Entre ellas es posible mencionar las siguientes.

El nombre como un derecho de propiedad. Esta teoría consideraba el nombre como un derecho de propiedad del cual era titular la persona que lo llevara y fue sostenida tradicionalmente por la jurisprudencia francesa. Actualmente se encuentra en desuso, toda vez que el nombre es entendido como algo inmaterial que está fuera del comercio, es inalienable e imprescriptible;¹⁴ en otras palabras, carece de contenido económico (característica de los derechos patrimoniales).¹⁵

El nombre como derecho de la personalidad. Una importante corriente doctrinaria moderna atribuye al nombre la “calidad de derecho subjetivo”, es decir, la de ser un derecho personalísimo.¹⁶

El nombre como atributo de la personalidad. Considera al nombre como un elemento que la ley atribuye a la persona; atributo que le sirve de “signo exterior individualizante”, como un símbolo de la persona que lo porta.¹⁷

El nombre como una institución de policía civil. De acuerdo con esta teoría, el nombre contribuye a la identificación de la persona. Es la forma obligatoria de designación de las personas y el ordenamiento lo exige como medio y como garantía de orden social,¹⁸ de ahí su inmutabilidad que se apoya en razones de seguridad social y seguridad ciudadana. Conforme a esta concepción restrictiva, el derecho al nombre no existiría sino que se trataría de una reglamentación administrativa para procurar la identificación de los individuos. En este sentido, avala “la idea de una institución fundada en deberes de la persona frente a los intereses del Estado: ser titular del nombre es una consecuencia de la existencia de un deber frente a la comunidad fundado en la necesidad de individualizar a sus miembros”.¹⁹ Sin embargo, de esta forma “se limita la función del nombre a ser un medio de clasificación y control que prescinde del ámbito de autonomía que resulta de la facultad de usar el nombre en las relaciones entre particulares e impedir su uso por terceros y de impedir comportamientos arbitrarios del propio Estado.”²⁰

que, a consecuencia de las diferencias existentes entre las legislaciones de ciertos Estados, especialmente en lo referente a matrimonio, filiación o adopción, no son designados por un mismo apellido. 2. Dicho certificado tendrá como único objeto hacer constar que los diversos apellidos que en él figuran, designan, según legislaciones diferentes, a una persona. No podrá tener como objeto afectar a las disposiciones legales vigentes que rigen en materia de apellidos.”

14 Cfr. Tobías, J. W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 402.

15 “La concepción del nombre como objeto de un derecho de propiedad se ofrecía tentadora por su simplicidad, y daba explicación satisfactoria a su oponibilidad *erga omnes*. Todo ataque llevado por terceros contra el nombre de una persona, ya fuera negándole la facultad de usarlo, ya pretendiendo derechos sobre él, ya usurpándolo, podía repelerse mediante acciones nacidas del derecho de propiedad. El titular era dueño de su nombre a título de dominio [...]”. Pliner, A., *op. cit.*, p. 87.

16 “Esta teoría tiene sin duda un fondo de verdad. El nombre forma parte de la personalidad del hombre; su honor está íntimamente vinculado a él. El concepto común de que se tiene el deber de mantener *limpio* el nombre paterno, revela hasta qué punto está vinculado con la persona que lo lleva.” Borda, G., *op. cit.*, p. 333.

17 “El nombre, en su aspecto de signo desglosado del individuo, tomado como mera voz articulada, ideograma o palabra escrita, cuando no funciona para designar a una persona determinada, carece de significación jurídica; pero cuando cumple la función individualizadora, deja de constituir un objeto —una palabra, una voz, un ideograma— valorable fuera del sujeto, para ser este el destinatario de lo que del nombre se predica.” Pliner, A., *op. cit.*, p. 86.

18 “El Estado es el primer interesado en que cada individuo lleve de una manera permanente e invariable una designación oficial, a fin de que permanezca individualizado e identificado. Esta concepción, que ve en el nombre a una institución de policía civil, una simple etiqueta o mero número de matrícula, raramente es afirmada como tesis única.” *Ibidem*, p. 72.

19 Tobías, J. W., *op. cit.*, p. 403.

20 *Ibidem*.

El nombre como un derecho de la personalidad y como una institución de policía civil. Según esta teoría si solo se concibiera al nombre como un derecho de la personalidad se desconocería el interés social que implica; en tanto, si solo se lo reconociera como una institución de policía civil se desconocería uno de los derechos más íntimamente vinculados a la personalidad humana.²¹ Esta parecería ser la postura que prevalece en el derecho moderno, según la cual la naturaleza jurídica del nombre estaría dada por la confluencia de estos dos enfoques (teoría *sui generis*).

3.1.2. Protección legal

Del nombre surgen derechos y obligaciones tanto para el individuo como para terceros y la sociedad en general que se relacionan entre sí. El derecho a usar su nombre, así como de reclamar su defensa, es admitido universalmente aun en los países que no tienen una legislación expresa sobre la materia. En la protección y defensa del nombre no influye la posición doctrinaria que se adopte respecto de sus caracteres, naturaleza e importancia jurídica. La protección es común a todas y cada una de las teorías.

De igual manera, el carácter fundamental de este derecho se refleja en la imposibilidad de declarar su suspensión aun en casos de guerra, peligro público o emergencia, que amenacen la seguridad del Estado.²² Junto con el derecho al nombre, la CADH no autoriza la suspensión de las obligaciones asumidas respecto del derecho a la protección familiar, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y los derechos del niño.

-
- 21 Cfr. Borda, G., *op. cit.*, p. 333. “[l]a relevancia jurídica del nombre se desarrolla en una doble dirección: la que pone el acento en la autonomía de las personas (con referencia, por ejemplo, a la elección del prenombre; a la facultad de usar o no el apellido marital; a las facultades para ejercer las acciones protectoras del nombre) y la que pone en su justa medida el componente del interés general del nombre sea en relación a los deberes que comporta en las relaciones de la persona con el Estado (la característica de necesidad; el deber de emplearlo en las relaciones con los particulares y en los actos públicos; el de su relativa inmutabilidad, etc.) Puede concluirse, por lo tanto, que se está en presencia de una institución compleja: por un lado, constituye un verdadero derecho subjetivo extrapatrimonial y, por el otro, cumple una función de interés social en la identificación de la persona [...] Mayores dificultades presenta el ubicarlo como un atributo de la persona. Se suele enunciar como característica esencial de los atributos el de ser necesarios: las personas por nacer y los nacidos antes de la anotación en el acta de nacimiento, sin embargo, carecen de nombre.” Tobías, J. W., *op. cit.*, p. 404.
- 22 CADH art. 27.2. “Esta disposición de la C[ADH], como el artículo 4.2 del P[IDCP] se refieren a la facultad de los Estados de suspender algunas de sus obligaciones en materia de derechos humanos. De esta forma, las medidas tomadas por los Estados para hacer frente a las graves crisis que puedan eventualmente surgir, por excepcionales que sean, son —o deben ser— herramientas para salvaguardar la vigencia de los derechos humanos y el Estado de derecho y no instrumentos para suprimir, ni pretextos para sacrificar estos principios”. O’ Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004. Con relación a la expresión ‘suspensión de garantías’, la Corte IDH ha señalado con anterioridad que: “[e]l artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es ‘Suspensión de Garantías’; el párrafo primero habla de ‘suspend[er] las obligaciones contraídas’; el párrafo segundo de ‘suspensión de los derechos’; y el párrafo tercero de ‘derecho de suspensión’. Cuando la palabra ‘garantías’ se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las ‘garantías judiciales indispensables’. Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de estos, resulta que no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de los derechos’ ya que siendo estos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio [...]”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987, párr. 18. Por su parte, la CIDH ha señalado que: “[...] tanto el PIDCP (art. 4.2.) como la CADH (art. 27.2.) establecen que los Estados no pueden suspender sus obligaciones internacionales respecto al derecho a la vida, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, trata de blancas y servidumbre, la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, la observancia del principio de la legalidad en materia penal (no hay pena ni crimen sin ley), del principio de la aplicación de la pena más favorable al reo, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la libertad de conciencia y religión [...]. Además, la CADH agrega a esta lista la imposibilidad de suspender las obligaciones asumidas respecto a la protección a la familia, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y los derechos del niño [...]”. CIDH. *La Infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, 2ª ed., OEA/Ser.L/V/II.133, 29 de octubre de 2008, párrs. 48-49.

3.2. Características

El nombre individualiza e identifica a las personas. En este sentido, dada su importancia trascendental, se le atribuyen numerosas características.

El nombre es obligatorio, la necesidad de individualización de la persona exige necesariamente su identificación a través de un nombre. Esta característica tiene una implicación doble; por un lado, “la obligatoriedad de ‘tener un nombre’” y, por el otro, “la obligatoriedad de usar el nombre que se tiene”.²³ No hay derecho posible sin individualización, requerida para todos los actos de la vida civil y en las relaciones con el Estado; “el nombre, más que obligatorio, es un presupuesto necesario del individuo que adquiere rango de persona y participa del orden jurídico que forma parte de la sociedad.”²⁴

El nombre es único, solo en el sentido de no ser titular, a la vez, de nombres y apellidos diversos. Esto no significa que sea simple y se conforme por una sola palabra, pues puede ser complejo e incluir varias.²⁵

El nombre es necesario, toda persona debe llevar necesariamente un nombre.

El nombre es inmutable, en razón de la función que desempeña, el nombre no se puede cambiar salvo casos excepcionales, ya que tiende a proteger los derechos individuales de las personas y de la sociedad y, además, trata de dar seguridad en la identificación de las personas.²⁶

Por ello, las personas deben individualizarse en la comunidad de manera cierta y permanente; sin embargo, como se señaló, este principio no es absoluto ya que, por razones de interés social y colectivo y en determinadas circunstancias ciertos cambios de nombres son permitidos,²⁷ tal y como se establece más adelante.

23 “La primera apunta a uno de los caracteres de la institución, mientras que la segunda pertenece a la regulación dogmática del ejercicio del derecho al nombre y de las obligaciones que impone a su portador [...] en nuestra sociedad organizada el individuo que no llevase un nombre quedaría jurídica y moralmente aniquilado; sería un ente biológico, pero carecería de entidad jurídica, de personalidad; nada podría predicarse de un *quien* no individualizado. Se dirá que podría señalárselo de alguna otra manera: por una particularidad física, por un mote, por una peculiaridad de sus hábitos o costumbres, pero eso ya sería un nombre, embrionario o primitivo, pero una forma de denominación que llenaría la *necesidad* elemental que el nombre satisface. La obligatoriedad de llevar un nombre es separable del ajustamiento a las formas onomásticas legales, pues lo que cuenta es la necesidad, más que la obligatoriedad de que cada individuo tenga un signo verbal particular que lo distinga de los demás miembros de la sociedad, que sirva para individualizarlo, para llamarlo, para mentarlo, para imputarle relaciones u obligaciones de derecho o puramente sociales [...] Las leyes se encargan de exigir que el recién nacido reciba su nombre –un prenombre que debe imponérsele, y un apellido que se presume atribuido– que le será indispensable en cuanto haga sus primeros pasos en la vida de relación; no será recibido en la escuela primaria si no acredita su nombre; no podrá enviar un telegrama ni recibir una carta; ni casarse, ni contratar, ni adquirir bienes, ni testar, ni medio de demostrar que pertenece a una familia. Frente al Estado, este individuo, que tiene, en principio, derechos y obligaciones, no podrá ejercer los primeros y se liberará de las segundas por la imposibilidad de su imputación a un ser anónimo.” Pliner, A. E., *op. cit.*, pp. 57-58. (énfasis agregado)

24 Si bien la obligatoriedad no tiene sanción, numerosas son las consecuencias que sufriría en el supuesto que intentase eludir este principio: “[...] quedaría fuera del mundo jurídico, y afectado, prácticamente, de una total incapacidad de derecho.” Pliner, A., *Ibidem*, p. 59.

25 Tobías, J. W., *op. cit.*, p. 401.

26 “[...] [L]a función individualizadora del nombre quedaría frustrada si cada individuo pudiera cambiárselo a su placer, y el desorden social que ello traería sería aún más grave que si los nombres no existiesen. Desaparecida la certeza de que una designación determinada individualiza a un determinado sujeto, las relaciones jurídicas establecidas quedan sin estabilidad, los derechos y las obligaciones solo serían invocables o exigibles luego de que sus titulares acreditasen suficientemente que bajo diferentes nombres actúa la misma personas, y a los obligados habría que perseguirlos a través de distintas denominaciones, imponiendo al acreedor la carga de demostrar la identidad de su deudor, oculto bajo su nombre nuevo; las relaciones de familia sufrirían el deterioro del desconocimiento u olvido de los vínculos, y para verificarlos habría que hacer no solo la investigación de las filiaciones y de los actos jurídicos familiares, sino seguirlos a través de la trama de las metamorfosis onomásticas.” Pliner, A., *op. cit.*, p. 60.

27 “Este dogma de la inmutabilidad –un nombre, de la cuna a la tumba, y más allá– ha sido casi universalmente reconocido, aunque se admita sin discusión que su formulación no tiene alcances absolutos, puesto que el cambio de la designación de la persona puede hacerse necesario o conveniente por razones atendibles, en cuyo caso los *justos motivos* deben ser valorados por el órgano competente del Estado para autorizar las mutaciones que el interés particular reclama, contrastándolo con el interés general que exige la estabilidad de los nombres como prenda de orden social.

El nombre es extrapatrimonial, pues no es susceptible de apreciación pecuniaria. El nombre, como tal, carece de valor patrimonial. No obstante ello, de su titularidad derivan derechos patrimoniales (vg. la cesión parcial del uso de sus nombres que realizan personalidades famosas para ser empleados por terceros como marcas de determinados bienes o productos).²⁸

El nombre es inalienable e intransmisible. Es intransmisible entre vivos, lo cual deriva de su carácter extrapatrimonial; en otras palabras, no puede ser enajenado, cedido, gravado ni transmitido mediante ningún acto jurídico dado que se encuentra fuera del comercio.

El nombre es imprescriptible, no se puede adquirir ni perder por el transcurso del tiempo, no es una cosa, ni objeto de un derecho creditorio. El derecho al nombre y el derecho de ejercer su defensa no decaen con el tiempo, en contraposición con otros derechos que en caso de no ser ejercidos temporalmente no pueden ser reclamados. Se lo adquiere de acuerdo con las formas previstas en la ley y se lo conserva con los caracteres de estabilidad e indisponibilidad durante toda la vida. Hay un interés social en que los nombres no se pierdan por el transcurso del tiempo, con el fin de que la función individualizadora no sufra perturbaciones o se frustre totalmente.²⁹

3.3. Cambio de nombre

Como se señaló, una de las características del nombre es la inmutabilidad, aunque no constituye un principio absoluto. En ocasiones, por razones de interés social y/o colectivo y bajo determinadas circunstancias, es posible cambiarlo.

Un aspecto importante es con respecto al cambio de nombre que soliciten las personas transexuales, cuya identidad de género no corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron registradas. En estos casos se requiere una adecuada respuesta legislativa para que la asignación registral inicial de sexo y nombre propio puedan ser modificados a fin de garantizar el libre desarrollo de su personalidad y dignidad.³⁰

Resulta de ahí que la idea de ‘inmutabilidad’ se torna un tanto severa, tal vez en demasía, y excede el sentido que la doctrina entiende atribuir a uno de los caracteres más importantes del nombre. Así se habla frecuentemente de *fijeza* o de *estabilidad*, lo que nos parece más acorde con la idea que se trata de traducir, y en este terreno se amengua la fuerza de las objeciones que el principio despierta [...]. En definitiva, el principio se reduce a asegurar la prohibición absoluta de las modificaciones *voluntarias o caprichosas* –el ‘destierro de la voluntariedad’ [...]– manteniendo la regla general del nombre invariable durante toda la vida del sujeto, salvo los supuestos en que la mutación se produce por imperio de la ley –caso del adoptado– o cuando, acreditadas razones valederas y atendibles, a juicio de la autoridad judicial o administrativa, según sea el régimen adoptado por cada Estado, se autorice con las debidas garantías de publicidad y –en su caso– audiencia de terceros interesados, el cambio de nombre solicitado por el particular [...]. En Gran Bretaña, y en los Estados Unidos de América donde rige el sistema del *common law*, el cambio de nombre es asunto privado de los individuos, que se realiza sin proceso ni intervención de autoridad legal alguna, en tanto que en los Estados regidos por el derecho escrito, *statutory law*, debe sustanciarse el pedido ante los jueces con garantías de publicidad, para salvaguardar intereses de terceros, pero existe en los tribunales una disposición complaciente que facilita los cambios buscados, ya que las directivas del *common law* presiden las decisiones de los jueces en lo que esta librado a la apreciación de su arbitrio, y reservan su severidad para examinar lo fundado de las oposiciones de terceros. De todos modos, aun en los Estados de *statutory law*, funciona paralelamente en la materia el régimen del *common law*, y pueden los interesados utilizar uno u otro medio para cambiar o modificar sus nombres.” Pliner, A., *op. cit.*, pp. 61-62 y 64-65. (énfasis agregado)

28 Cfr. Tobías, J. W., *op. cit.*, p. 401.

29 Pliner, A., *op. cit.*, p. 69.

30 Sobre el tema, existen diversas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, ver Resolución n.º 2435, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008. Resolución n.º 2504, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009. Resolución n.º 2600, “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (XL-O/10), 8 de junio de 2010. Estos documentos reconocen y condenan la grave situación de violaciones de derechos humanos que enfrentan las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género. En relación con la solicitud de modificación de las partidas de nacimiento de personas sometidas a operaciones de reasignación de sexo en el ámbito europeo, ver TEDH. *Christine Goodwin vs. United Kingdom*, Sentencia n.º 28957/95, de 11 de julio de 2002. TEDH. *I. vs. United Kingdom*, Sentencia n.º 25680/94, de 11 de julio de 2002.

En Latinoamérica, Uruguay³¹ y Argentina fueron los primeros países en regular esta cuestión mediante leyes que fijan los diversos requisitos para que las personas que se encuentran en esta situación puedan acceder al cambio de inscripción cuando el registro no corresponda con su verdadera identidad de género.³²

En el caso de Uruguay, la adecuación registral procede a iniciativa de la persona interesada, y se tramita ante los Juzgados de Familia. La presentación debe estar acompañada de “un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad [constituido para] estos efectos en la Dirección General del Registro de Estado Civil [...] [asimismo] se tendrá en cuenta especialmente el testimonio de las personas que conocen la forma de vida cotidiana del solicitante y la de los profesionales que lo han atendido desde el punto de vista social, mental y físico.”³³

Por otro lado, Argentina aprobó la Ley n.º 26.743 “ley de identidad de género para personas trans”, que establece, en sentido similar a la ley uruguaya, que toda persona tiene derecho:

al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.³⁴

31 Ley n.º 18.620 “derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”, sancionada el 12/10/2009, y publicada D.O. n.º 27.858 del 17 de noviembre de 2009. Esta ley establece en su artículo 1 que: “[t]oda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.”

32 En el año 2014, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) modificó el Código Civil al permitir que cualquier ciudadano pueda obtener una partida de nacimiento que respete y reconozca su identidad de género. Por otro lado, el 18 de mayo de 2016 Costa Rica presentó ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva con el fin de que la Corte IDH “interprete las obligaciones sobre: a) ‘la protección que brindan los artículos 11.2. [derecho a la honra y a la dignidad], 18 [derecho al nombre] y 24 [igualdad ante la ley] en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una’; b) ‘la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley n.º 63 del 28 de septiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2., 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención’, y c) ‘la protección que brindan los artículos 11.2. y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo’.” La solicitud presentada por el Estado puede consultarse en el siguiente vínculo: http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf (fecha de último acceso 31 de julio de 2017).

33 Ley n.º 18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”, *op. cit.*, art. 4.

34 Ley n.º 26.743 “Ley de identidad de género para personas trans”, sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 23 de mayo de 2012, y publicada en el B.O. el 24 de junio de 2012. Al entrar en vigor esta ley, toda persona en Argentina “podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”. *Ibidem*, artículo 3. En relación con el tema, cabe mencionar los principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta), los cuales señalan que los Estados: “[...] adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos [...] que indican el género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí. Garantizarán que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida. [...] Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas; [...]”, principio 3. (énfasis agregado)

4. Elementos

El prenombre y el apellido son los elementos únicos y necesarios que componen el nombre oficial de la persona. Si bien pueden utilizarse otros medios de designación para complementar la individualización como pueden ser el sobrenombre, apodo o seudónimo, estos, sin embargo, carecen de la jerarquía jurídica y validez necesaria para formar parte del nombre.³⁵

El derecho moderno distingue entre el nombre individual, y el nombre patronímico.³⁶ El primero también conocido como prenombre, nombre de pila,³⁷ o de bautismo es una calificación especial del individuo que sirve para distinguir entre los diferentes miembros de una familia; es el “elemento característicamente individual de la designación”.³⁸ Es el nombre con el que se individualiza a una persona luego de su nacimiento y que se adquiere con su inscripción en el registro correspondiente. El prenombre puede ser uno o múltiple.

Por su parte, el nombre de familia o apellido, es un calificativo común a todos los miembros pertenecientes a una misma familia, que indica no tanto al individuo sino al grupo al que pertenece y puede adquirirse de forma originaria o derivada.³⁹ Cada individuo lleva el que le corresponde en razón de su integración en el grupo que se distingue por ese apelativo.⁴⁰ Designa al grupo y a cada uno de sus integrantes, “aunque por sí solo individualiza únicamente al primero, y tiene así el carácter de un nombre colectivo”.⁴¹

35 Pliner, A., *op. cit.*, p. 47.

36 Savatier, R., *op. cit.*, pp. 51-52. “En rigor, el patronímico no es otra cosa que la designación particular complementaria del prenombre, o nombre único. Formada con el prenombre o nombre único del padre [...]. Fue así como se formaron gran parte de los apellidos españoles e italianos, como también ingleses, alemanes, daneses, rusos, servios, etcétera. Con el correr del tiempo se identificó la noción de patronímico y de apellido, y los franceses hablan indistintamente del *nom de famille* y del *nom patronymique*, y lo mismo ocurre en nuestra literatura jurídica. En la tradición argentina, como en todo occidente, la confusión no es fruto de un error conceptual, sino de una real confusión de objetos, puesto que el patronímico se convirtió y se fundió con el apellido, apareciéndose como una sola cosa [...]. Pero en algunos países coexisten ambos institutos, y se hallan debidamente legislados [...]”. Pliner, A., *op. cit.*, pp. 46-47.

37 “En cuanto a la locución ‘nombre de pila’ no es una expresión propiamente jurídica, sino un giro o una figura de lenguaje, poética, pero impropia de la técnica de la ley”. *Ibidem*, p. 43.

38 “Corresponde al antiguo nombre único de las personas y es la base de la individualización del sujeto, a quien le es *im-puesto*, en circunstancias ordinarias, inmediatamente después de nacer, de ahí que los ingleses lo llamen *given name*, es decir el *nombre dado*, idea que expresa también las calificaciones de ‘nombre de pila’ o ‘de bautismo’, y se opone al *family name* (nombre de familia) que no le es *dado*, sino que *le corresponde por derecho*. Es también el elemento *propio*, libre de toda vinculación preestablecida, pues la palabra que constituirá este signo será elegida libremente por quien tiene la facultad de imponerlo al recién nacido.” *Ibidem*, p. 42. (énfasis agregado)

39 “Es originaria cuando se vincula a la filiación del individuo. Es derivada cuando tiene lugar por el cambio de estado del mismo”. Llambias, J. J. *Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I, Nociones Fundamentales. Personas*. 20ª ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 273.

40 “[...] el empleo del ‘doble apellido’, de antigua raigambre ibérica, que consiste en que cada persona lleva a la vez el apellido de su padre y el de su madre, unidos o no por la conjunción ‘y’. Es una tradicional costumbre que empezó en España y Portugal en las familias nobiliarias durante el período visigótico, que concluyó por generalizarse a todo el pueblo e imponerse por la ley. La introdujeron los conquistadores en la América Latina y aquí echó raíces, y fue luego plasmada en leyes, con formas que a veces la deslucieron y desnaturalizaron. Suele confundirse el doble apellido que cada sujeto puede o debe usar indicando su doble filiación –paterna o materna– con el llamado ‘apellido compuesto’ que, si bien aparece complejo por contener varios vocablos, es el apellido único que se comunica de generación en generación, tales como Fernández del Casal, Álvarez de Toledo, Muñoz de Toro, y no son escindibles”. Pliner, A., *op. cit.*, p. 45.

41 “[...] [C]ada uno de sus miembros se diferencia de los demás por su prenombre, de modo que unidos los dos elementos constituyen el complejo onomástico que suministra la información determinativa de un grupo y de un individuo dentro de él. Al portarlo completo, su titular lleva el sello distintivo que aísla y perfila su personalidad dentro de la comunidad social en que vive. Se ha dicho que el apellido –nombre de familia o patronímico, que corresponde al gentilicio romano– es el elemento principal o esencial de la designación legal de las personas. Creemos que para afirmarlo se mira más a la significación social o a los alcances comprensivos del apellido que a su función de generación en generación, tales como Fernández del Casal, Álvarez de Toledo, Muñoz de Toro, y no son escindibles”. Pliner, A., *op. cit.*, p. 45.

El sobrenombre, apodo o alias son nombres que suelen darse a una persona, tomado de alguna circunstancia en particular. Es una forma de designación espontánea producida en el ambiente familiar, social, o del medio en que se desenvuelve la persona; muchas veces trasciende al nombre propio.⁴² Es importante señalar que no forma parte de la designación legal de la persona y, por lo tanto, carecen de valor jurídico.

El seudónimo es un nombre supuesto que la persona se da a sí misma para utilizarlo en sustitución de su nombre verdadero en alguna actividad específica.⁴³ Se adquiere por la voluntad expresa de la persona, sin que sea necesario exigirle ni notoriedad ni difusión para considerarlo digno de protección.⁴⁴ Puede consistir en un nombre y apellido, en un nombre, en una designación de fantasía o en una derivación del nombre verdadero. De todas formas ninguna persona o autoridad puede imponer a una persona una designación distinta de su nombre civil. No tiende a sustituir el nombre “en su oficio jurídico de individualizar a la persona” sino que es una marca profesional o artística “que lo encasilla en un ordenamiento extraño a la legislación del nombre”.⁴⁵ Solo las personas individuales o físicas pueden

la restante que también, necesariamente, contribuye a lograr la función individualizadora del nombre [...]. Solamente la unión de los dos datos, en paridad de jerarquía funcional, históricamente comprobada, constituyen el signo personal diferenciador que permite aislar y señalar a un individuo determinado dentro de la colectividad. Ninguna significación tiene la frecuente designación de las personas solo por su apellido, pues ello se produce en circunstancias excepcionales cuando el prenombre esta sobreentendido, cuando la notoriedad del individuo hace innecesario todo otro elemento complementador, o cuando esa forma de designación se hace en el seno de un grupo social donde no actúan otros sujetos de la familia.” Pliner, A., *Ibidem*, pp. 43-44.

- 42 “El sobrenombre, cuando se aplica para distinguir homónimos, llena una necesidad perentoria y merece las consideraciones del nombre, aunque lo corriente sea que se origine en vicios o costumbres familiares que se remontan a la infancia del sujeto y no satisfacen ninguna necesidad jurídica. Puede suceder también que el sobrenombre adquiera calidad complementaria del apellido y juegue como especie de *agnomen* romano, que es la característica del antiguo *sumnom* francés, y que, históricamente, es una de las más fértiles fuentes de apellidos [...] El apodo, o mote, es una manera irregular de nombrar a las personas, de ordinario con sentido peyorativo. Su poder individualizador, su fuerza evocativa de la personalidad que se propone señalar, es de una eficacia frecuentemente vigorosa, aunque sin significación legal, lo que no impide que sus efectos fácticos no sean indiferentes para el orden jurídico –lo mismo que los del sobrenombre– en tanto sirvan a fines similares que los del nombre [...] la palabra latina *alias*, que significa ‘de otro modo’, servía para indicar otra forma de ser llamado un individuo, y precedía al sobrenombre o apodo luego de la enunciación del nombre propio [...]”. Pliner, A., *Ibidem*, p. 47.

- 43 “[...] [E]l prefijo *seudo* (hasta no hace mucho, escrito en castellano *pseudos*, como en griego) significa falso. Por tanto, el seudónimo es, sencillamente, un nombre falso, distinto al verdadero, utilizado normalmente por los autores literarios en tiempos de censura o de falta de libertades. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, las distintas acepciones del término se encuentran todas ellas referidas, todavía a los autores literarios en sentido estricto. Sin embargo, desde hace poco tiempo, la utilización del seudónimo es una práctica que se ha ido extendiendo a otros grupos de personas más amplios (o colectivos, se dice hoy) que, por tener relevancia pública, desean una de dos: reservar su identidad personal para su vida privada; o acudir a una identificación personal más llamativa que la verdadera. Así, autores literarios aparte, recurren igualmente al seudónimo un sinnúmero de creadores en sentido amplio: cantantes, actrices y actores, decoradores, peluqueros [...] Siendo así, parece natural que si la individualidad de la persona acaba identificándose con el seudónimo, este merezca ser protegido jurídicamente en alguna medida, para evitar homonimias innecesarias y situaciones abusivas. Dicha protección consiste, según la mayoría, en equiparar el seudónimo al nombre; afirmación a mi juicio excesiva, aunque fuera por un solo dato (pero incontestable): cualquiera puede exigir de los demás que le llamen por su nombre pero no por su seudónimo. Por lo demás, no cabe duda de que el seudónimo no es, en modo alguno, un derecho de la personalidad; mucho menos un derecho fundamental. Es sencillamente una situación fáctica que merece ser protegida frente a situaciones abusivas de terceros que pretendan sacar provecho o beneficio del seudónimo consolidado por cualquier persona, en aplicación del principio general de exclusión del enriquecimiento injusto [...]”. Lasarte, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo Social y Relaciones Laborales*, 2ª ed., Dukinson, Madrid, 2005, pp. 24-25.

- 44 “Más evidente resulta la necesidad de la tutela del nombre o seudónimo de terceros: la elección del seudónimo puede conducir a supuestos de homonimias que autoricen al titular del nombre verdadero a impedir su uso. Independientemente de ello la culposa o intencional usurpación resultante de la adopción del seudónimo puede dar lugar al reclamo de los daños y perjuicios. Desde otro aspecto, el empleo del seudónimo no parece compatible con las particulares características de algunas profesiones como en el caso de la medicina y las actividades auxiliares. Tampoco es admisible que los funcionarios públicos designen a las personas de otra manera que con su nombre verdadero en documentos de identidad, actas de nacimientos, matrimonio o defunción ni en general su empleo en el campo de las relaciones con el Estado”. Tobías J. W., *op. cit.*, p. 441.

- 45 Pliner, A., *op. cit.*, p. 48. “Con frecuencia las personas suelen ocultar su verdadero nombre bajo un seudónimo, im-

tener seudónimos, no así las personas jurídicas o morales, aun cuando puedan cambiar su nombre o denominación comercial, ya que no pueden nunca identificarse con una denominación distinta de la que aparece en su instrumento constitutivo o estatuto social.

En definitiva, el origen del seudónimo se encuentra en la voluntad unilateral del individuo de adquirirlo.⁴⁶ Sin embargo, la elección no es completamente libre dado que no puede causar perjuicio a un tercero, por ejemplo, cuando una persona cuyo nombre o seudónimo esté acreditado pero que fuese igual o idéntico al que otro pretende usar, en este caso el reconocimiento de la acción posterior puede oponerse legítimamente.⁴⁷

5. Relación del derecho al nombre con otros derechos

5.1. Relación con el derecho a la identidad

El derecho al nombre del niño se encuentra tutelado, en general, conjuntamente con el derecho a la nacionalidad y con las relaciones y derechos familiares, como un elemento que determina la identidad de una persona,⁴⁸ y está asociado con los derechos a la intimidad y a la personalidad jurídica.⁴⁹

pulsadas por razones muy distintas. A veces, es un deseo de cortar vínculos con el pasado y mostrar su propósito de emprender una nueva vida [...] otras veces, el de ocultar la personalidad, como suele ocurrir con algunos personajes políticos o científicos que publican su primer libro de versos con timidez y con el deseo de evitar el ridículo si la obra no tiene buena acogida; pero lo más frecuente es que el seudónimo se utilice, no para ocultar al autor, sino para darle realce, para emplear un nombre elegante o eufónico y que resulte más atrayente [...] Lejos de un propósito de ocultamiento, hay más bien un deseo de facilitar la notoriedad.” Borda, G., *op. cit.*, p. 348.

- 46 “Deben distinguirse del seudónimo otros signos distintivos en que la designación no proviene de una designación voluntaria de la persona, que le es en principio, ajena. [...] El más significativo es el sobrenombre (o apodo o mote). Este es impuesto por otras personas del círculo familiar o de amistad. A veces refleja ciertas condiciones físicas o habilidades o el tipo de actividades, o el lugar de nacimiento y, aun, puede tener un contenido peyorativo. A diferencia del seudónimo, el apodo no se circunscribe necesariamente a un ámbito determinado de actividades. Su relevancia depende de la extensión social del fenómeno de modo de adquirir eficacia individualizadora dentro de la colectividad en que se desenvuelve la persona y, en algunos aspectos, de la circunstancia que el interesado se haya ‘apropiado’ del sobrenombre, lo cual permitiría la aplicación de las reglas del seudónimo. La trascendencia jurídica del sobrenombre, por lo tanto, guarda relación con su particularidad y el grado de extensión de su uso, pues de ello depende la posibilidad individualizadora [...]. Por el contrario –al menos como regla– no puede atribuirse validez al intento negocial en que se comparece con el sobrenombre: esa circunstancia hace suponer que el acto es carente de seriedad o es solo un proyecto o esbozo. Esta afirmación sin embargo no es absoluta: el análisis de las circunstancias bajo el prisma de la buena fe puede excepcionalmente persuadir al intérprete de la plena validez del acto de que se trate [...]. Diminutivos y apelativos familiares. Carecen de relevancia jurídica, en cambio, los diminutivos que se emplean afectivamente dentro del círculo familiar o de estrechas amistades [...] puede suceder que esos signos distintivos, originados en el ámbito familiar en la edad infantil, se extiendan en el tiempo y se proyecten a una amplia esfera de las relaciones sociales hasta un punto que permita considerar que se han transformado en sobrenombres; en ese caso se aplican las reglas propias de este último. [...] El nombre religioso [...] es el que adoptan las personas al ingresar a ciertas órdenes religiosas o por los Cardenales de la Iglesia al ser elegidos Papas. En sustancia, se corresponde con el esquema del seudónimo: es una denominación asignada a sí mismo para usar en el ámbito de la vida elegida. Empero, se ha destacado que detenta una particularidad no secundaria que deviene de la publicidad y ‘oficialidad’ que detenta. Su regulación por el Derecho Canónico –del que emana su necesidad– refleja simultáneamente la decisión de la persona de desligarse de las instituciones laicas. En el plano del derecho civil no importa un cambio de nombre y puede considerarse, como se dijo, una forma de seudónimo”. Tobías, J. W., *op. cit.*, pp. 441-443.

- 47 Borda, G., *op. cit.*, p. 350.

- 48 “En el curso de los debates sobre el proyecto del artículo 8 quedó establecido que el principio ahí contenido tiene implicancias en otras áreas, entre ellas, la adopción, el tráfico de niños y la procreación por medio de inseminación artificial y técnicas análogas.” O’Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 334. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a preservar su identidad, incluido el nombre. Esto adquiere importancia en ciertas situaciones, por ejemplo, en casos de adopción, en la medida en que el niño puede ver alterado algún aspecto de su personalidad como consecuencia del cambio de situación jurídico-familiar.

- 49 En este sentido, “[...] nadie pretende que la identificación de una persona se agote a través de un solo y único medio,

El derecho a la identidad está reconocido en forma expresa únicamente por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y como todos los derechos humanos, se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación y, por consiguiente, el Estado está obligado a garantizarlo mediante la ejecución de los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. En el caso de las *hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, el juez Cançado Trindade estableció en su voto disidente que si bien el derecho a la identidad no se encontraba expresamente previsto en la CADH, “su contenido material se desprend[ía], en las circunstancias del caso, sobre todo de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (derecho a la protección de la familia) de la C[ADH], en relación con el artículo 1(1) de esta.”⁵⁰

El derecho a la identidad es, pues, un derecho humano fundamental para el desarrollo de toda persona, y comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Del derecho a la identidad personal se destaca una característica propia de los derechos humanos, esta es, su interdependencia: el menoscabo de este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, especialmente de los derechos políticos. Esta interrelación se advierte en la jurisprudencia de la Corte IDH. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH sostuvo que:

[...] el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.⁵¹

En este sentido, en el caso de las *hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, el juez Ventura Robles en su voto disidente sostuvo que:

[...] toda persona tiene derecho a la identidad, el cual constituye un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que

como podría ser el nombre, sino que ella es el resultado de un conjunto de elementos dinámicos y estáticos que, globalmente considerados, nos conducen a la determinación de la identidad personal [...].” Fernández Sessarego, C. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 131.

50 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, voto disidente del juez Antonio A. Cançado Trindade, párr. 20. Asimismo, en ese caso la Corte IDH sostuvo que: “[e]n cuanto al artículo 18 de la C[ADH], en relación con el artículo 1.1. de la misma, la C[IDH] señaló que: a) tal como lo indicara la Comisión Internacional de Juristas, el derecho a la identidad, en particular tratándose de niños y de desaparición forzada, es un fenómeno jurídico complejo que adquirió relevancia con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia y por la doctrina tanto como un derecho autónomo, así como expresión de otros derechos o como un elemento constitutivo de estos. El derecho a la identidad está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y a mantener relaciones familiares. La supresión o modificación total o parcial del derecho del niño a preservar su identidad y los elementos que lo integran compromete la responsabilidad del Estado [...]”. Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 117. Este criterio fue posteriormente reiterado en el caso *Gelman vs. Uruguay*, en el cual la Corte IDH sostuvo que: “[a]sí, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la C[ADH], en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 122.

51 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 122. En la sentencia *Fornerón e hija vs. Argentina*, la Corte IDH sostuvo que: “[...] la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1., señala que ‘[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas’ [...]. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez [...]”. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 123.

permiten individualizar a cada persona como única. La identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca una multiplicidad de elementos y aspectos que exceden del concepto estrictamente biológico, y que corresponde a la ‘verdad personal’ y biográfica del ser humano. Estos elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados como el origen o la ‘verdad biológica’, el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de una persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad.⁵²

La Corte IDH en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sostuvo que:

[...] *la afectación del derecho a la identidad* en las circunstancias de [ese] caso [implicó] un fenómeno jurídico complejo que abarc[ó] una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares, que *se tradujeron* en actos de inferencia en la vida privada, así como afectaciones al derecho al nombre y a las relaciones familiares.⁵³

Por su parte, la CIDH ha establecido que:

[...] sobre la base del reconocimiento de los avances que se han alcanzado en el sistema hasta la actualidad, es preciso afirmar que el escenario actual de evolución del sistema regional en materia de niñez, permite enunciar que se está frente a una tercera etapa de desarrollo del sistema regional en esta materia, la cual tiene como principal desafío la consagración de una visión integral de la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que permita el establecimiento de estándares interamericanos sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que aún no han sido tratados en su especificidad por los órganos del sistema, como por ejemplo temas relacionados a la protección de la identidad, adopción, el derecho a no ser separado de sus padres, el deber del Estado para proteger los derechos de los niños cuando actores privados están presentes, entre otros [...].⁵⁴

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, la identidad comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra y, entre estos elementos distintivos, se encuentran el derecho a un nombre y la identificación a través de un documento de identidad mediante el cual se reconoce a la persona como integrante de una sociedad.

En el caso de las *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* la Corte IDH determinó, en relación con aquellas personas nacidas en territorio dominicano que no habían sido registradas ni contaban con documentación, que la conducta estatal de no conceder documentación a quienes eran niños en el momento de los hechos *no tuvo en consideración su interés superior*.⁵⁵ En este sentido, sostuvo que resultaba insuficiente el argumento estatal consistente en la mera

52 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, voto disidente del juez Manuel Ventura Robles. El mismo juez señaló que “[d]ebido a los hechos particulares de [l] caso, la consecuencia lógica y necesaria de esa violación e[ra] la de vulnerar el derecho a la identidad de Ernestina y Erlinda y de sus familiares, porque sin familia y sin nombre no hay identidad. Es claro que el derecho a la identidad como tal no está recogido expresamente por la C[ADH]. Sin embargo, es importante señalar que, en mi opinión, este derecho sí se encuentra protegido en dicho tratado a partir de una *interpretación evolutiva del contenido de otros derechos consagrados en el mismo*, y en este caso en particular, a través del análisis de los artículos 17, 18 y 19 de la C[ADH].” *Ibidem*, párr. 5. (énfasis agregado)

53 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 114. (énfasis agregado) En similar sentido, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011. “El derecho al nombre otorga a una persona la subjetividad individual y su proyección social. La sustracción del nombre, mediante la negación del mismo, conlleva una directa y constante afectación al derecho a la identidad, que recién cesaría en el momento en que una persona puede recobrar su nombre, y con ello parte de su identidad.” Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 175.

54 CIDH. *La Infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, op. cit., párr. 61.

55 *Idem*. Asimismo, la CIDH agregó que “[...] las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas, dada la dificultad que

aseveración de que en Haití rige el *jus sanguinis*, pues el Estado no había demostrado que las víctimas que nunca obtuvieron la nacionalidad dominicana estuvieran en condiciones efectivas de obtener la nacionalidad haitiana.⁵⁶

En conclusión, el derecho al nombre es uno de los componentes del derecho a la identidad y de permitir el ejercicio de otros derechos fundamentales, de ahí la íntima relación que tiene con varios de ellos.

5.2. Inscripción del nacimiento

Todo niño, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho a ser inscripto oficialmente y, asimismo, tiene derecho a adquirir una nacionalidad.⁵⁷

Sobre el tema, el Comité DHONU sostuvo que:

La obligación de inscribir a los niños después de su nacimiento tiende principalmente a reducir el peligro de que sean objeto de comercio, rapto u otros tratos incompatibles con el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. En los informes de los Estados Partes deberían indicarse en detalle las medidas adoptadas para garantizar la inscripción inmediata de los niños nacidos en su territorio [...].⁵⁸

En cuanto al registro de nacimiento, el Comité de los Derechos del Niño señaló que:

Los servicios globales para la primera infancia comienzan con el nacimiento. El Comité observa que el registro de todos los niños al nacer continúa siendo un reto de primera magnitud para muchos países y regiones. Ello puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos. Como primera medida para garantizar a todos los niños el derecho a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (art. 6), el Comité recomienda que los Estados Partes adopten todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos al nacer en el registro civil. Ello puede lograrse mediante un sistema de registro universal y bien gestionado que sea accesible a todos y gratuito. Un sistema efectivo debe ser flexible y responder a las circunstancias de las familias, por ejemplo estableciendo unidades de registro móviles cuando sea necesario. El Comité observa que los niños enfermos o discapacitados cuentan con menos probabilidades de ser registrados en algunas regiones y hace hincapié en que todos los niños deben ser inscritos al nacer, sin discriminación de ningún tipo (art. 2). El Comité [DHONU] también recuerda a los Estados Partes la importancia de facilitar la inscripción tardía de los nacimientos, y de velar por que todos los niños, incluso los

tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía ‘pedánea’ y ser expulsados [...]. Además, en muchos casos las autoridades públicas dominicanas dificultan la obtención de las actas de nacimiento de los niños de ascendencia haitiana, y los padres que son migrantes haitianos o dominicanos de ascendencia haitiana suelen enfrentarse a prácticas discriminatorias por parte de las autoridades. Estas prácticas les impiden registrar el nacimiento de sus hijos [...]”. *Ibidem*. párr. 165. En sentido similar, ver Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, sección 109.10.

56 En la sentencia también se determinó que las víctimas nunca obtuvieron la documentación que acreditara su nacionalidad. De acuerdo con la Corte IDH, el Estado no demostró que existieran argumentos jurídicos válidos que justificaran que la omisión estatal de brindar documentación a las víctimas no implicara una privación de su derecho a la nacionalidad, al reconocimiento de su personalidad jurídica y, por la falta de obtención de documentación de identificación personal, al nombre, por lo cual dicha omisión constituiría una vulneración arbitraria de los derechos. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 296 y 299. En similar sentido, ver Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, sección 156.c.

57 Al respecto, ver Beloff, M., *op. cit.*

58 Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (art. 24)”, 1989, párr. 7.

no inscritos, tengan el mismo acceso a la atención de la salud, la educación y otros servicios sociales.⁵⁹

Por su parte, el Comité DHONU indicó que: “[e]n los informes de los Estados Partes deberían indicarse en detalle las medidas adoptadas para garantizar la inscripción inmediata de los niños nacidos en su territorio.”⁶⁰

Sobre el tema de la inscripción tardía, la Corte IDH señaló en el caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*,⁶¹ que: “[l]os Estados, dentro del marco del artículo 18 de la C[ADH], tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”.⁶²

59 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005, párr. 25.

60 Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (art. 24)”, 1989, párr. 7. “La inscripción universal de los nacimientos es importante para promover el ejercicio efectivo del derecho del niño a una nacionalidad. El derecho de todo niño a ser inscrito al nacer está reconocido como derecho humano fundamental, que debe cumplirse independientemente de la cuestión de la adquisición de una nacionalidad. Al documentar la filiación y el lugar y la fecha de nacimiento de un niño, la inscripción del nacimiento también cumple la función importante de ayudar a los niños a reivindicar su derecho a la nacionalidad. En algunos casos, la falta de acceso a la inscripción del nacimiento supone un obstáculo directo para que el Estado reconozca a un niño como nacional suyo. Los grupos considerados más vulnerables en caso de no inscripción del nacimiento como consecuencia de la discriminación estructural, entre ellos los migrantes indocumentados, los grupos indígenas, minoritarios o nómadas, los refugiados, los desplazados internos y los apátridas, también corren un mayor riesgo de que se ponga en entredicho su nacionalidad cuando no se puede efectuar el registro del nacimiento. Los Estados deben prestar especial atención a ambos aspectos y suprimir cualquier obstáculo al acceso a los procedimientos de inscripción y al ejercicio efectivo del derecho a la nacionalidad de los niños en esas circunstancias. Los Estados deben velar por que la inscripción de los nacimientos sea gratuita y accesible para todos los niños y expedir certificados de nacimiento a todos los niños nacidos en su territorio, sin discriminación y con independencia de la nacionalidad de los padres o de su apatridia, su situación relativa a la residencia u otra condición jurídica.” Consejo de Derechos Humanos ONU. Informe del Secretario General, *Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro modo serían apátridas*. A/HRC/31/29, 16 de diciembre de 2015, párr. 15.

61 Las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, nacieron en la República Dominicana, hijas de madres dominicanas y de ascendencia haitiana por parte de sus padres. Ambas niñas forman parte de un grupo vulnerable en la República Dominicana, donde la mayoría de dominicanos de ascendencia haitiana viven en condiciones precarias y de extrema pobreza. El 5 de marzo de 1997, cuando las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico tenían 10 meses y 12 años de edad, sus familiares solicitaron su inscripción en el registro tardío de nacimiento. Este registro se caracteriza por ser utilizado, en su mayoría, por haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana para declarar a sus hijos nacidos en este país. Para hacer efectiva esta inscripción tardía de nacimiento deben reunirse diversos requisitos tanto para los niños menores de 13 años de edad cuanto para los niños mayores de esa edad. El organismo encargado de los registros de nacimiento señaló que no era posible registrar a las niñas, ya que los solicitantes no contaban con todos los requisitos necesarios para llevar a cabo el procedimiento. En definitiva, los peticionarios alegaron que el Estado les denegó el registro tardío de las niñas fundándose en el incumplimiento de requisitos que no eran exigibles a los niños menores de 13 años de edad y que fueron aplicados a las niñas. Esta situación las expuso a una situación de peligro inminente de ser expulsadas arbitrariamente de su país natal durante varios años debido a que no poseían documento alguno que acreditara su nacionalidad dominicana. Por otra parte, Violeta no pudo asistir al colegio por carecer de acta de nacimiento. En esta oportunidad, la CIDH demandó la presunta violación de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, de adecuar su derecho interno a los estándares de la CADH respecto a la protección, los siguientes derechos: reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), a la integridad personal (art. 5), protección a la familia (art. 17), al nombre (art. 18), los derechos del niño (art. 19), a la propiedad privada (art. 21), a la libertad a la circulación y residencia (art. 22) y, a la participación política (art. 23). Para un análisis exhaustivo de la sentencia, ver Burgorgue-Larsen L. y Úbeda de Torres, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l’homme*. Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño expresó su preocupación “por la discriminación de los niños de origen haitiano nacidos en el territorio [de la República Dominicana] o hijos de familias haitianas migrantes, en especial [por] su limitado acceso a vivienda, educación y servicios de salud, y observ[ó], en particular, la falta de medidas específicas para resolver este problema.” Comité de los Derechos del Niño ONU. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párr. 22.

62 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Repa-

Además, en la misma sentencia la Corte IDH sostuvo que,

[...] la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.⁶³

[...] los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado [...].⁶⁴

El alcance de la protección del derecho al nombre consagrado en el artículo 18 de la CADH va más allá de la obligación del Estado de garantizar las condiciones para que una persona sea registrada debidamente desde su nacimiento, sino que, además, este debe adoptar todas las medidas necesarias con el objetivo de preservar el nombre y apellido con el que una persona haya sido inscrita y, en el caso de que pudiera haber mediado algún tipo de alteración o modificación, este tiene el deber de reestablecer el nombre y apellido original, en caso de que correspondiere.⁶⁵

En el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, la Corte IDH determinó que el Estado era responsable por haber violado el artículo 18 de la CADH –en relación con el 1.1. del mismo instrumento internacional–, al sostener que:

[...] [se había] probado que las personas que se apropiaron de Gregoria Herminia Contreras a la edad de 4 años la registraron bajo datos falsos el 16 de mayo de 1988 alterando, entre otros aspectos, parte del nombre y el apellido que le habían dado sus padres biológicos, datos con los cuales ha vivido desde entonces. Su cambio de nombre y apellido, como medio para suprimir

raciones y Costas] 2005, párr. 183. En similar sentido, en el caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* la Corte IDH señaló que las personas haitianas y las nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana, comúnmente se encuentran indocumentadas, que una de las principales dificultades a las que se enfrentan los niños de ascendencia haitiana al momento de conseguir la nacionalidad dominicana es la de obtener un certificado de su nacimiento en territorio dominicano de una oficina del Registro Civil. Ello sumado a que la situación de pobreza y de discriminación, incluso por parte de las autoridades, agravaba su situación de vulnerabilidad: “[...] la misma se vincula también con la dificultad de quienes integran la población haitiana o de ascendencia haitiana para obtener documentos personales relativos a su identificación. La Corte [IDH] advierte asimismo la existencia en República Dominicana, al menos en la época de los hechos del presente caso, durante un periodo cercano a una década a partir de 1990, de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria.” Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 171. El TEDH ha sostenido que el nombre constituye un medio para identificar a las personas dentro de su familia y de la comunidad, y forma parte del respeto a la vida privada y familiar, entre otros derechos. TEDH. *Guillot vs. France*, Sentencia n.º 22500/93, de 24 de octubre de 1993.

63 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 179. El 26 de febrero de 1992 se suprimieron al menos 18.305 personas del registro esloveno de residentes permanentes y se trasladaron sus expedientes al registro de extranjeros. Los afectados no fueron informados de esta medida, ni tampoco de las consecuencias derivadas de la misma. Los ‘borrados’ eran principalmente personas originarias de repúblicas ex-yugoslavas que vivían en Eslovenia entre 1991 y 1992 (tras la independencia de ese país), y que no habían solicitado la nacionalidad eslovena o se les había negado. Los afectados no fueron informados de la medida. Esta circunstancia les ocasionó consecuencias graves, entre otras, fueron privados de sus documentos, y pasaron a ser *de facto* extranjeros o apátridas y a residir ilegalmente en Eslovenia, no pudieron trabajar ni viajar, y fueron privados de sus pertenencias. En el caso, el TEDH consideró que el Estado había violado el artículo 8 del CEDH, ya que la medida había ocasionado una interferencia en la vida privada y familiar de los afectados. TEDH. *Caso Kurić y otros vs. Slovenia*, Sentencia n.º 26828/06, de 26 de junio de 2012.

64 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 184. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 221.

65 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, voto disidente del juez Manuel Ventura Robles, párr. 121.

su identidad, aún se mantiene pues el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para realizar las modificaciones pertinentes en su registro y documento de identificación, incluyendo no sólo el nombre y el apellido, sino también la fecha, el lugar de nacimiento y los datos de sus padres biológicos [...].⁶⁶

Es indiscutible que la falta de documentación (no solo en el supuesto de niños, sino también de adultos) coloca a la persona en una situación de desventaja,⁶⁷ principalmente en la discriminación y marginalidad económico-social. Especialmente en el caso de niños, esta situación acrecienta el riesgo de vulneración de derechos básicos y los expone a situaciones de abuso y explotación.⁶⁸

La obligación de inscripción corresponde en principio a los padres del niño, sin embargo, en la medida en que los padres no cumplan con sus deberes, las autoridades tienen el deber de intervenir para proteger esos derechos y asegurar la inscripción.⁶⁹ Por otro lado, la inscripción permite a los Estados gobernar adecuadamente, por ejemplo, al facilitar los registros que permitan a su vez conocer las tasas de natalidad y mortalidad y, de ese modo, planificar las políticas públicas y sociales, entre otras.

5.3. Derecho al nombre y a la filiación

La filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, esta se obtiene a través del reconocimiento de la paternidad o maternidad,⁷⁰ del niño.

El reconocimiento puede hacerse antes del nacimiento del niño o niña, al momento de la inscripción o posterior a ella. A partir de este momento, se asignan al padre determinados deberes y obligaciones en su condición de tal.

En este sentido, y como expresión de la íntima relación con el derecho al nombre y a la protección familiar, el Comité DHONU en la Observación General n.º 17 señaló que: “[...] [e]l establecimiento del derecho al nombre reviste especial importancia con respecto a los hijos extramatrimoniales”.⁷¹ Así

66 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 111.

67 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 300.

68 La Comisión IDH expresó su preocupación por la situación de las ‘niñas invisibles’ o ‘niñas en circunstancias especialmente difíciles’ por ser un grupo específico que requiere atención especial para la protección de sus derechos humanos. Esta temática también ha sido evaluada a través de casos individuales. CIDH. *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, 2ª ed. OEA/Ser.L/V/II.133, 29 de octubre de 2008, párr. 69. Al respecto, ver CIDH. Informe n.º 38/96, *Caso X y Y vs. Argentina*, n.º 10.506, 15 de octubre de 1996. CIDH. Informe n.º 53/01, *Caso Ana, Beatriz y Celia González vs. México*, Caso 11.565, 4 de abril de 2001. CIDH. Informe n.º 32/02, *Caso Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile*, Caso 12.046, solución amistosa, 12 de marzo de 2002.

69 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, op. cit., p. 809. En este sentido, “la primera obligación del Estado es respetar a los padres en el cumplimiento de esas responsabilidades [...]. En lo posible, la intervención consistirá en dar a los padres la orientación y el apoyo necesario para superar los problemas que afectan la forma como cumplen estos deberes”. *Idem*.

70 La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 obliga a los Estados a reconocer a la mujer casada el mismo derecho que el hombre a elegir el apellido (art. 16, inc. g). Tanto el propio como el de los hijos. De ahí que, según parte de la doctrina, no permitir a la mujer que transmita su apellido a su prole, y aun imponer a los hijos el apellido paterno en primer lugar como ocurre en algunos países, constituiría una violación de la Convención que no puede justificarse por la existencia de una larga tradición histórica de atribución de apellidos según esta regla, ni se subsana por la posibilidad de que el hijo altere su orden una vez alcanzada la mayoría de edad. Solo una legislación, se ha dicho, que permitiera a los progenitores optar por cualquiera o por ambos apellidos, así como por su orden, y que a falta de opción estableciera un criterio legal no discriminatorio contra la mujer, como el alfabético, sería compatible con los preceptos de la Convención. Sobre el tema, ver la sentencia del TEDH *Ünal Tekeli vs. Turkey*, en este caso la demandante denunció que, luego de contraer matrimonio, la legislación nacional obligaba a las mujeres a adoptar el nombre de su marido. El TEDH determinó que se trataba de un caso de discriminación por razón de género, en razón de que la legislación no obligaba a un marido a modificar su apellido. TEDH. *Ünal Tekeli vs. Turkey*, Sentencia n.º 29865/96, de 16 de noviembre de 2004.

71 Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (art. 24)”, 1989, párr. 7.

la CADH señala en su artículo 17.5. que: “[...] [l]a ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.⁷²

En otro orden, los cambios en la legislación civil relacionados con la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio han generado nuevas reglas administrativas en relación con las inscripciones o modificaciones de los hijos de parejas del mismo sexo. La experiencia argentina es también pionera en América Latina en este tema. En primer lugar, con la sanción de la Ley n.º 26.618 de matrimonio civil,⁷³ y con el decreto presidencial (DNU 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley n.º 26.618).⁷⁴ Este decreto permite que niños que integran familias co-maternales nacidos antes de la nueva Ley de Matrimonio Igualitario gocen de los mismos derechos que los niños nacidos tras la promulgación de la norma en 2010, al recibir nuevas partidas de nacimiento donde figura el nombre de sus dos mamás.⁷⁵

6. Conclusión

El derecho al nombre es un derecho fundamental de toda persona y constituye la forma de identificación del individuo. Está compuesto por un nombre patronímico, nombre de familia o apellido y por un nombre individual, prenombre o nombre de pila.

Es un derecho autónomo no obstante su vinculación con otros derechos, sobre todo con el derecho a la identidad. El nombre se encuentra tutelado expresamente por varios instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, así como por derivación de otros derechos fundamentales, como el derecho al honor y a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, y a la reputación.

Al ser considerado un derecho fundamental, no es pasible de suspensión, aun en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

72 La Carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede, del 22 de octubre de 1983, en el artículo 4.e) señala: “[t]odos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, gozan del mismo derecho a la protección social para su desarrollo personal integral”.

73 Ley Argentina n.º 26.618 de Matrimonio Civil, sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio de 2010 y publicada en el B.O. del 22 de julio de 2010.

74 Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 1006/2012, Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley n.º 26.618, Buenos Aires, 2 de julio de 2012.

75 Este decreto 1006/2012 encuentra fundamento en la función del Estado de asegurar al niño la protección necesaria para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes que deben asumir sus padres como responsables de él ante la ley y en la urgencia por evitar las excesivas demoras que padecen los niños para acceder a su completa inscripción, con todos los perjuicios que tal circunstancia les acarrea y la restricción al ejercicio de sus derechos constitucionalmente protegidos.

Artículo 19. Derechos del niño*

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100. En adelante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C n.º 106. En adelante: Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n.º 117. En adelante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C n.º 152. En adelante: Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

* Virginia Deymonnaz fue una eficaz colaboradora en la actualización bibliográfica y jurisprudencial de este comentario.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C n.º 237. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242. En adelante: Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 248. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. En adelante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C n.º 260. En adelante: Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277. En adelante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C n.º 281. En adelante: Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 285. En adelante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C n.º 306. En adelante: Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC, 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Resoluciones

Corte IDH. Resolución sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” (Fundação CASA), 17 de noviembre de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, Capítulo V: Violencia contra los menores. OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev., 1, 29 de septiembre de 1997.

CIDH. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Capítulo XIII: Derechos del Niño. OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1, 29 de febrero de 1999.

CIDH. Informe n.º 41/99, *Caso Menores detenidos vs. Honduras*, caso n.º 11.491, del 10 de marzo de 1999.

CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

CIDH. *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, octubre de 2013.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

Argentina

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 330:3853, del voto de los jueces Petracchi, Maqueda y Argibay.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 324:975, del voto de los jueces Boggiano y Vázquez.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 325:1549.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:2870, del voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:4343.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 331:2720.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 331:941.

Organización de las Naciones Unidas

Asamblea General

ONU. Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2018 (XX), 1 de noviembre de 1965.

ONU. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

ONU. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, 3 de diciembre de 1986.

ONU. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Comité DESCONU. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. E/2005/INF/2/Add.1., 2005.

Comité de Derechos Humanos

Comité DHONU. Observación General n.º 6 “Artículo 6 - Derecho a la vida”, 16º periodo de sesiones, 1982.

Comité de los Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párr. 6 del artículo 44)”, 2003.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, 2007.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013.

Sociedad de Naciones (organización antecesora a la Organización de Naciones Unidas)

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924.

Referencias académicas

ALSTON, P. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, Oxford, 1994.

ATIBA DAVIES, G. “Niños soldados en conflictos armados: el papel de la Corte Penal Internacional, en *Derechos del Niño*”, en COLLINS, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, julio de 2010.

BELOFF, M. “Derecho a una vida digna de ser vivida”, en *Revista Comunicarnos*, año 9, n.º 103, Comisión de Niñez y Adolescencia en Riesgo del Arzobispado de Buenos Aires, Buenos Aires, diciembre de 2009.

BELOFF, M. “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”, en *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Jufejus, Asociación por los Derechos Civiles, UNICEF, 2010, pp. 21-30.

BELOFF, M. y CLERICO, M. L. “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, 2016.

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

CILLERO BRUÑOL, M. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, Unicef, Santiago, agosto de 2007.

DETRICK, S. (Ed.) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a Guide to the “Travaux Préparatoires”*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992.

DETRICK, S. (Ed.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1999.

FREEDMAN, D. “Funciones normativas del interés superior del niño”, *Revista ¿Más Derecho?*, año 4, Buenos Aires, 2004.

GARZÓN VALDÉS, E. “Desde la modesta propuesta de ‘Swift’ hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”. *Revista Doxa*, n.º 15-16, vol. II, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1994.

GOLDSTEIN, J. *et al.* *Beyond the best interests of the child*. Free Press, New York, 1973.

GOLDSTEIN, J. *Before the best interest of the child*. Free Press, New York, 1979.

GOLDSTEIN, J. *In the best interest of the child*. Free Press, New York, 1986.

O’ DONNELL, D. “La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido”. *Revista Infancia*, n.º 230. t. 63, Boletín del Instituto Interamericano de Derecho del Niño, julio de 1990.

O’ DONNELL, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Dykinson, Madrid, 2007.

WINTER, R. “Niños soldados”, en COLLINS, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, julio de 2010.

Contenido

1. Introducción	542
2. Derechos del niño y deberes del Estado en el SIDH	546
3. El concepto del niño en el derecho internacional de los derechos humanos (art. 19 de la CADH en función del art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)	548
4. Relación del artículo 19 de la CADH con otros derechos	550
4.1. Relación con el derecho a la vida y a la integridad personal	551
4.2. Relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial	552

1. Introducción

El artículo 19 de la CADH reconoce el principio de protección especial a la niñez vigente en el derecho internacional público prácticamente desde sus orígenes.¹ La Declaración de los Derechos del Niño,² adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional específico de relevancia que incluyó explícitamente el derecho de los niños a su protección especial. Posteriormente, en el año 1959, la ONU también adoptó una declaración sobre el tema.³ La DUDH, en el artículo 25.2. establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales [...]”. El PIDESC (arts. 10 y 12.2.a.) y el PIDCP (arts. 6.5., 10, 14.4. y 24), también contemplan medidas de protección especial a niños, niñas y adolescentes.

Como antecedente del artículo 19 de la CADH, en el ámbito regional, puede considerarse el artículo VII de la DADDH, de 1948 que establece:

Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

- 1 Esto se ejemplifica en el hecho de que de los seis convenios aprobados durante la Primera Conferencia Internacional del Trabajo en 1919, dos de ellos se referían a las edades mínimas para distintos tipos de empleos. Asimismo en relación con la regulación del empleo de los niños, ver los siguientes convenios: Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales y Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores –industria– (aprobados por la Organización Internacional del Trabajo en la 1ª reunión CIT, Washington, el 28 de noviembre de 1919, entraron en vigor el 13 de junio de 1921). También, el Convenio sobre la edad mínima –trabajo marítimo– (aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 2ª reunión CIT, Ginebra, el 9 de julio de 1920, y entró en vigencia el 27 de septiembre de 1921); el Convenio relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques (aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 3ª reunión CIT, Ginebra, el 11 de noviembre de 1921, y entró en vigor el 20 de noviembre de 1922); el Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo –revisado en 1936– (aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 22ª reunión CIT, Ginebra, el 24 de octubre de 1936, y entró en vigor el 11 de abril de 1939); el Convenio sobre edad mínima de admisión al empleo (aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 58ª reunión CIT, Ginebra, el 26 de junio de 1973, y entró en vigor el 19 de junio de 1976); y el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (aprobado por la Organización Internacional del Trabajo en la 87ª reunión CIT, Ginebra, el 17 de junio de 1999, y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000). Para un análisis exhaustivo del derecho de los niños a su protección especial, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- 2 Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924.
- 3 Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

Asimismo, el artículo XVI del Protocolo de San Salvador, dispone:

Derecho de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

En el análisis aquí propuesto es fundamental tener presente que la Corte IDH en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* –primera oportunidad en la que se interpreta el artículo 19 de la CADH– concluyó que tanto la CADH como la Convención sobre Derechos del Niño, *forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de derechos humanos de los niños*.⁴

Por su parte, en relación con los derechos de los niños y la correlativa obligación de los Estados, ya la CIDH había establecido que:

[...] Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la C[ADH], la C[IDH] considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia.⁵

4 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 194. En similar sentido, ver Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 107. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 137. La Corte IDH ha señalado que: “[e]l corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 115. Antes de la sentencia en el caso de los “Niños de la Calle” nadie había litigado en el sistema un caso por violación al artículo 19 de la CADH, más allá de que esta disposición fuera invocada en algunas resoluciones e informes previos de la CIDH. Al respecto, pueden consultarse: CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, Capítulo V: Violencia contra los menores. OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev., 1, 29 de septiembre de 1997. CIDH. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Capítulo XIII: Derechos del Niño. OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1, 29 de febrero de 1999. Por otro lado, específicamente en relación con los hechos del caso, si bien el cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala no contiene una referencia específica al artículo 19 de la CADH, sí menciona el caso seguido por la muerte del joven Anstrau Villagrán Morales (OEA/Serv.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 de junio de 1993, Capítulo X: Los derechos humanos de los niños guatemaltecos). Por otro lado, la CIDH en el Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, invoca el artículo VII de la DADDH que reconoce el derecho a medidas especiales de protección para los niños en OEA/Serv.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

5 CIDH. Informe n.º 41/99. *Caso Menores detenidos vs. Honduras*, caso n.º 11.491, 10 de marzo de 1999, párr. 72. En el mismo sentido, ha sostenido más recientemente: “[l]a Corte ha subrayado que el corpus juris en materia de los derechos de la niñez es el resultado de los importantes desarrollos que ha experimentado el derecho internacional de los derechos humanos en este campo y que tuvo como hito destacado la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas [...]. Adicionalmente, el marco del *corpus iuris* incluye también, a los efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en cumplimiento de su mandato, así como las decisiones de otros órganos de derechos humanos y mecanismos especiales del Sistema Universal. Lo anterior evidencia no solo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños, y que ha sido puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte I[DH].” CIDH. *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, octubre de 2013, párrs. 33 y 38.

De esta forma, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 (cuyo contenido califica e influye sobre todos los derechos de la CADH en tanto incrementa las obligaciones estatales al respecto por tratarse de niños), sino que incluyen los fines de su interpretación, las disposiciones comprendidas en las mencionadas declaraciones sobre los derechos del niño de 1924 y 1959, la propia Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos: 1, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,⁶ 2. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados,⁷ y 3. el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.⁸

De igual manera, deben considerarse incluidos en el ‘amplio’ *corpus juris* de protección jurídica de la infancia,⁹ en lo que se refiere específicamente a la justicia juvenil, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing),¹⁰ las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad,¹¹ y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como Directrices de Riad),¹² en lo relacionado con el género, la CEDAW,¹³ y la Convención de Belém do Pará.¹⁴ En lo que se refiere específicamente al derecho del niño a la familia, se deben contemplar la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda,¹⁵ la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores,¹⁶ la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias,¹⁷ el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional,¹⁸ la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores,¹⁹

6 Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 54/263 el 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigor el 18 de enero de 2002.

7 Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 54/263 el 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

8 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 66/168 el 27 de enero de 2012. Este Protocolo entró en vigor el 14 de abril de 2014.

9 Este *corpus juris* debe servir para definir el alcance y contenido de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de los niños y niñas. Cfr., entre otros, Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 194. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 121. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 44. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 165-168. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párrs. 107 y 112. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párrs. 166 a 168.

10 ONU. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

11 ONU. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990.

12 *Idem*.

13 CEDAW, artículos 5, 9, 11, 12 y 16.

14 Convención de Belém do Pará, artículo 9.

15 ONU. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, 3 de diciembre de 1986.

16 Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984. Esta Convención entró en vigor el 26 de mayo de 1988.

17 Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989. Esta Convención entró en vigor el 3 de junio de 1996.

18 Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptado por la Asamblea General el 29 de mayo de 1993.

19 Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores aprobada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989. Esta

y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores,²⁰ además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

Complementariamente, este *corpus juris* no solo está integrado por las referidas normas convencionales y de *soft law* enunciadas, sino también por las interpretaciones que de ellas realizaron los diferentes órganos encargados del monitoreo de esas normas (Corte IDH, CIDH, Comité de los Derechos del Niño).²¹

Con posterioridad a la paradigmática sentencia de los “*Niños de la Calle*”, en la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño*,²² la Corte IDH sostuvo que: “[...] esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”.²³

El artículo en estudio define una esfera de protección de los derechos humanos de los niños que reconoce la existencia de obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados, basada en el reconocimiento normativo de la vulnerabilidad esencial de los niños, dato fenomenológico reconocido por todas las culturas humanas a lo largo de la historia.²⁴

Convención entró en vigor el 4 de noviembre de 1994.

- 20 Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en México el 18 de marzo de 1994. Esta Convención entró en vigor el 15 de agosto de 1997.
- 21 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 121. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 165-168. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párrs. 107 y 112. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párrs. 166-168.
- 22 Para un análisis de la opinión consultiva, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, op. cit.
- 23 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 54. En esta misma opinión consultiva, la Corte IDH precisó que: “[...] vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos [...]”. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 164. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 147. En esta misma línea jurisprudencial, ver Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006. Asimismo, el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado en la citada opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño* señaló que: “[...] si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías [...]”. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a estos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párrs. 93 y 98.
- 24 “Los niños y niñas son titulares de los derechos establecidos en la C[ADH], además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto [...]”. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 45. En sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 121. Corte IDH. *Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 196.

Esta vulnerabilidad esencial (a la que llamaré también absoluta o radical),²⁵ justifica la existencia de deberes estatales especiales hacia los niños orientados a compensarla con medidas especiales de ayuda, cuando los llamados a asegurarlas en primer lugar no pueden hacerlo.²⁶

La Corte IDH ha señalado, de manera sistemática, que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niñas, niños y adolescentes conforme lo prevé la CADH y otros instrumentos internacionales.²⁷ Asimismo, ha enfatizado también que:

[...] la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.²⁸

En definitiva, en este comentario se procurará indagar si, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el artículo 19 de la CADH tiene un contenido en sí como derecho autónomo de los niños o bien si se trata de un derecho que modula todos los otros derechos de todas las personas al agregar un plus de protección por tratarse de niños, derecho que se corresponde con los mayores deberes de prestación y garantía que los Estados tienen respecto de la infancia.²⁹

2. Derechos del niño y deberes del Estado en el SIDH

Si bien la CADH hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para su interpretación y aplicación,³⁰ las obligaciones contenidas en los artículos 1.1. y 2 constituyen la base

25 De acuerdo con Garzón Valdés: “[...] en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad. Quienes se encuentran en una situación tal no están en condiciones de negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones [...]. Existen vulnerabilidades absolutas y relativas: en las relativas, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad puede, si se eliminan condiciones marco de explotación o discriminación, adquirir y conservar los bienes que le importan. La o las personas vulnerables reclaman en estos casos la eliminación de la opresión. Su incapacidad es relativa. En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas. Pero, a diferencia de otras incapacidades básicas, la de los niños es naturalmente superable con el mero transcurso del tiempo: cuando se deja de ser niño se puede pasar a la condición de capaz básico o de incapaz relativo. Hasta qué punto ello puede lograrse depende, en no poca medida, de la forma como hayan sido atendidas sus necesidades durante un determinado periodo de sus vidas.” Garzón Valdés, E. “Desde la modesta propuesta de ‘Swift’ hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño” en *Revista Doxa*, n.º 15-16, vol. II, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1994, pp. 737-738.

26 De esta forma, ha sido formulado el derecho (como “medidas especiales de protección”) en la evolución del derecho internacional y, posteriormente, en los derechos nacionales (entre otros, Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley n.º 8.069, Título II “De las medidas de protección”; Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, artículo 56 “Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad. Los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado [...]”, y artículo 57 “Derecho a protección especial en casos de desastres y conflictos armados. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a protección especial en casos de desastres naturales y de conflictos armados internos o internacionales [...]”; y Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley n.º 287, Preámbulo, “[...] Que las niñas, niños y adolescentes deben gozar de una especial protección de la legislación nacional, conforme lo establecen la Constitución Política y los Convenios Internacionales [...]” y Capítulo III “De las Medidas Especiales de Protección” (arts. 80/89).

27 *Cfr.*, entre otros, Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 134. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 162. Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 133.

28 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, 2002, párr. 62. En similar sentido, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 121. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 45. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 133.

29 Para un análisis exhaustivo, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, *op. cit.*

30 CADH, Preámbulo y artículo 29.

para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado por violaciones a esta, al resultar este en definitiva el origen mismo de la responsabilidad internacional del Estado.

De estas obligaciones generales se derivan, a su vez, deberes especiales que se determinan en función de las particulares necesidades de protección del sujeto, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre, tales como género, extrema pobreza, extranjería, marginación, privación de libertad, o la edad en este caso, entre otras variables.³¹ En ese sentido, en el caso de los “Niños de la Calle” vs. *Guatemala*, la Corte IDH estableció que:

[...] numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional [...] hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.³²

Este precedente permitió, por primera vez, que la Corte IDH se expidiera sobre la violación al artículo 19 de la CADH.³³ Si bien la Corte IDH intentó definir el contenido de las “medidas de protección”, solo estableció que:

[...] Entre ellas [las medidas de protección] merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.³⁴

31 En relación con la condición de género pueden consultarse, entre otros, los casos Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009; Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014. Respecto de la falta de cuidado o por encontrarse el menor bajo la custodia del Estado, ver, entre otros, Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004; Corte IDH. Resolución sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” (Fundação CASA), 17 de noviembre de 2005. En relación con el origen étnico, pueden consultarse los casos Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005; y Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

32 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 146.

33 En numerosos precedentes, la Corte IDH ha reconocido la responsabilidad del Estado por la vulneración del artículo 19: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003; Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004; Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004; Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. F. 2004. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005; Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006; Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010; Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011; Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011; Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011; Corte IDH. *Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012; Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012; Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012; Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012; Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012; Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012; Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012; Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012; Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013; Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013; Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013; Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014; Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014; Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014; Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014; Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015; y Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

34 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 196.

Respecto del deber general del artículo 2 de la CADH en un caso relacionado con niños privados de libertad bajo la custodia del Estado (caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay), la Corte IDH señaló que este deber implica la adopción de medidas en dos órdenes diferentes. Por un lado, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH y, por el otro, la aprobación de leyes y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.³⁵

Por otro lado, de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH, la responsabilidad del Estado respecto de los derechos del niño no se limita a sus agentes sino que se extiende a actos de terceros particulares también, en principio no atribuibles al Estado. Si bien como regla general son los Estados partes en la CADH los que deben hacer respetar las normas de protección y asegurar la efectividad de los derechos consagrados respecto de toda persona, esas obligaciones del Estado se extienden más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, al tornarse una obligación positiva del Estado la de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos también en las relaciones inter-individuales y privadas, ámbitos en donde los derechos de los niños tienen una centralidad evidente.

Concretamente, en el caso “*Niños de la Calle*” vs. Guatemala, la Corte IDH consideró que todo menoscabo a los derechos humanos es imputable al Estado si puede ser atribuido, según las reglas de derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de modo de comprometer la responsabilidad del Estado en los términos previstos por la CADH. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos (por comportamiento activo u omisivo), se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1 de la CADH.³⁶

En el mismo caso, afirmó que para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la CADH no se requiere determinar *prima facie* –como ocurre en el derecho penal interno– la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, ni tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes estatales a los cuales se atribuyen los hechos violatorios de los derechos alegados.³⁷

3. El concepto del niño en el derecho internacional de los derechos humanos (art. 19 de la CADH en función del art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

La CADH no define el término “niño”; para resolver esa laguna jurídica el sistema regional aplica la definición contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño –que es el instrumento convencional específico del derecho internacional de los derechos humanos en la materia–, este instrumento define como niño a: “[...] todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.³⁸

35 Corte IDH. Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay. EPFRC. 2004, párr. 206.

36 En este sentido: “[...] Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención.” Corte IDH. Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala. F. 1999, párr. 75. Por otra parte, la Corte IDH estableció como requisito para la determinación de la responsabilidad del Estado que, al momento de los hechos, las autoridades estuvieran en conocimiento, supieran o tuvieran el deber de conocer la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de una persona o grupo de personas y no tomaran las medidas necesarias –dentro del ámbito de sus atribuciones– que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 123 y 124.

37 Corte IDH. Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala. F. 1999, párr. 75.

38 Convención sobre Derechos del Niño, artículo 1. Es posible advertir que la Convención sobre los Derechos del Niño no define cuándo se comienza a ser niño, lo cual también tiene relevancia con respecto a la protección del derecho a la vida. Esta omisión fue intencional, ya que en el Grupo de Trabajo de expertos no hubo consenso entre las dos alternativas planteadas, por un lado la que proponía la concepción como inicio de la niñez y, por otro lado, la que consideraba

La Corte IDH aplicó esta regla en el caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala,³⁹ y en la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos humanos del niño*.⁴⁰

El problema que plantea esta definición es que extiende la noción de niño hasta una edad donde resulta casi contra-intuitiva: la etapa de la adolescencia. Si bien las categorías niño o adolescente son construidas socialmente, la regla jurídica también plantea problemas que se advierten, principalmente, en tres áreas sensibles de los derechos humanos de los niños: el tema de la responsabilidad penal, el de sus derechos sexuales y reproductivos, y el del trabajo. En lo que se refiere al primero y al último tema, estos han sido objeto de regulación por el derecho interno de los Estados latinoamericanos los que, en todos los casos, han legislado sobre esos temas mediante la creación de categorías etáreas con derechos y deberes claramente establecidos: la de los niños y la de los adolescentes.⁴¹

el nacimiento como respuesta a este interrogante. De esta forma, “[...] [l]a definición contenida en la versión inicial propuesta por Polonia en 1978 del entonces proyecto de Convención, definía al niño como toda persona, humana, desde su nacimiento hasta los 18 años de edad. Como vimos, algunos países propusieron una redacción sustitutiva al artículo primero definiendo al niño como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa –o sea, la que proponía la concepción como elemento de la definición y la que empleaba el nacimiento para este efecto llevó al Grupo de Trabajo a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenida en el texto original. En consecuencia, la Convención no se pronuncia sobre el particular, y los trabajos preparatorios dejan constancia que el texto final del artículo primero tiene el propósito expreso de evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional, en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento”. Cfr. O’Donnell, D. “La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido”. *Revista Infancia*, Boletín del Instituto Interamericano de Derecho del Niño, julio de 1990, p. 4.

39 “El artículo 19 de la C[ADH] no define qué se entiende como ‘niño’. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (art. 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas [...], tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte [IDH] emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial ‘niños de la calle’, para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo”. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 188.

40 El término niño “abarca, evidentemente, los niños, niñas y adolescentes”. Por lo demás, agrega respecto a la definición de niño que: “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, 2002, nota al pie 45 y párr. 42, respectivamente.

41 A modo de ejemplo, entre las leyes latinoamericanas, la República Argentina a través de la ley n.º 23.849 (ley aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990, y publicada en el B.O. del 22 de octubre de 1990), declara que se entenderá por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad (art. 1), si bien en cuanto a la regulación de la responsabilidad penal especial la Ley n.º 22.278 “Régimen Penal de la Minoridad” (sancionada el 25 de agosto de 1980 y publicada en el B.O. del 28 de agosto de 1980) fija como edad mínima de responsabilidad penal juvenil los dieciséis años de edad (art. 1); la Ley n.º 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil de Chile (promulgada el 28 de noviembre de 2005, publicada el 7 de diciembre de 2005, y entrada en vigencia el 8 de junio de 2007) establece que, a efecto de la citada ley, se considera adolescente a toda persona que al momento de la ejecución del delito sean mayores de catorce años y menores de dieciocho; el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (Ley n.º 100 (aprobado el 23 de diciembre de 2002, y publicado en el Registro Oficial n.º 737 del 3 de enero de 2003), define a todo niño/a como aquella persona que no ha cumplido los doce años de edad y, por otro lado, al adolescente como aquella persona entre los doce y dieciocho años (art. 4); la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, (Decreto n.º 27-03, aprobado el 4 de junio de 2003, emitido el 15 de julio de 2003, y publicado el 18 de julio de 2003) considera niño a toda persona desde su concepción hasta los trece años, y adolescente a toda persona desde los trece hasta los dieciocho años de edad (art. 2); el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (Ley n.º 287, aprobada el 24 de marzo de 1998, y publicada en La Gaceta n.º 97 del 27 de mayo de 1998), considera niño a aquella persona que no hubiese cumplido los trece años y adolescente a aquel que se encuentre entre los trece y dieciocho años de edad no cumplidos (art. 2); la Ley n.º 1.702 de Paraguay (aprobada el 24 de mayo de 2001) dispone que se entenderá por niño a toda persona desde la concepción hasta los trece años, adolescente desde los catorce hasta los diecisiete y menor adulto desde los dieciocho hasta alcanzar la mayoría de edad (art. 1); y el Código de la Niñez y Adolescencia del Uruguay, Ley n.º 17.823 (promulgado el 14 de septiembre de 2004) entiende por niño a toda persona hasta los trece años y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad (art. 1), entre otras leyes.

Existen en el derecho internacional algunas reglas que fijan edades de forma categórica respecto de algunos temas. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño –mediante reglamentación en su Protocolo Facultativo– prohíbe el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados de los menores de 18 años.⁴²

Por otro lado, está prohibida por varios instrumentos internacionales la aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años, el casamiento antes de los 15 años de acuerdo con la Recomendación sobre la edad mínima para el matrimonio,⁴³ realizar trabajo de tiempo completo antes de los 15 años y llevar a cabo trabajos peligrosos antes de los 18 años, de acuerdo con el Convenio 138 de la OIT.⁴⁴

Subsiste el problema de saber cuándo un adolescente se convierte en adulto y, de ese modo, pierde el derecho a ser titular de medidas especiales de protección, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño establece una excepción a la regla de los 18 años que es el supuesto en que el menor haya adquirido antes la mayoría de edad. La Corte IDH no se ha pronunciado aún sobre el tema en general, y solo ha sostenido una posición estricta respecto del límite de los 18 años como el punto fronterizo para un tratamiento penal diferenciado (respecto de niños condenados que deben cumplir parte de su sanción privativa de libertad ya como adultos); este análisis se dio en un caso en el que la propia legislación interna del país habilitaba la extensión de la protección especial hasta los veintiún años.⁴⁵

4. Relación del artículo 19 de la CADH con otros derechos

En este apartado se establecerá brevemente la manera en la que el artículo 19 de la CADH se relaciona con otros derechos fundamentales protegidos tanto por la misma Convención como por otros instrumentos internacionales de derechos humanos; esta relación se desprende a partir de las sentencias de la Corte IDH.⁴⁶ En rigor, si bien en diferentes medidas todos los derechos establecidos en el instrumento internacional se relacionan con el derecho de los niños a su protección especial (art. 19), existen

42 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, artículo 1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”. Artículo 2: “Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.” El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha tipificado como crimen de guerra (lo que conlleva la responsabilidad penal internacional para aquellas personas que lo cometan), el “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”, sea por fuerzas armadas estatales, paramilitares o por grupos armados disidentes (art. 8). Por otro lado, el Protocolo Adicional I relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, y que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978), dispone que las ‘Partes’ deben adoptar todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Sobre la participación de niños en conflictos armados, ver Winter, R. “Niños soldados”, en Collins, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, julio de 2010, pp. 513-522; Atiba Davies, G. “Niños soldados en conflictos armados: el papel de la Corte Penal Internacional, en Derechos del Niño”, en Collins, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, julio de 2010, pp. 522-532;

43 ONU. Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, adoptada por la Asamblea General en su Resolución n.º 2018 (XX), 1 de noviembre de 1965. “Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad.” *Ibidem*, Principio II.

44 Convenio 138 de la OIT, artículos 2.3. y 3.1.

45 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. EPFR. 2013, párr. 67.

46 Para un análisis exhaustivo, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, op. cit. Para un análisis de la relación entre el interés superior con los derechos a la familia ver los comentarios al artículo 17 (protección de la familia), 18 (derecho al nombre) y 20 (derecho a la nacionalidad) a cargo de Beloff.

algunas relaciones que son ‘más emblemáticas’, las cuales han sido objeto de decisiones contenciosas de la Corte IDH. En palabras de este órgano judicial:

[...] la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.⁴⁷

4.1. Relación con el derecho a la vida y a la integridad personal

En relación con el artículo 4 de la CADH, que garantiza el derecho a la vida y el artículo 5,⁴⁸ que hace lo propio respecto del derecho a la integridad personal, es importante tener presente, como ya fuera señalado, el estándar definido por la Corte IDH en el caso emblemático “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, el cual contribuyó a dar visibilidad a los derechos de los niños como derechos humanos. En esa oportunidad se estableció que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, por lo que, de no ser respetado, todos los restantes derechos carecerían de sentido.⁴⁹

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1. de la CADH, no solo presupone que ninguna persona sea privada de la vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas,⁵⁰ para proteger y preservar el derecho (obligación positiva).⁵¹ Por ello, para la Corte IDH, cuando los Estados violan los derechos de los niños en situación de riesgo, los hacen víctimas de una

47 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, 2002, párr. 8. (énfasis agregado)

48 CADH, artículo 5 (derecho a la integridad personal): “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.” Sobre la regulación de este derecho en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, O’Donnell señala que: “[c]uriosamente, ni la D[UDH] ni la D[ADDH] ni el PIDCP reconocen expresamente el derecho a la integridad personal como tal. No obstante, es evidente que la integridad personal es el bien jurídico cuya protección constituye el fin y objetivo principal de la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes previstas en el artículo 5 de la D[UDH] y 7 del P[IDCP]. El artículo 5.1 de la C[ADH] [...] consagra expresamente el derecho a la integridad personal y hace un aporte valioso a la definición de su contenido, al precisar que comprende la ‘integridad física, psíquica y moral’”. *Cfr.* O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, *op. cit.*, pp. 169-170.

49 *Idem.* Corte IDH. Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*. EPFRC. 2004.

50 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. *Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 120.

51 Corte IDH. Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. F. 1999, párrs. 144-146. Por su parte, el Comité DHONU sostuvo que “se trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación [...]”. Se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo”. Comité DHONU. Observación General n.º 6 “Artículo 6 - Derecho a la vida”, 16º periodo de sesiones, 1982, párr. 1. Además, “[...] el Comité [DHONU] ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité [DHONU] considera que sería oportuno que los Estados partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias”. *Ibidem*, párr. 5. Por su parte, la Corte IDH sostuvo que: “[...] si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana”. *Cfr.* Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 135.

doble agresión. En primer lugar –en sentido positivo en tanto aseguramiento de deberes de prestación– los priva de mínimas condiciones de vida (vida digna) y se les impide el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”;⁵² en otros casos –en sentido negativo–, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra sus propias vidas.⁵³

En definitiva, la obligación estatal de respetar la vida y la integridad personal de las personas presenta modalidades especiales en el caso de los niños a partir de las normas sobre protección especial establecidas en la propia CADH y en la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁴

4.2. Relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

4.2.1. Participación de los niños en procedimientos judiciales

La Corte IDH ha establecido que es necesario establecer reglas de protección especial para los niños frente a la justicia. En este sentido, sobre los procesos judiciales que podrían tener efectos en los derechos de los niños, la Corte IDH estableció que cualquier actuación que los afecte:

[...] debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.⁵⁵

De forma complementaria, ha sostenido que:

[...] las garantías consagradas en el artículo 8 de la C[ADH] se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.⁵⁶

Un tema específico se relaciona con la declaración de los niños víctimas de delitos, la cual se considera como un medio de prueba más que como un mecanismo de acceso a la justicia. En el caso de los delitos que se producen en el ámbito privado, la declaración es una prueba fundamental y decisiva, pero su producción puede ser una experiencia traumática para el niño.⁵⁷ Por ello se requiere

52 Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo.

53 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 191. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina señaló que: “[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico.” Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 330:3853, del voto de los jueces Petracchi, Maqueda y Argibay. Sobre el tema, ver Beloff, M. “Derecho a una vida digna de ser vivida”, en *Revista Comunicarnos* n.º 103, año 9, Comisión de Niñez y Adolescencia en Riesgo del Arzobispado de Buenos Aires, Buenos Aires, diciembre de 2009, pp. 6-8. Beloff, M., Clerico, M. L. “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana”, en *Revista Estudios Constitucionales*, n.º 1, año 14, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, 2016, pp. 139-178.

54 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 146. Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 138.

55 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párrs. 112-114.

56 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 209. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 95.

57 La Suprema Corte de Justicia de Argentina sostuvo que: “[...] se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales [...]”. Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 325:1549, del voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 5. Respecto del deber de los jueces, la Corte Suprema de Justicia de Argentina agregó que se: “deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas

que existan personal y medios adecuados al momento de someter a un niño a este tipo de proceso;⁵⁸ se debe velar para que los niños sean interrogados en forma adecuada y con resguardo de su integridad psíquica, así como procurar que no se vean confrontados ni con el presunto autor del hecho delictivo, ni con su abogado defensor.⁵⁹

A fin de asegurar el derecho a la protección especial, respecto de niños víctimas de delitos se deben adoptar las siguientes medidas:⁶⁰ 1. procurar un trato con tacto y sensibilidad “tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral,”⁶¹ 2. que la injerencia en la vida privada del niño debe limitarse al mínimo necesario,⁶² por ello se exige restringir la publicidad de un juicio en que el niño sea víctima,⁶³ 3. una relación continua con los profesionales encargados de brindar apoyo y certidumbre sobre el proceso;⁶⁴ 4. el uso de salas especiales con servicios interdisciplinarios, los recesos en las audiencias programadas en horarios apropiados a la edad y madurez del niño;⁶⁵ 5. los niños y sus padres, tutores o representantes deben ser informados debidamente y con prontitud de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, de los procedimientos

para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima”. *Ibidem*, considerando 6. Con relación a los reiterados llamados a un niño que ha sido víctima de este tipo de delitos a prestar su declaración, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que: “[e]l daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior.” Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 325:1549.

58 La directriz 23 de las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* señala lo siguiente: “[a]l prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones.” Por su parte, la directriz 31 dispone que “[...] los profesionales deberán aplicar medidas para: a) [l]imitar el número de entrevistas: deberán aplicar procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de vídeo”.

59 La directriz 31 señala que la protección de un niño testigo o víctima que declara en un juicio como los aquí considerados exige asegurar que este acto no perjudique su salud física ni psíquica (es decir, evitar la revictimización). Para ello, la declaración debe ser conducida por un profesional especializado (psicólogo o psiquiatra), ya que los funcionarios judiciales no siempre poseen la formación necesaria para desarrollar esta actividad de forma adecuada y mediante Cámara Gessel o dispositivo similar que evite reiteraciones pero también nulidades eventuales planteadas por la defensa. Comité DESCONU. *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, *op. cit.*

60 En este sentido, “[a] la incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa (ciertamente mayor que la que tenía en el sistema inquisitivo clásico) y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio —escenario que presenta a una víctima con derechos reafirmados— se suma la idea de que los niños (esto es, los menores de dieciocho años de edad de acuerdo con el artículo 1º de la Convención sobre Derechos del Niño) tienen derecho a una protección especial (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Beloff, M. “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”, en *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Jufejus, Asociación por los Derechos Civiles, UNICEF, 2010, p. 22.

61 Comité DESCONU. *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, *op. cit.*, directriz 10. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 201.

62 Comité DESCONU. *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, *op. cit.*, directriz 12.

63 *Ibidem*, directriz 28.

64 La directriz 30 señala que los profesionales que intervengan deben: a) prestarles apoyo, incluso acompañando al niño a lo largo de su participación en el proceso de justicia, cuando ello redunde en el interés superior del niño; b) proporcionarles certidumbre sobre el proceso, de manera que los niños víctimas y testigos de delitos tengan ideas claras de lo que cabe esperar del proceso, con la mayor certeza posible. La participación del niño en las vistas y juicios deberá planificarse con antelación y deberán extremarse los esfuerzos por garantizar la continuidad de la relación entre los niños y los profesionales que estén en contacto con ellos durante todo el proceso. Comité DESCONU. *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, *op. cit.*, directriz 30.

65 *Idem*.

aplicables y sus pasos más importantes, de los derechos de los niños, de los mecanismos para revisar las decisiones, de la disposición de medidas de protección y de los mecanismos de apoyo,⁶⁶ y 6. la investigación debe desarrollarse de manera expedita, a menos que las demoras redunden en beneficio del niño.⁶⁷

De acuerdo con lo sostenido por el Comité de los Derechos del Niño respecto de la necesidad de que el lenguaje de los procedimientos en los que se vean involucrados sea comprensible tanto para el niño como para su familia:

[...] El niño deberá ser informado en unos términos que pueda comprender. Para ello podrá requerirse que la información se presente en un idioma extranjero, pero también una “traducción” de la jerga jurídica oficial que a menudo se usa en las imputaciones penales contra menores en un lenguaje que el niño pueda comprender [...] a menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias.⁶⁸

En definitiva, a la fecha no existe mayor discusión ni teórica ni jurisprudencial respecto a que el derecho a un juicio justo comprende un conjunto de condiciones tanto formales como sustantivas bajo las cuales debe desarrollarse un proceso y los roles de las diferentes partes en este involucradas. En Latinoamérica y en Alemania si hay leyes y jurisprudencia sobre esto. El aseguramiento de esas condiciones y de esos roles con debida atención a la especial situación de los niños integran el contenido de las “medidas de protección” que los Estados deben garantizar a este grupo de acuerdo con el artículo 19 de la CADH.

4.2.1. Justicia penal especializada

En otro orden, y como parte integrante del derecho de los niños a su protección especial, se encuentra el tratamiento judicial especializado. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que:

[...] Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento [...]. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías [...].⁶⁹

En relación con el principio de justicia especializada considerado, además, como derecho exclusivo, la Corte IDH definió que:

[...] los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, *solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad* [...].⁷⁰

66 *Ibidem*, directriz 19.

67 Asimismo se debe: “c) garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados”. *Ibidem*, directriz 30.

68 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, 2007, párrs. 47-48.

69 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 96-97.

70 *Ibidem*, párr. 109. (énfasis agregado) En este sentido, sostuvo que: “[...] el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera

En la misma línea y de manera adicional, la Corte IDH estableció que:

[...] una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el ‘establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes’ [...].⁷¹

La Corte IDH, en el caso *“Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, explicitó que la justicia penal juvenil debe caracterizarse por: 1. la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2. la existencia de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, el control respecto de la manera de tomar la declaración al niño y la regulación de la publicidad del proceso; 3. el reconocimiento de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4. la capacitación en derechos humanos del niño y psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.⁷²

Específicamente, en el mismo caso, la Corte IDH de modo categórico resolvió que el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para los niños imputados de delitos ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial frente a un proceso penal, había violado los artículos 2 y 8.1. de la CADH, ambos en relación con los artículos 1.1. y 19 de la misma CADH, en perjuicio de todos los niños alojados en el Instituto.⁷³

El Comité de los Derechos del Niño, en la observación general sobre los *derechos del niño en la justicia de menores*, exigió además como componente de la jurisdicción especializada, la capacitación sistemática y continua de los operadores en el desarrollo físico, psíquico y social del niño, en las necesidades de los niños más vulnerables y en las medidas disponibles que no impliquen el uso de procedimientos judiciales.⁷⁴

en consideración de manera adecuada su situación especial, violó los artículos 2 y 8.1. de la CADH, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1. de la misma”. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 213.

71 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 210. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, sostuvo que debe utilizarse un proceso penal específico que asegure un trato diferenciado en comparación con las personas adultas; de esta forma, “[d]icha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención [la CDN] no comparte con ellas”. Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:4343, del considerando 19. Así, se garantiza que los adolescentes tengan los mismos derechos constitucionales de los adultos y derechos especiales derivados de su condición: “[q]ue, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos [...] los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”. Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 328:4343, del considerando 32. Finalmente, el máximo tribunal argentino sostuvo que: “[...] su limitada jurisdicción, no exime a sus magistrados de la obligación de aplicar la legislación específica que rige para los procesos en que son parte los menores de edad, que está conformada por la Constitución Nacional, la Convención [...] sobre los Derechos del Niño, la C[ADH], el P[IDCP], y el P[IDESC] (Fallos 328:4343 considerando 34 y las leyes 22.278 y 26.061)”. Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos 331:2720.

72 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 211.

73 *Ibidem*, párr. 213.

74 Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 10, *op. cit.*, párr. 97.

Artículo 20. Derecho a la nacionalidad*

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192. En adelante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C n.º 237. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

* El aporte de Virginia Deymonnaz fue fundamental para la concreción de este texto, tanto en la búsqueda de jurisprudencia y bibliografía relacionada, como en la prolija edición a fin de que fuera compatible con los requerimientos de esta obra colectiva. Agradezco especialmente a Verónica Gómez su atenta lectura, sus valiosos comentarios sobre el texto y los aportes específicos relacionados con su dominio de los precedentes de los sistemas regional y universal de derechos humanos.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Séptimo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1983.

CIDH. Informe Anual 1983-1984. Capítulo VI Situación de los derechos humanos en varios Estados, Paraguay. OEA/Ser.L/V/II.63, 28 de septiembre de 1984.

CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1985.

CIDH. *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam*, 1985.

CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 1985.

CIDH. Resolución n.º 20/88, *Caso Estiverne vs. Haití*, Caso 9855, de 24 de marzo de 1988.

CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

CIDH. Informe n.º 51/01 sobre la responsabilidad internacional de los EEUU por la detención indefinida de personas de nacionalidad cubana, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos de América*, Caso 9903, 4 de abril de 2001.

CIDH. Informe n.º 78/11, *Caso John Doe vs. Canadá*, Caso 12.586, Fondo, 21 de julio de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*. Sentencia n.º 13178/03, de 12 de octubre de 2006.

TEDH. *Caso Rahimi vs. Grecia*, Sentencia n.º 8687/08, de 5 de julio de 2011.

TEDH. *Caso Genovese vs. Malta*, Sentencia n.º 53124/09, de 11 de octubre de 2011.

TEDH. *Caso Popov vs. Francia*, Sentencia n.º 39472/07 y 39474/07, de 19 de enero de 2012.

TEDH. *Caso Mennesson vs. Francia*, Sentencia n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014.

TEDH. *Caso Labassee vs. Francia*, Sentencia n.º 65941/11, de 26 de junio de 2014.

Sentencias emitidas por otros tribunales internacionales

Corte Internacional de Justicia

CIJ. *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 4.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Comité DESCONU. Observación General n.º 13 (1999), “El derecho a la educación (artículo 13)”, 1999.

Comité DESCONU. Observación General n.º 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, 2000.

Comité de Derechos Humanos

Comité DHONU. Observación General n.º 4, “Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos”, 13º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141, 1981.

Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (artículo 24)”, 1989.

Comité DHONU. Observación General n.º 18, “No discriminación”, 37º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1989.

Comité DHONU. *Caso Kindler vs. Canadá*, Comunicación n.º 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, 1993.

Comité DHONU. Observación General n.º 23, “Artículo 27 - Derecho de las minorías”, 50º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183, 1994.

Comité DHONU. *Caso Stewart vs. Canadá*, Comunicación n.º 538/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993, 1996.

Comité DHONU. Observación General n.º 25, “Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”, 57º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194, 1996.

Comité DHONU. Observación General n.º 27, “Artículo 12 - La libertad de circulación”, 67º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 1999.

Comité DHONU. Observación General n.º 28, “Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, 68º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000.

Comité de los Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, 2005.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 9, “El derecho de los niños con discapacidades”, 2006.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 11, “Los niños indígenas y sus derechos en la Convención”, 2009.

Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 15, “El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)”, 2013.

Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Comité CEDAW. Recomendación General n.º 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1994.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ONU. Recomendación General n.º 30 “Discriminación contra los no ciudadanos”, 2004.

Consejo de Derechos Humanos

Consejo DHONU. Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/13/34, 14 de diciembre de 2009.

Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

Consejo DHONU. El derecho a la nacionalidad: mujeres y niños, A/HRC/20/L.8, adoptada el 5 de julio de 2012.

Consejo DHONU. Eliminación de la discriminación en contra de la mujer, A/HRC/20/L.11, adoptada el 5 de julio de 2012.

Consejo DHONU. Derechos humanos y privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/20/L.9, adoptada el 5 de julio de 2012.

Consejo DHONU. Derechos de los niños: acceso a la justicia para los niños, A/HRC/25/L.10, adoptada el 24 de marzo de 2014.

Consejo DHONU. Derechos humanos y privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/26/L.25, adoptada el 23 de junio de 2014.

Consejo DHONU. Eliminación de la discriminación en contra de la mujer, A/HRC/26/L.12, adoptada el 23 de junio de 2014.

Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/28/68, 5 de marzo de 2015.

Consejo DHONU. Informe del Secretario General “Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro modo serían apátridas”, A/HRC/31/29, 16 de diciembre de 2015.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

ACNUR, Unión Inter-Parlamentaria. *Nacionalidad y Apatridia: Manual para parlamentarios*. Manual para parlamentarios n.º11, agosto de 2008. Disponible en: http://www.ipu.org/PDF/publications/nationality_sp.pdf (fecha de último acceso 31 de julio de 2017)

ACNUR. Resolución n.º 61/137, 25 de enero de 2007.

ACNUR. Apatridia. Actuación del ACNUR para afrontar la apatridia. Nota sobre estrategias a seguir, División de Protección Internacional, 2010.

ACNUR. *Bajo el radar y desprotegidos. La necesidad urgente de abordar los derechos de los niños apátridas*. 2012.

ACNUR. Directrices sobre la Apatridia n.º 4. Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, 21 de diciembre de 2012.

ACNUR. Aquí estoy, aquí pertenezco. La urgente necesidad de acabar con la apatridia infantil, ACNUR/UNHCR, División Protección Internacional, 2015.

Sociedad de Naciones (organización antecesora a la Organización de Naciones Unidas)

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas, 26 de diciembre de 1924.

Referencias académicas

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. 4ª ed., Oxford, 1990.

BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*. Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008.

DRAGHICI, C. “Competencias personales del Estado”, en SÁNCHEZ, V. (dir.) *Derecho Internacional Público*. Huygens ed., Barcelona, 2009.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, San José, 1996.

FERIA TINTA, M. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child. Protecting the Most Vulnerable at the Edge*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

FRANCO, L. (coord.) *Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad de Lanus, ACNUR, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2003.

KESBY, A. *The Right to have Rights, Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford University Press, 2012.

LAFER, C. *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

NOWAK, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2009.

O'DONNELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 1989.

O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007.

PODESTÁ COSTA, L. A. y RUDA, J. M. *Derecho Internacional Público*. T. I, Tipografía Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1988.

ZIEMELE, I. “Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and be Cared for by Parents”, en ALEN, A., et al. (eds.) *A commentary on the United Nations on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Otras referencias

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008.

Open Society Justice Initiative, Children's Right to nationality, 2011. Disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/addressing-childrens-right-nationality> (fecha de último acceso 1 agosto de 2017)

Contenido

1. Introducción	560
2. Normativa sobre el derecho a la nacionalidad	564
3. Efectos de la nacionalidad	568
4. Derechos intrínsecos al derecho a la nacionalidad	568
4.1. Adquisición	569
4.2. Derecho a cambiar la nacionalidad	575
4.3. Privación de la nacionalidad: caso de los apátridas	576
4.4. Doble o múltiple nacionalidad	581
4.5. Privación, pérdida, renuncia y readquisición de la nacionalidad	581
5. Relación del derecho a la nacionalidad con otros derechos	583
5.1. Libertad de circulación y derecho de residencia	583
5.2. El derecho a salir del territorio	587
5.3. El derecho de asilo, a la condición de refugiado y a la no devolución	589
5.4. Restricción de la libertad de circulación, residir y salir del territorio	597
6. Conclusión	598

1. Introducción

De acuerdo con la posición clásica del derecho internacional,¹ la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene por base un hecho social de arraigo, una solidaridad efectiva de asistencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Por consiguiente, el individuo al que se le confiere queda más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la concede, que a la de cualquier otro Estado.

Esta decisión resultó relevante para el derecho internacional respecto de los criterios que rigen el reconocimiento de la nacionalidad efectiva de una persona. Este caso se refiere a una decisión de la Corte Internacional de Justicia de La Haya donde se determinaban los criterios por los cuales Guatemala podía rechazar válidamente la nacionalidad de Liechtenstein que invocaba en su favor F. Nottebohm, nativo de Alemania establecido en Guatemala entre 1905 y 1943. La CIJ resolvió no hacer lugar a la admisibilidad de la demanda y, por consiguiente, sostuvo que Guatemala no estaba obligada a reconocer la nacionalidad de Liechtenstein adquirida por Nottebohm para los efectos de la protección diplomática, en virtud de que la vinculación de hecho existente entre Nottebohm y Liechtenstein en la época que precedió, acompañó y siguió a su naturalización no resultaba lo suficientemente estrecha y preponderante en relación con la vinculación que pudiese existir entre él y ese otro Estado que permita considerar la nacionalidad que le fue conferida como efectiva, como la expresión jurídica de un hecho social de vinculación preexistente o que se constituya luego. Históricamente, la nacionalidad fue considerada como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona integraba la comunidad política que un Estado constituía según su derecho interno, de conformidad con el derecho internacional.

Etimológicamente, nación viene del latín *natio*, derivado a su vez de *natus*, participio del verbo *nascor*: nacer. En origen designaba la acción de nacer y tenía un sentido étnico que, por una transacción fácil, aplicada a las colectividades pasó a tener la acepción de indígena, es decir nacido en el territorio, originario del país, por contraposición a los alienígenas. En una acepción derivada, después de las Revoluciones estadounidense y francesa, el término nación fue siendo aplicado cada vez más a la organización política del *populus*, identificándose con el

1 Cfr: Informe del Primer Comité de la Conferencia de La Haya sobre Codificación del Derecho Internacional, 1930.

Estado, y ese fue el origen del principio contemporáneo de autodeterminación de los pueblos [...]. La identificación del Estado con la nación coincidió, en la experiencia europea, con el despertar de los gobiernos constitucionales que, basados en el principio de legalidad, apuntaban a impedir el ejercicio arbitrario del poder. Esa coincidencia hizo que los derechos humanos de primera generación, que en la formulación *iusnaturalista* eran vistos como inalienables y dados, y por lo tanto independientes de cualquier gobierno, llegaran a ser positivados en declaraciones de derechos a través de las emancipaciones nacionales y los gobiernos constitucionales derivados de ellas. De estas coincidencias deriva la conjugación de los derechos humanos con la soberanía nacional, de acuerdo con el modelo de la Revolución francesa [...]. La idea de una voluntad única de la nación dio lugar a la postulación de la coincidencia entre Estado y nación que efectivamente desplazó de la dinastía legítima a la nación el criterio de lealtad y el vínculo de una nación en relación con el Estado. De ahí la relación entre la nación y la comunidad política, que a partir del siglo XIX inspiró el esfuerzo por organizar el sistema interestatal con base en el principio de las nacionalidades [...]. Por eso se denomina habitualmente nacionalidad al vínculo jurídico y político que une a una población con un Estado [...].²

Así, la atribución de nacionalidad es establecida por los propios Estados de acuerdo con su derecho interno.³ Se trata de un vínculo jurídico cuya adquisición, pérdida y readquisición son legisladas por cada país.

Es precisamente a partir de esa noción clásica y en función del señalado vínculo jurídico-político que une a una población con un Estado y al que se considera dotado de permanencia y continuidad, que en el ámbito de algunos Estados se distingue al nacional del extranjero, y en el que se funda la competencia personal de algunos Estados en relación con sus nacionales más allá de sus fronteras.⁴ El derecho internacional de los derechos humanos ha tomado esta idea y la ha transformado en un derecho humano fundamental.

En efecto, el enfoque se ha modificado sustancialmente en las últimas décadas a partir de la aprobación de varias Convenciones de Derechos Humanos y de la interpretación que de ellas han hecho los órganos judiciales y otros organismos de control de cumplimiento de tratados, los cuales se han

- 2 CIJ. *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 4. (traducción libre). Al respecto, cabe tener en consideración el mencionado precedente del caso *Nottebohm* ante la Corte Internacional de Justicia. Lafer, C. *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 156-158. El problema de esta definición, entre otros, es que basa el vínculo en la circunstancia de que una persona “integr[e] la comunidad política de un Estado” cuando es un hecho que en muchos Estados (entre otros, la República Argentina) los extranjeros ejercen el derecho al voto en elecciones locales y, por lo tanto, forman parte de la comunidad política.
- 3 Cfr. Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. 4a. ed., Oxford, 1990, p. 386. “Los Estados deben promulgar leyes que regulen la adquisición, la renuncia y la pérdida de la nacionalidad de acuerdo con sus obligaciones internacionales, en particular en la esfera de los derechos humanos. Concretamente, corresponde a los Estados prevenir y reducir la apatridia, cooperando debidamente con la comunidad internacional [...]”. Cfr. Consejo DHONU. Informe del Secretario General “Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro modo serían apátridas”, A/HRC/31/29, 16 de diciembre de 2015.
- 4 En este sentido, “[e]l grupo nacional, por ejemplo, da al individuo su medio de comunicación –la lengua– y no es preciso reiterar que el pacto lingüístico, como ya enseñaba Rousseau, es una premisa del contrato social. La lengua posibilita la herencia cultural, que es un repertorio compartido de significados que puede generar la nacionalidad, es decir, hábitos complementarios de comunicación social y en el proceso de decisión, mensajes, imágenes y memoria nacionales, indudablemente vinculan al hombre a su colectividad nacional [...]”. Lafer, C., *op. cit.*, pp. 153-156. Por lo demás, “[m]ientras el territorio representa la base fundamental de la competencia espacial del Estado [...], el ámbito de la competencia personal se determina en relación a una población estable, identificada a través de la nacionalidad. La competencia personal es el conjunto de poderes jurídicos que un Estado ejerce respecto de las personas (físicas y morales) unidas a él por el vínculo de la nacionalidad. Se trata de un vínculo jurídico y político que expresa el reconocimiento de que una persona se halla más estrechamente ligada a la comunidad de un Estado que a cualquier otra comunidad estatal.” Draghici, C. “Competencias personales del Estado”, en Sánchez, V. (dir.) *Derecho Internacional Público*. Huygens ed., Barcelona, 2009, p. 261.

pronunciado sobre el impacto que tiene el reconocimiento de la nacionalidad en el disfrute de derechos fundamentales que se extienden desde el derecho a la no discriminación hasta el ejercicio de derechos políticos, entre otros que se analizan más adelante.

En lo que interesa en particular a este comentario, la Corte IDH –en ejercicio de su competencia contenciosa– se expidió sobre la nacionalidad, entre otros, en los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*,⁵ *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*,⁶ y caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*.⁷

Asimismo, emitió las opiniones consultivas sobre la *propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización*,⁸ del año 1984, sobre la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*,⁹ del año de 2003, y los *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*,¹⁰ del año 2014. Estas opiniones reflejan la atención que la Corte IDH ha dedicado específicamente al tema y a cuestiones relacionadas con este derecho. En la primera de estas opiniones, la Corte IDH afirmó que:

[I]a nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, *debe ser considerada como un estado natural del ser humano*. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que *el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos* [...]. En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, *se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana* [...].¹¹

En la misma línea, en el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte IDH señaló que:

La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, *su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional*, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada,

5 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

6 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005. Un análisis exhaustivo sobre la trascendencia de este precedente en Burgogue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*. Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008; y en Feria Tinta, M. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child. Protecting the Most Vulnerable at the Edge*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

7 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. EPFRC. 2014.

8 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

9 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte IDH ha identificado a los migrantes indocumentados o en situación irregular como un grupo vulnerable, expuesto a la desprotección y a violaciones potenciales o reales de sus derechos. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 98 y Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 128.

10 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

11 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párrs. 32-33. (énfasis agregado)

por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.¹²

En definitiva, el derecho a la nacionalidad es un derecho personal de carácter fundamental, es decir, es un derecho humano fundamental.¹³ Como se analizará más adelante, no constituye una condición para el disfrute de todos los derechos humanos fundamentales porque en las normas internacionales y regionales de protección de derechos humanos estos son reconocidos por regla a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, sin discriminación por origen nacional.¹⁴

Por último es importante mencionar que si bien los conceptos de nacionalidad y ciudadanía con frecuencia se utilizan como sinónimos, no lo son y no deben ser confundidos.

El derecho a la nacionalidad no es un derecho político, sino un derecho reconocido a *toda persona*.

Un aspecto digno de destacarse es que el catálogo de derechos protegidos por la C[ADH] es más extenso que el de cualquier otro instrumento internacional sobre protección de derechos humanos [...]. En materia de derecho civiles y políticos, la C[ADH] consagra y desarrolla los mismos derechos ya reconocidos por la D[ADDH], y que comprenden el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, el derecho a un proceso regular [...], la prohibición de leyes penales ex post facto [...], el derecho a la protección de la honra, el derecho a la privacidad, la libertad de conciencia y religión, la libertad de expresión, el derecho de rectificación o de respuesta, el derecho de reunión, la libertad de asociación, el derecho a la nacionalidad, el derecho de circulación y residencia, los derechos políticos, el derecho a la igual protección de la ley, y el derecho a un recurso sencillo y rápido, que ampare a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales; a los anteriores [...].¹⁵

En este sentido, la nacionalidad puede ser una de las condiciones exigidas por la ley para que una persona pueda llegar a ser ciudadano.¹⁶ En este sentido, la ciudadanía se refiere a la condición de aquellas personas calificadas legalmente para ejercer los derechos políticos sean o no nacionales del Estado.¹⁷

12 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 140. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 256.

13 Así lo ha reconocido el Consejo DHONU en sus numerosas resoluciones, ver Consejo DHONU. El derecho a la nacionalidad: mujeres y niños, A/HRC/20/L.8, adoptada el 5 de julio de 2012; Consejo DHONU. Derechos humanos y privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/20/L.9, adoptada el 5 de julio de 2012; Consejo DHONU. Derechos humanos y privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/26/L.25, adoptada el 23 de junio de 2014.

14 Un ejemplo claro es el artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina que establece que: “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...]”.

15 Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, San José, 1996, pp. 62-63.

16 CADH, artículo 23 (derechos políticos) “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

17 Como consecuencia de ello, el nacional puede estar legalmente incapacitado para ejercer la ciudadanía, esto es, sus derechos políticos. Por ejemplo, las personas menores de edad hasta que alcanzan la mayoría de edad política, los que por alguna razón han sido privados de esos derechos, y, en ciertos países, los analfabetos o los condenados a penas de reclusión, entre otros supuestos. No obstante, al considerar a la nacionalidad como el vínculo jurídico-político entre un Estado soberano y un individuo que hace a ese individuo miembro de una comunidad política y, por consiguiente, parte integrante de la competencia personal del Estado, los textos de derecho internacional público contemporáneo, en materia de derechos humanos, tienden a asimilar la nacionalidad a la ciudadanía para indicar quién es miembro del Estado y le debe “lealtad” en virtud de su nacionalidad, a diferencia de aquellos individuos con quienes el Estado no

De ahí, la estrecha relación entre el derecho a la nacionalidad reconocido por la CADH a “toda persona” y los derechos políticos que, según el mismo instrumento se atribuyen en principio a “todos los ciudadanos”, sin perjuicio de la posibilidad de reglamentación por ley del ejercicio de este derecho por las razones enumeradas en el artículo 23.2.¹⁸

2. Normativa sobre el derecho a la nacionalidad

La CADH recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto, en primer lugar, regula el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un piso mínimo de amparo jurídico al establecer su vinculación con un Estado determinado; y, en segundo lugar, regula la obligación de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, deber que, de no cumplirse, habilita la privación de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan precisamente en la nacionalidad del individuo.¹⁹

En la opinión consultiva sobre la *propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, la Corte IDH sostuvo que:

La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática. Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados han establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.²⁰

El derecho a la nacionalidad había sido originalmente reconocido en el sistema regional de protección de derechos humanos en la DADDH que, en su artículo XIX, dispone que: “[t]oda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”.

En el ámbito universal, este derecho también se encuentra expresamente regulado en el artículo 15 de la DUDH que establece que: “1. [t]oda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. [a] nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. El PIDCP en su artículo 24.3., estipula que: “[...] 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

El derecho a la nacionalidad está también regulado en instrumentos internacionales de derechos humanos específicos. Así, la Declaración de los Derechos del Niño, en el Principio 3 establece que: “[e]l niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”. Por su parte, el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²¹ dispone lo siguiente:

tiene esa relación jurídica. Cfr. Lafer, C., *op. cit.*, p. 156; Podestá Costa, L. A. y Ruda, J. M. *Derecho Internacional Público*. T. I, Tipografía Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1988, p. 381.

18 Remitir Comentario artículo 23 CADH.

19 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 34. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 139. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 128. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 254.

20 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 35.

21 Para un análisis sobre el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ver Ziemele, I. “Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and be Cared for by Parents”, en Alen, A., *et al.* (eds.) *A commentary on the United Nations on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias,²² en el artículo 29 establece que: “[t]odos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”.

La Convención para Reducir los Casos de Apatridia,²³ en los artículos 1 al 4 regula el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad: “1. [t]odo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio *que de otro modo sería apátrida*”.²⁴ Asimismo, el artículo 2 regula el caso de los niños expósitos: “[s]alvo prueba en contrario, se presume que un expósito que ha sido hallado en el territorio de un Estado contratante *ha nacido en ese territorio*, de padres que poseen la nacionalidad de dicho Estado”,²⁵ y el artículo 3 sobre los nacidos a bordo de un buque o en una aeronave señala que:

A los efectos de determinar las obligaciones de los Estados contratantes en la presente Convención, el nacimiento a bordo de un buque o en una aeronave se considerará, según sea el caso,

22 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

23 Convención para reducir los casos de Apatridia, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios el 30 de agosto de 1961, en cumplimiento de la Resolución 896 (IX) de la Asamblea General de la ONU. A/CONF.9/15, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1975.

24 Convención para Reducir los Casos de Apatridia, *op. cit.* (énfasis agregado) Artículo 1: “[...] [e]sta nacionalidad se concederá: a) De pleno derecho en el momento del nacimiento, [...] 3. No obstante lo dispuesto en el apartado b del párrafo 1 y en el párrafo 2 del presente artículo, todo hijo nacido dentro del matrimonio en el territorio de un Estado contratante cuya madre sea nacional de ese Estado, adquirirá en el momento del nacimiento la nacionalidad de dicho Estado si de otro modo sería apátrida [...] 4. Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona que de otro modo sería apátrida y que no ha podido adquirir la nacionalidad del Estado contratante en cuyo territorio ha nacido por haber pasado la edad fijada para la presentación de su solicitud o por no reunir los requisitos de residencia exigidos, si en el momento del nacimiento del interesado uno de los padres tenía la nacionalidad del Estado contratante mencionado en primer término. Si los padres no tenían la misma nacionalidad en el momento del nacimiento de la persona, la legislación del Estado contratante cuya nacionalidad se solicita determinará si esa persona sigue la condición del padre o la de la madre. Si la nacionalidad así determinada se concede mediante la presentación de una solicitud, tal solicitud deberá ser presentada por la persona interesada o en su nombre ante la autoridad competente y en la forma prescrita por la legislación del Estado contratante [...]”. Artículo 4 “1. [t]odo Estado contratante concederá su nacionalidad a una persona que no haya nacido en el territorio de un Estado contratante y que de otro modo sería apátrida si en el momento del nacimiento del interesado uno de los padres tenía la nacionalidad del primero de esos Estados. Si los padres no tenían la misma nacionalidad en el momento del nacimiento de la persona, la legislación de dicho Estado contratante determinará si el interesado sigue la condición del padre o la de la madre. La nacionalidad a que se refiere este párrafo se concederá: a) [d]e pleno derecho en el momento del nacimiento, o b) [m]ediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, la solicitud no podrá ser rechazada [...]”.

25 Al respecto se sostuvo que: “[...] la Convención no define una edad en la que un niño puede ser considerado como un expósito [...] La práctica de los Estados revela un amplio rango de edades dentro en las cuales se aplica esta disposición. Varios Estados contratantes limitan la concesión de nacionalidad a los expósitos que son muy jóvenes (12 meses o menos), mientras que la mayoría de los Estados contratantes aplican sus normas en favor de los niños hasta una edad más avanzada, incluyendo en algunos casos hasta la mayoría de edad.” ACNUR. Directrices sobre la Apatridia n.º 4. Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, 21 de diciembre de 2012, párr. 58. En este sentido, agregó que: “[c]omo mínimo, la salvaguardia para que los Estados contratantes concedan la nacionalidad a los expósitos se debe aplicar a todos los niños pequeños que aún no puedan comunicar con precisión información referente a la identidad de sus padres o de su lugar de nacimiento. Esto emana del objeto y fin de la Convención de 1961 y también del derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad. Una interpretación contraria dejaría a algunos niños apátridas [...]. Si un Estado establece un límite de edad para que los expósitos adquieran la nacionalidad, es decisiva la edad del niño en la fecha en que [este] fue encontrado y no la fecha en que el niño llegó a la atención de las autoridades.” *Ibidem*, párrs. 59-60.

como ocurrido en el territorio del Estado cuyo pabellón enarbole el buque o en el territorio del Estado en que esté matriculada la aeronave.

Por otro lado, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (art. 6),²⁶ la Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 29), y el Pacto sobre los Derechos del Niño en el Islam (art. 7),²⁷ entre otros instrumentos internacionales, también garantizan el derecho de los niños a una nacionalidad.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, establece en el artículo 5.d) que:

[...] los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes [...] iii) El derecho a una nacionalidad [...].

La CEDAW regula en su artículo 9 lo siguiente:

1. Los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad.

Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Finalmente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,²⁸ en el artículo 18 señala que:

1. Los Estados partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las personas con discapacidad:
 - a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad;
 - b) No sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento;

26 Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (aprobada por la Organización para la Unidad Africana el 11 de julio de 1990 y entrada en vigor el 29 de noviembre de 1999), artículo 6: “Nombre y nacionalidad. Todo niño tiene derechos, desde su nacimiento, a tener un nombre. Todo niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. Los Estados parte en la presente Carta se comprometerán a garantizar que su legislación constitucional reconozca los principios según los cuales un niño adquirirá la nacionalidad del territorio donde ha nacido sí, al tiempo de su nacimiento, no se le ha otorgado la nacionalidad por otro territorio de acuerdo con sus leyes.”

27 Pacto sobre los Derechos del Niño en el Islam (entrada en vigor el 28 de junio de 2005), artículo 7: “1. Un niño debe, desde su nacimiento, tener derecho a un buen nombre, ser registrado ante las autoridades respectivas, tener su nacionalidad determinada y conocer a sus padres, sus parientes y de la mujer que la haya brindado cuidados [foster mother]. 2. Los Estados partes de la Convención deben asegurar los elementos de la identidad del niño, incluyendo su nombre, nacionalidad, y relaciones familiares de acuerdo con su derecho interno y deben hacer cualquier esfuerzo para resolver la situación de la apatridia para cualquier niño nacido en sus territorios o para cualquiera de sus ciudadanos fuera de su territorio. 3. El niño descendiente de alguien desconocido[,] o quien sea legalmente asimilado a este estatus[,] debe tener derecho a custodia y cuidado pero sin la adopción. Deberá tener derecho al nombre, al título y a la nacionalidad”. (traducción libre)

28 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 61/106 de 13 de diciembre de 2006.

- c) Tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio;
 - d) No se vean privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país.
2. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.

En sentido similar, la CIPPDF en el artículo 25.4. garantiza el “derecho a preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley”.

Si bien este derecho no está regulado directamente en un artículo autónomo de la CEDH, el artículo 14 incluye a la nacionalidad como uno de los elementos en su cláusula de no discriminación,²⁹ el artículo 16 se refiere a las restricciones a la actividad política de los extranjeros: “[n]inguna de las disposiciones de los artículos 10 [libertad de expresión], 11 [libertad de reunión y de asociación] y 14 [prohibición de discriminación] podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”; asimismo, los artículos 3 y 4 del Cuarto Protocolo,³⁰ así como el artículo 1 del Séptimo Protocolo,³¹ abordan temas vinculados a la situación de los nacionales y no nacionales, entre otras normas. Es importante señalar que en el ámbito europeo el derecho a la nacionalidad está regulado por una norma específica: el Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 1997.³² Este Convenio define a la nacionalidad como “el vínculo jurídico entre una persona y un Estado y no indica el origen étnico de una persona”;³³ tiene por objeto establecer los principios y normas relativos a la nacionalidad de las personas así como las normas que determinan las obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades.³⁴

Complementariamente, como se indicó, las disposiciones de derecho interno respecto a la nacionalidad deben ser reconocidas por los demás Estados en la medida en que estas no afecten los tratados o la costumbre internacionales.³⁵

En la opinión consultiva sobre *el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH*, la Corte IDH sostuvo que:

[E]l objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad [...]. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su

29 CEDH, artículo 14. “Prohibición de discriminación. “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

30 CEDH, Protocolo n.º 4, artículo 3. “Prohibición de la expulsión de nacionales “1. Nadie podrá ser expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional. 2. Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional.”; y artículo 4º: Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.”

31 CEDH, Protocolo n.º 7, artículo 1: “Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros “1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele: a) exponer las razones que se opongan a su expulsión; b) que su caso sea examinado; y c) hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad. 2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en el párrafo 1 a), b) y c) de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

32 Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997, entrada en vigor el 1 de marzo de 2003.

33 *Ibidem*, artículo 2.a).

34 *Ibidem*, artículo 1.

35 Podestá Costa, L. A. y Ruda, J. M., *op. cit.*, p. 381.

jurisdicción. [...] La Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.³⁶

3. Efectos de la nacionalidad

La nacionalidad tiene efectos en el derecho público interno y en el derecho internacional, entre los que se destacan: 1. habilita para desempeñar funciones públicas así como para ejercer determinados derechos o actividades que suelen estarles vedados a los extranjeros; 2. habilita para obtener el pasaporte, retornar al país y, en caso de indigencia u otras dificultades extremas, para ser repatriado por el Estado; y 3. habilita para obtener la protección diplomática del propio país en ciertos casos en que los derechos de las personas sean lesionados en el extranjero.

En esta línea, la Corte IDH entendió que la importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política.³⁷ En el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte IDH sostuvo que, como tal, la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión del individuo con el Estado; en otras palabras, es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos.³⁸

De igual manera, es importante señalar que en la misma sentencia la Corte IDH sostuvo que el estatus migratorio no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad; en otras palabras, la calidad migratoria no puede constituir una justificación válida para privar del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de los derechos que se derivan de esta, y que el estatus migratorio no se transmite a los hijos.³⁹

4. Derechos intrínsecos al derecho a la nacionalidad

En principio, del derecho a la nacionalidad se derivan otros derechos como el derecho a adquirir una nacionalidad, a no ser privado arbitrariamente de ella, y el derecho a cambiarla.⁴⁰

Si bien este derecho está consagrado por los instrumentos anteriormente citados, no todos reconocen cada uno de los tres aspectos señalados. En este sentido, el artículo 15 de la DUDH, reconoce los tres, mientras que la DADDH en su artículo 19 reconoce solo el “derecho a tener la nacionalidad que legalmente le corresponda” así como el derecho a cambiarla; en tanto que el artículo 20 de la CADH plantea un amplio reconocimiento al regular los tres derechos.

El PIDCP señala el derecho a adquirir una nacionalidad, pero solo en cuanto a los derechos del niño. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce en el artículo 18 el

36 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982, párrs. 27, 29 y 33.

37 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, 1984, párr. 35.

38 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 136-137. En similar sentido, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 128. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 253.

39 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005. En similar sentido, ver Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 318.

40 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pp. 563-564.

“derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad”, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala en el artículo 9 el derecho de “adquirir, cambiar o conservar [la] nacionalidad”.

4.1. Adquisición

4.1.1. Adquisición de la nacionalidad al momento del nacimiento

De acuerdo con la legislación de cada país, la atribución de la nacionalidad de una persona al momento de su nacimiento puede basarse en los siguientes principios: 1. *jus sanguinis* o derecho de sangre. Según este principio la persona adquiere la nacionalidad de los ascendientes por el solo hecho de la filiación, a pesar de haber nacido en otro territorio; 2. *jus soli* o derecho de suelo. Según este principio, la nacionalidad se adquiere por el lugar de nacimiento, independientemente de la nacionalidad de los padres. De conformidad con esta regla, una persona puede tener más de una nacionalidad.⁴¹

De las diferentes normas transcritas, se advierten diversos criterios respecto al derecho de adquirir la nacionalidad. La DUDH expresa que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”, en tanto que la DADDH señala que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda”. Por su parte, la CADH adopta el mismo principio general, pero una vez más amplía el concepto al añadir que el Estado parte está obligado a reconocer el *jus soli* para personas que en su defecto serían apátridas.⁴²

La ausencia de alguna referencia a la obligación del Estado respecto de la adquisición de la nacionalidad en las diferentes declaraciones, así como en el PIDCP, debilita el reconocimiento de este derecho, y otorga a los Estados una amplia discreción en cuanto a las modalidades de su incorporación al derecho interno. Del mismo modo, el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 24.3. del PIDCP y el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, reconocen el derecho del niño a la nacionalidad pero no precisan la naturaleza de las obligaciones del Estado.⁴³ Por estas razones, la obligación consagrada en el artículo 20.2. de la CADH representa un significativo avance en la materia.

Al respecto, la Corte IDH en el *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* sostuvo que:

El artículo 20.2. de la C[ADH] señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado “*si no tiene derecho a otra*”. Este precepto debe ser interpretado a la luz de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal

41 En la República Argentina, desde la Constitución de 1853 es norma el *jus soli*, el cual se aplicaba desde antes de la adopción del texto constitucional. El principio incluye a todos los nacidos en suelo argentino, incluidos los consulados y las embajadas en territorio extranjero, y las naves o aeronaves con bandera argentina. Desde fines de la década de los 80, Argentina ha firmado convenios de doble nacionalidad con algunos Estados –principalmente con Italia y con España–, por medio de los cuales los descendientes de inmigrantes de tales países pueden acogerse al *jus sanguinis*, y permanecer ciudadanos de tales países sin perder ninguno de los derechos que tienen originalmente como ciudadanos argentinos/as. En otros contextos, Francia y Reino Unido han aplicado tradicionalmente el *jus soli*, mientras que España utiliza el *jus sanguinis* así como una forma limitada del *jus soli*. Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Estados Unidos, Ecuador, Jamaica, México, Perú, Uruguay, Venezuela, Guayana Francesa, aplican también el *jus soli*, originalmente como respuesta a las necesidades de población europea para colonizar el continente.

42 O'Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 1989, pp. 206-232. Estas normas no se aplican de modo exclusivo, sino que el *jus soli* y el *jus sanguinis* aparecen combinados de diversa manera. La situación particular de los apátridas es tratada en el apartado 4.3. de este comentario.

43 En lo que se relaciona con la protección a la familia, y del niño en particular, en consonancia con el artículo 11.2. de la CADH, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley), sin injerencias ilícitas. Además, dispone que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

el ejercicio de los derechos, establecida en el artículo 1.1. de la Convención. Por lo tanto, el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació.⁴⁴

El instrumento que contribuye a llenar el vacío jurídico señalado es la Convención para reducir los casos de Apatridia, la cual obliga a los Estados partes a permitir la adquisición de su nacionalidad por *jus soli* y por *jus sanguinis*, respecto de personas que, de otra forma, quedarían apátridas.⁴⁵

Por su parte, la Corte IDH en numerosas oportunidades consideró que el “principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación” determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que contengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.⁴⁶ En el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte IDH sostuvo que al negarles la nacionalidad a las dos niñas, el Estado dominicano había actuado en forma contraria al interés superior del niño,⁴⁷ y en la sentencia del caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte IDH sostuvo que:

44 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, p. 259. (énfasis agregado)

45 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos* Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, op. cit., pp. 564-567. “Aunque hay focos de personas apátridas en todo el mundo, la apatridia es particularmente aguda en el sureste y centro de Asia, en Europa Oriental, el Medio Oriente y algunos países de África. La mayoría de los países en las Américas otorgan ciudadanía a cualquier persona que nazca en su territorio, entonces esta región tiene la incidencia más baja de apatridia.” ACNUR. *Bajo el radar y desprotegidos. La necesidad urgente de abordar los derechos de los niños apátridas*. 2012.

46 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 44. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, op. cit., párrs. 88 y 101. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 185. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 141. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 264. Comité de los Derechos del Niño ONU sostuvo que: “Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.” Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6 “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, 2005, párr. 12. También, pueden consultarse, Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2.2., 7º y 8º; Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 9º; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5º d) (iii); y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29. En este sentido, ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ONU. Recomendación General n.º 30 “Discriminación contra los no ciudadanos”, 2004.

47 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 165-166. “El principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y reconocido en muchos otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Los Estados deben respetar este principio en sus actuaciones legislativas y administrativas relacionadas con la nacionalidad, entre otras cosas aplicando salvaguardas para evitar la apatridia entre los niños. Tal y como recordó el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño en su observación general relativa al artículo 6 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, ‘que un niño se convierta en apátrida suele ser la antítesis del interés superior del niño’. La aplicación de este principio implica, entre otras cosas, que el niño debe adquirir una nacionalidad al nacer o tan pronto como sea posible después del nacimiento.” Consejo DHONU. Informe del Secretario General “Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados...”,

En relación con el momento en que resulta exigible la observancia de los deberes estatales respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia, en el marco del derecho internacional pertinente, ello es *al momento del nacimiento de las personas*. En tal sentido, el P[IDCP] establece que las niñas o los niños nacidos en el territorio adquieren la nacionalidad del Estado en que nacen automáticamente al momento del nacimiento si de otro modo serían apátridas.⁴⁸

Asimismo, la Corte IDH agregó que:

[...] si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *jus sanguinis*, aquel Estado conserva la obligación de concederle (*ex lege*, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia, de acuerdo con el artículo 20.2. de la C[ADH]. Esta obligación se aplica también en el supuesto de que los padres no puedan (por la existencia de obstáculos *de facto*) registrar a sus hijos en el Estado de su nacionalidad.⁴⁹

A/HRC/31/29, 16 de diciembre de 2015, párr. 9. En este sentido, se sostuvo: “[d]e los artículos 7 y 11 de la CDN se desprende que a un niño no se le debe dejar en estado de apatridia durante un periodo largo de tiempo: el niño debe adquirir una nacionalidad al nacer o tan pronto como sea posible después del nacimiento. Las obligaciones impuestas a los Estados por el CDN no sólo están dirigidas al Estado de nacimiento de un niño, sino a todos los países con los que un niño tiene un vínculo pertinente, como a través de parentesco o de residencia. En el contexto de la sucesión de Estados, los Estados predecesores y sucesores también pueden tener obligaciones.” ACNUR. Directrices sobre la Apatridia n.º 4. Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, 21 de diciembre de 2012, párr. 11. En relación con el no reconocimiento de la relación de filiación por parte del Estado de niños nacidos mediante vientre de alquiler y sus progenitores, pueden consultarse los casos del TEDH. *Caso Mennesson vs. France*, Sentencia n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014; y TEDH. *Caso Labassee vs. France*, Sentencia n.º 65941/11, de 26 de junio de 2014. En ambos se invocó el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del CEDH por el perjuicio que para el interés superior del niño se derivaba del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero. Se trataba de niños nacidos en Estados Unidos, a los cuales Francia les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. En otras palabras, Francia no reconoció a los niños como ciudadanos franceses. El TEDH consideró que negar la inscripción en el Registro Civil vulneraba el artículo 8 del citado Convenio que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, derecho que puede verse afectado por la indeterminación de su identidad filial, y que, por consiguiente, los privaba de la nacionalidad francesa así como de todos los derechos derivados de ella. Para un análisis del derecho de los niños a su protección especial en relación con el derecho a la nacionalidad e interés superior del niño, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

48 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 258. “En prácticamente todos los casos de apatridia infantil, la mejor solución radica en otorgar a los niños la nacionalidad del país en el que nacen y donde han vivido todas sus vidas. Es preciso que esto se logre lo antes posible para que ningún niño crezca bajo las privaciones que causa la apatridia. No solo es congruente con el interés superior del niño, sino también con el interés del Estado, abordar la apatridia en el momento del nacimiento o lo más pronto posible después de este. Los niños apátridas deben poder disfrutar sus derechos fundamentales, incluidos los de educación y salud, hasta que adquieran una nacionalidad. Esto contribuye a la integración y la cohesión social.” ACNUR. Aquí estoy, aquí pertenezco. La urgente necesidad de acabar con la apatridia infantil, ACNUR/UNHCR, División Protección Internacional, 2015, p. 23. En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados instó a los Estados a que, entre otras, adopten las siguientes medidas: permitir que los niños obtengan la nacionalidad del país donde nacen si de otra forma se convertirían en apátridas; reformar las leyes que impiden a las madres transmitir la nacionalidad a sus hijos en igualdad de condiciones con los padres; eliminar las leyes y las prácticas que privan a los niños de la nacionalidad por causa de su etnia, raza o religión; garantizar el acceso universal al registro de nacimientos para prevenir la apatridia. *Ibidem*.

49 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 261. “La inscripción universal de los nacimientos es importante para promover el ejercicio efectivo del derecho del niño a una nacionalidad. El derecho de todo niño a ser inscrito al nacer está reconocido como derecho humano fundamental, que debe cumplirse independientemente de la cuestión de la adquisición de una nacionalidad. Al documentar la filiación y el lugar y la fecha de nacimiento de un niño, la inscripción del nacimiento también cumple la función importante de ayudar a los niños a reivindicar su derecho a la nacionalidad. En algunos casos, la falta de acceso a la inscripción del nacimiento supone un obstáculo directo para que el Estado reconozca a un niño como nacional suyo. Los grupos considerados más vulnerables en caso de no inscripción del nacimiento como consecuencia de la discri-

Por su parte, el Comité DHONU, sostuvo, con relación al artículo 24 del PIDCP, que:

[l]os Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento. A este respecto, no se admite ninguna discriminación, en la legislación interna, con respecto a la adquisición de la nacionalidad, entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales o de padres apátridas o por causa de la nacionalidad de uno de los padres o de ambos padres.⁵⁰

Finalmente, el mismo Comité DHONU agregó que en “los informes de los Estados partes deberían siempre indicarse las medidas adoptadas para garantizar que los niños tengan una nacionalidad”.⁵¹

- minación estructural, entre ellos los migrantes indocumentados, los grupos indígenas, minoritarios o nómadas, los refugiados, los desplazados internos y los apátridas, también corren un mayor riesgo de que se ponga en entredicho su nacionalidad cuando no se puede efectuar el registro del nacimiento. Los Estados deben prestar especial atención a ambos aspectos y suprimir cualquier obstáculo al acceso a los procedimientos de inscripción y al ejercicio efectivo del derecho a la nacionalidad de los niños en esas circunstancias. Los Estados deben velar por que la inscripción de los nacimientos sea gratuita y accesible para todos los niños y expedir certificados de nacimiento a todos los niños nacidos en su territorio, sin discriminación y con independencia de la nacionalidad de los padres o de su apatridia, su situación relativa a la residencia u otra condición jurídica.” Consejo DHONU. Informe del Secretario General “Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados...”, A/HRC/31/29, 16 de diciembre de 2015, párr. 15. En este sentido, se sostuvo que: “[l]os problemas que surgen al tener que demostrar la nacionalidad debido a la no inscripción de nacimiento, pueden afectar no sólo a personas del interés del ACNUR, sino también a la población en general. Las siguientes categorías de personas, que no son mutuamente excluyentes, podrían estar en riesgo de apatridia debido a la no inscripción de nacimiento: Personas que viven en zonas fronterizas donde la no inscripción de nacimiento puede llevar a confusión respecto a la nacionalidad de un país o del otro; [l]as minorías y las personas con vínculos reales o percibidos con Estados extranjeros; [l]as poblaciones nómadas o semi-nómadas cuyos territorios atraviesan fronteras nacionales; [l]as poblaciones migrantes en las que pueden presentarse problemas para demostrar la nacionalidad del país de origen, cuando una generación o más nace fuera de dicho país (un riesgo que va aumentando con cada generación subsiguiente). El riesgo de apatridia puede aumentar en dichos grupos a consecuencia de otras circunstancias, como el caso de ciertas culturas en las que no se registra el nacimiento de las niñas porque la familia no toma las medidas administrativas necesarias, o el caso de niños o niñas nacidas fuera del matrimonio, especialmente como consecuencia de la explotación y el abuso sexual.” ACNUR. Apatridia. Actuación del ACNUR para afrontar la apatridia. Nota sobre estrategias a seguir, División de Protección Internacional, 2010, p. 12.
- 50 Comité DHONU. Observación General n.º 17 “Derechos del Niño (artículo 24)”, 1989, párr. 8. “El principio de no discriminación es un principio rector del derecho internacional de los derechos humanos y se aplica a la interpretación y el ejercicio efectivo del derecho a una nacionalidad. Presupone que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Impedir que un niño obtenga una nacionalidad por motivos discriminatorios constituye un acto de privación arbitraria de la nacionalidad [...]”. Consejo DHONU. Informe del Secretario General “Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro modo serían apátridas”, *op. cit.*, párr. 8. En relación con la prohibición de discriminación entre hijos legítimos y nacidos fuera del matrimonio en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, ver TEDH. *Caso Genovese vs. Malta*, Sentencia n.º 53124/09, de 11 de octubre de 2011.
- 51 Comité DHONU. Observación General n.º 17, *op. cit.*, párr. 8º. Comité de los Derechos del Niño ONU “[l]os niños con discapacidad son vulnerables de forma desproporcionada a que no se los inscriba en el registro al nacer. Sin el registro del nacimiento no están reconocidos por la ley y se convierten en invisibles en las estadísticas gubernamentales. La no inscripción en el registro tiene profundas consecuencias para el disfrute de sus derechos humanos, en particular la falta de nacionalidad y acceso a los servicios sociales y de salud y a la educación. Los niños con discapacidad cuyo nacimiento no se escribe en el registro corren un mayor riesgo de descuido, institucionalización e incluso muerte [...]. A la luz del artículo 7 de la Convención [sobre los Derechos del Niño], el Comité recomienda que los Estados partes adopten todas las medidas apropiadas para garantizar la inscripción de los niños con discapacidad al nacer. Estas medidas deben incluir el desarrollo y la aplicación de un sistema eficaz de inscripción de nacimientos, la exención de las tasas de inscripción, la introducción de oficinas de inscripción móviles y, para los niños que todavía no estén inscritos, unidades de inscripción en las escuelas. En este contexto, los Estados partes deben garantizar que las disposiciones del artículo 7 se aplican plenamente de conformidad con los principios de la no discriminación (art. 2) y del interés superior del niño (art. 3)” Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 9 “El derecho de los niños con discapacidades”, 2006, párrs. 35-36. Respecto de los niños indígenas, en la Observación General n.º 11 “Los

4.1.2. Adquisición de la nacionalidad por medio de la naturalización

La adquisición de la nacionalidad a través de la naturalización requiere una manifestación de voluntad por parte de la persona y, además, una concesión –también voluntaria– por parte del Estado que la otorgue.

Para su otorgamiento es necesario que la persona que lo solicite reúna determinados requisitos especificados por las diferentes legislaciones; por ejemplo, aquellos tendientes a comprobar la vinculación del interesado con el país (residencia durante determinado tiempo, conocimiento de idioma), pérdida de nacionalidad anterior y no haber requerido otra nacionalidad por medio de la naturalización. En otras palabras, la naturalización es un reconocimiento que un Estado determinado brinda a quien desee y se encuentre en condiciones legales de ser miembro de su comunidad política.

La nacionalidad por medio de la naturalización confiere a la persona la condición de nacional, pero no la coloca necesariamente en una situación de absoluta igualdad con relación al nacional de origen (por ejemplo, en determinadas sociedades el naturalizado no es elegible para el desempeño de altos cargos públicos).

Entre otras causas de revocación de la naturalización se encuentran la comisión de determinados delitos, o algún tipo de conducta manifiesta, el permanecer cierto tiempo fuera del país.⁵²

Al respecto, la Corte IDH, en la opinión consultiva sobre la *propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, consideró que una ley orientada a restringir las condiciones para adquirir la nacionalidad por naturalización, pero que no priva a ningún nacional de su nacionalidad ni de su derecho de cambiarla no puede considerarse incompatible con lo dispuesto por el artículo 20 de la CADH.⁵³ En otras palabras, consideró que el citado artículo 20 no limitaba la discreción que siempre ha caracterizado la potestad de los Estados con respecto a la naturalización, en virtud de que:

Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originalmente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que en un momento dado, se exijan nuevas condiciones, enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan

niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, 2009, el mismo Comité sostuvo que: “[...] los Estados partes deberían tomar medidas especiales para la debida inscripción de los niños indígenas, incluidos los que residen en zonas apartadas [...] deberían velar por que se informe a las comunidades indígenas de la importancia de la inscripción de los nacimientos y las consecuencias negativas que el hecho de no inscribir los nacimientos tiene sobre el disfrute de otros derechos de los niños [...] deberían velar por que los niños indígenas puedan tener los nombres indígenas que sus padres elijan de acuerdo con sus tradiciones culturales, así como velar por el derecho a preservar su identidad.” Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 11, *op. cit.*, párrs. 42-44.

52 Por su parte, el Comité DHONU sostuvo que negar la naturalización con base en los antecedentes penales de una persona no sería arbitrario, aun cuando esta persona tuviese vínculos estrechos con el país. Comité DHONU. *Caso Stewart vs. Canadá*, Comunicación n.º 538/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993, 1996.

53 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párrs. 42 y 48.

vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad.⁵⁴

En este sentido, estimó razonable el establecimiento de requisitos para la naturalización, tales como el conocimiento del idioma, la historia y los valores nacionales.⁵⁵

4.1 .3. Adquisición de la nacionalidad por la mujer como consecuencia del matrimonio

Durante el siglo XIX en numerosas legislaciones regía el principio según el cual la mujer adquiría la nacionalidad del marido por el hecho de contraer matrimonio. Con los años se advirtió que estas disposiciones generaban numerosos problemas como, por ejemplo, que en ciertas oportunidades la mujer perdía la nacionalidad de origen sin adquirir la nacionalidad del marido o adquiría dos nacionalidades. El problema central era que la voluntad de la mujer involucrada no era considerada. Por ello, la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer,⁵⁶ de 1933, contempló la cuestión más general de la discriminación por sexo y estableció que la legislación o prácticas de los Estados contratantes no debían establecer distinciones con respecto a la nacionalidad basadas en el sexo.⁵⁷

Posteriormente, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada,⁵⁸ de 1957, dispuso en su artículo 1 que “[...] ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer”. Asimismo, estableció que si uno de sus nacionales adquiere voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o renuncia a su nacionalidad, ello no constituye impedimento para que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee.⁵⁹ Además, prescribe que la mujer extranjera casada –si lo solicita– podrá adquirir la nacionalidad del marido mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada. Finalmente, prescribe que estas disposiciones no podrían interpretarse de modo que afectasen a la legislación o a la práctica judicial que permitía a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir la nacionalidad del marido con su pedido.⁶⁰

En sentido similar, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia señala que: “[...] si la legislación de un Estado contratante prevé la pérdida de la nacionalidad como consecuencia de un cambio de estado tal como el matrimonio, dicha pérdida estará subordinada a la posesión o la adquisición de la nacionalidad de otro Estado [...]”.⁶¹

El Comité DHONU se ha pronunciado en varias oportunidades respecto del tema en cuestión. En este sentido, y de forma complementaria a los tratados mencionados, deben tenerse en consideración la Observación General n.º 4 (derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos);⁶² la Observación General n.º 18 (no discriminación);⁶³ la Observación General n.º 23 (derecho de las minorías);⁶⁴ la Observación General n.º 25 (la participación en los asuntos públicos y el

54 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op.cit.*, párr. 36.

55 *Ibidem*, párr. 63.

56 Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, adoptada en Montevideo en el marco de la Séptima Conferencia Internacional Americana el 26 de diciembre de 1933, y entrada en vigencia el 29 de agosto de 1934.

57 *Ibidem*, artículo 1.

58 Convención sobre la Nacionalidad de la mujer casada, abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957. Esta Convención entró en vigencia el 11 de agosto de 1958, de conformidad con el artículo 6º.

59 Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, *op. cit.*, artículo 2.

60 *Ibidem*, artículo 3.

61 Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 5.1. En este sentido, puede consultarse la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, *op. cit.*

62 Comité DHONU. Observación General n.º 4, “Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos”, 13º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141, 1981.

63 Comité DHONU. Observación General n.º 18, “No discriminación”, 37º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1989.

64 Comité DHONU. Observación General n.º 23, “Artículo 27 - Derecho de las minorías”, 50º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183, 1994.

derecho de voto);⁶⁵ la Observación General n.º 27 (libertad de circulación);⁶⁶ y la Observación General n.º 28 (La igualdad de derechos entre hombres y mujeres).⁶⁷

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece sobre el tema que “los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad”.⁶⁸

Por lo demás, “garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge”.⁶⁹

4.2. Derecho a cambiar la nacionalidad

La DADDH señala que toda persona tiene derecho a cambiar la nacionalidad si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela. Por su parte, como fuera señalado, específicamente la CEDAW establece que la mujer tiene este derecho.⁷⁰

La CIDH sostuvo en el caso *Estiverne vs. Haití*,⁷¹ al resolver sobre la recuperación de la nacionalidad haitiana del peticionante que se había convertido en ciudadano estadounidense, que el derecho a cambiar de nacionalidad comprendía el derecho de una persona que había renunciado a su nacionalidad de origen mientras vivía en el exilio durante un largo periodo de represión, a recuperar su nacionalidad original.

65 Comité DHONU. Observación General n.º 25, “Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”, 57º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194, 1996.

66 Comité DHONU. Observación General n.º 27, “Artículo 12 - La libertad de circulación”, 67º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 1999.

67 El Comité DHONU en la Observación General n.º 28 sostuvo que la desigualdad que padecen las mujeres en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El artículo 3 del PIDCP señala que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Por consiguiente, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto. En este sentido, deben adoptar todas las medidas necesarias para hacerlo posible así como eliminar los obstáculos que se interpongan en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar las legislaciones internas; en otras palabras, adoptar medidas de protección y medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria. Los Estados son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. En especial, deberán cerciorarse de que no haya discriminación por razones de sexo en relación con la adquisición o la pérdida de la nacionalidad en razón del matrimonio, los derechos de residencia, entre otros. Los Estados partes deberán proporcionar información acerca de las disposiciones legislativas o las prácticas que restrinjan el derecho de la mujer a la libertad de circulación; por ejemplo, el ejercicio de atribuciones del marido sobre la esposa o atribuciones del padre sobre las hijas adultas y las exigencias de hecho o de derecho que impidan a la mujer viajar, como el consentimiento de un tercero para que se expida un pasaporte u otro tipo de documento de viaje a una mujer adulta. *Cfr.* Comité DHONU. Observación General n.º 28, “Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, *op. cit.*

68 Sobre este tema, ver Consejo DHONU. Eliminación de la discriminación en contra de la mujer, A/HRC/20/L.11, adoptada el 5 de julio de 2012. Consejo DHONU. El derecho a la nacionalidad: mujeres y niños, A/HRC/20/L.8, *op. cit.*; Consejo DHONU. Eliminación de la discriminación en contra de la mujer. A/HRC/26/L.12, adoptada el 23 de junio de 2014.

69 CEDAW, artículo 9.1. El Comité CEDAW sostuvo que: “[l]a nacionalidad es esencial para la plena participación en la sociedad. En general, los Estados confieren la nacionalidad a quien nace en el país. La nacionalidad también puede adquirirse por el hecho de residir en un país o por razones humanitarias, como en el caso de la apatridia. Una mujer que no posea la ciudadanía carece de derecho de voto, no puede ocupar cargos públicos y puede verse privada de prestaciones sociales y del derecho a elegir su residencia. Una mujer adulta debería ser capaz de cambiar su nacionalidad y no debería privársele arbitrariamente de ella como consecuencia del matrimonio o la disolución de este o del cambio de nacionalidad del marido o del padre.” Comité CEDAW. Recomendación General n.º 21 “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1994, párr. 6.

70 *Ibidem*, artículo 9.

71 CIDH. Resolución n.º 20/88, *Caso Estiverne vs. Haití*, Caso 9855, de 24 de marzo de 1988.

4.3. Privación de la nacionalidad: caso de los apátridas

De acuerdo con la normativa internacional, el derecho de la persona a no ser privada de su nacionalidad no es absoluto.⁷² La nacionalidad puede perderse en determinados casos por disposición del Estado de origen, con fundamento en ciertas causas que comportan la desvinculación de la persona respecto de ese país. A esta situación se la denomina apatridia.⁷³

72 Una parte de la literatura considera el caso de la Corte IDH *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, como un caso sobre nacionalidad que, sin embargo, no lo es en sentido estricto. En esta sentencia se debatió la compatibilidad de la CADH con la aplicación de legislación penal antiterrorista y justicia penal militar, sin las garantías del debido proceso así como las condiciones de detención impuestas a personas acusadas de terrorismo. La demanda se fundamentaba en la presunta violación, por parte del Perú, del artículo 20 de la CADH por el juzgamiento y condena de ciudadanos chilenos por el delito de ‘traición a la patria’, sin tener en consideración que Perú no era la ‘patria’ de los acusados, además de haber vulnerado otras garantías de los peticionantes. La Corte IDH declaró por unanimidad que el Estado no había violado el artículo 20 de la CADH pero, no obstante, sí había violado los artículos 1.1., 2, 7.6., 8 y 25 del mismo tratado. El problema fue que la denominación del tipo penal en la legislación peruana como ‘traición a la patria’ en lugar de ‘rebelión’ u otras denominaciones comúnmente utilizadas en legislación sobre seguridad nacional en el contexto del caso era casi anecdótica, ya que el contenido de la norma en sí era legislación antiterrorista latinoamericana característica de la época y no respondía a la clásica tipología de ‘traición a la patria’. La discusión sobre el *nomen juris* oscureció el hecho de que, en definitiva, se trataba de una norma antiterrorista destinada a aplicarse a nacionales y extranjeros por igual (salvo salvaguardas consulares), pero que fue nombrada de forma confusa, por decir lo menos. En la discusión del caso se enfatizó el problema de la imposibilidad de aplicar el tipo de ‘traición a la patria’ peruana a una persona de nacionalidad chilena, pero como se mencionó, ello desvió la atención del problema central que planteaban los hechos.

73 “Es seguro que en el siglo XIX la carencia de nacionalidad no dejó de plantearse como un problema político en Europa, con la emigración que siguió a los movimientos revolucionarios de 1848 y con grupos como los gitanos y los judíos, que no eran necesariamente considerados naturales de ningún país. Por eso el término apátrida –que significa, para un individuo, ser extranjero en todos los países y por ende carecer de derechos políticos y sufrir restricciones en materia de derechos civiles– surge en el siglo XIX, mostrando la existencia del problema [...]. El fin de la primera Guerra Mundial, sin embargo, modificó radicalmente ese patrón con la aparición, en escala numéricamente inédita, de personas que no eran bienvenidas en ningún sitio y que no podían ser asimiladas en ninguna parte. Esas personas desplazadas, observa Hannah Arendt, se convirtieron en la escoria de la tierra, pues al perder sus hogares, su ciudadanía y sus derechos se vieron expulsados de la trinidad Estado-Pueblo-Territorio. Pasaron a ser personas desplazadas en el ámbito de un sistema inter-estatal basado en el principio de las nacionalidades.” En este sentido, “[a]ntes de la primera Guerra Mundial, el número de apátridas en un determinado país era relativamente pequeño, y la posibilidad de las personas de cruzar fronteras sin pasaportes ni visas y permanecer sin ser molestadas en países de residencia provisoria, hacía que el problema de la apatridia tuviera un interés internacional relativamente insignificante. Sin embargo, las medidas masivas de desnacionalización puestas en práctica por los regímenes soviético, fascista y nazi, por razones políticas o raciales, crearon grupos significativamente grandes de apátridas y motivaron esfuerzos internacionales por perfeccionar el status jurídico de los apátridas y eliminar la apatridia automática causada por conflicto de leyes de nacionalidad [...]. En efecto, el número de personas convertidas en apátridas, no por lo que hicieron sino simplemente por lo que eran, hizo difícil la aplicación del derecho de asilo territorial, que es un instituto concebido para ser aplicado individualmente. Un individuo se beneficia del asilo por haber sido acusado, en un país, de la práctica de crímenes políticos –de pensamiento o de acción– que el Estado que concede el asilo entiende que no deben ser castigados. por eso mismo el asilo no es un derecho para atender a un gran número de personas, es un derecho para individuos y por esa razón en este periodo sólo sirvió para aquellos cuya fama y reputación los distinguían de las multitudes de apátridas anónimos. del mismo modo, no eran aplicables a la multitud de apátridas los institutos clásicos de naturalización y repatriación [...]. Esos seres sin privilegios ni podían recurrir a los derechos humanos y esa situación dio inicio a la ruptura, ya que tuvo consecuencias jurídicas extremadamente serias en un contexto que llegó a caracterizarse por el cambio del patrón de normalidad del sistema inter-estatal vigente hasta entonces, que se basaba en la premisa de la distribución regular de los individuos entre los Estados de los que eran nacionales.” Lafer, C., *op. cit.*, pp. 160, 162, 166 y 167. Asimismo, ver Kesby, A. *The Right to have Rights, Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford University Press, 2012. En el mismo sentido: “[...] la apatridia es una situación anormal que tiene serias consecuencias legales para la persona y el Estado. En países que siguen el ‘sistema de la nacionalidad’ para la determinación del estado civil y la capacidad de las personas, el apátrida puede verse imposibilitado de ejercer los derechos civiles, y a fin de evitar tal extremo las leyes locales han debido disponer que para esos individuos rige la ley del domicilio. Pero subsisten otras consecuencias no menos graves: aquellas personas, puesto que carecen de nacionalidad, no pueden obtener pasaporte ni pueden ser objeto de protección diplomática, y en caso de expulsión sucede a menudo que no encuentran país que las admita.” Podestá Costa, L. A. y Ruda, J. M., *op. cit.*, p. 403.

La apatridia, que fue reconocida por primera vez como un problema global durante la primera mitad de la *siglo XX*, puede ser resultado de disputas entre los Estados acerca de la identidad jurídica de los particulares, la sucesión de Estados,⁷⁴ la marginación prolongada de grupos específicos dentro de la sociedad, o de despojar a los individuos o grupos de su nacionalidad. La apatridia es normalmente asociada a los periodos de cambio profundo en las relaciones internacionales.⁷⁵

Tanto la DUDH como la DADDH y la CADH imponen una misma condición a la privación de nacionalidad: que no se lleve a cabo en forma arbitraria. Por su parte, la CEDAW establece que los Estados garantizarán “que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge”.⁷⁶

La apatridia está regulada tanto por la Convención relativa al estatuto de los Apátridas,⁷⁷ como por la Convención para reducir los casos de apatridia,⁷⁸ que dispone que los Estados deben adoptar en su legislación medidas para afrontar la apatridia originada al nacer o en otro momento de la vida y establece, además, las obligaciones de los Estados en caso de sucesión de Estados (entre otros, la transferencia de una parte del territorio, de un Estado a otro; la separación de una parte del territorio de un Estado y la formación de otro u otros Estados; la disolución de un Estado y la formación de dos o más Estados).

La Convención relativa al estatuto de los Apátridas define a una persona apátrida como “[...] toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.⁷⁹ De este modo, el apátrida tiene la obligación de acatar las leyes y reglamentos del país donde se encuentre.⁸⁰

La Convención para reducir los casos de apatridia en su artículo 1 establece que “todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida

74 Puede consultarse, el Convenio sobre la Prevención de los Casos de Apatridia en relación con la Sucesión de Estados. “[...] cuando hay más de un Estado sucesor, no todos los Estados sucesores tienen la obligación de conceder su nacionalidad y, por consiguiente, impone a los Estado la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para impedir que se caiga en la apatridia. En el contexto de la sucesión de Estados, se conviene en general en que los Estados pueden exigir, para conceder si nacionalidad, que se renuncie a la nacionalidad de otro Estado, siempre que el procedimiento no lleve a la apatridia [...]” Consejo DHONU. Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/13/34, 14 de diciembre de 2009, párr. 54.

75 Cfr. ACNUR. *Inter-Parliamentary Union. Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians*. Handbook for Parliamentarians n.º 11, 2005.

76 CEDAW, *op. cit.*, artículo 9.1.

77 Convención relativa al estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su Resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Esta Convención entró en vigor el 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39. “La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 constituye la piedra angular del régimen de protección internacional para las personas apátridas. La Convención de 1954 es similar en muchos sentidos a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. La Convención de 1954 aporta una definición de persona apátrida (*de jure*) y establece un estatuto reconocido a nivel internacional para las personas apátridas, el cual les confiere ciertos derechos como el relacionado con la emisión de documentos de identidad y de viaje [...]”. ACNUR. Apatridia. Actuación del ACNUR para afrontar la apatridia. Nota sobre estrategias a seguir, División de Protección Internacional, 2010, p. 5. El Estatuto “vincula a 32 Estados, busca conferir a los destituidos de nacionalidad los beneficios de la legalidad en el Estado en que se encuentran, concediéndoles tratamiento nacional en ciertas materias —como libertad de religión (art. 4), propiedad intelectual e industrial (art. 14), derecho de acceso a los tribunales (art. 16), educación pública (art. 22)— y tratamiento igual al dispensado a los extranjeros en general en otras, como propiedad mobiliaria e inmobiliaria (art. 13), profesiones asalariadas (art. 17), profesiones liberales (art. 19), alojamiento (art. 21), libertad de circulación (art. 26). El Estatuto limita el arbitrio del Estado en lo que toca a la expulsión (art. 31) y estimula la asimilación y naturalización de los apátridas (art. 32)”. Lafer, C., *op. cit.*, p. 177.

78 Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada el 30 de agosto de 1961 por la Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la Resolución n.º 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954.

79 Convención relativa al estatuto de los apátridas, artículo 1.

80 Convención relativa al estatuto de los apátridas, artículo 2.

[...].”⁸¹ Según el citado artículo la nacionalidad se concederá: 1. de pleno derecho en el momento del nacimiento, o 2. mediante una solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescripta por la legislación del Estado de que se trate.

Así, la citada Convención señala que cada Estado podrá subordinar la concesión de su nacionalidad a determinadas condiciones (por ejemplo, que el interesado haya residido habitualmente en el territorio nacional por un periodo fijado por el Estado contratante, que no haya sido condenado por un delito contra la seguridad nacional ni a una pena de cinco o más años de prisión por un hecho criminal, que no haya adquirido una nacionalidad al nacer o posteriormente).⁸²

La Corte IDH en el mencionado caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sostuvo al respecto que:

Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.⁸³

[...]

Una persona apátrida, [...] no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerequisite del reconocimiento de la personalidad jurídica.⁸⁴

81 “El concepto que ‘de otro modo sería apátrida’, significa que el niño sería apátrida a menos que un Estado contratante con el que él o ella tiene un vínculo por medio del nacimiento en su territorio, o del nacimiento de un nacional de dicho Estado que le otorgue a ese niño su nacionalidad. Para determinar si un niño resultara de otro modo apátrida se requiere determinar si el niño ha adquirido la nacionalidad de otro Estado, ya sea de sus padres (principio *jus sanguinis*) o del Estado en cuyo territorio haya nacido (principio *jus soli*). Los niños son siempre apátridas cuando sus padres son apátridas y si han nacido en un país que no concede la nacionalidad por razón de nacimiento en el territorio. Sin embargo, los niños también pueden ser apátridas si nacen en un Estado en el que no es aplicable el principio de *jus soli* y si uno o ambos padres poseen una nacionalidad pero ninguno de los dos la puede conferir a sus hijos. La prueba es si un niño es apátrida porque él o ella no adquiere ni la nacionalidad de sus padres ni la del Estado donde nació; no es una investigación sobre si los padres de un niño son apátridas. La restricción de la aplicación del artículo 1 de la Convención de 1961 a los hijos de padres apátridas es insuficiente a la luz de las diferentes formas en que un niño puede resultar apátrida y contraria a los términos de dichas disposiciones.” ACNUR. Directrices sobre la Apatridia n.º 4. Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, 21 de diciembre de 2012, párr. 18.

82 Convención para reducir los casos de apatridia, op. cit., artículo 1.

83 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 142. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 257. “Las salvaguardas en las leyes de nacionalidad que protegen contra la apatridia al nacer, evitan el traspaso de la apatridia de una generación a otra. Asimismo, ayudan a prevenir la apatridia cuando los padres tienen una nacionalidad pero no la pueden transmitir a sus hijos, o cuando los niños han sido abandonados y sus padres son desconocidos. Las leyes de nacionalidad de más de la mitad de los Estados del mundo carecen de salvaguardas, o son inadecuadas, para otorgar la nacionalidad a los niños que nacen apátridas en su territorio. En ciertos casos, las leyes de nacionalidad pueden incluir salvaguardas, pero existen vacíos en su aplicación [...] los niños abandonados, cuyos padres no pueden ser identificados (expósitos) constituyen otro grupo en riesgo de apatridia. Casi un tercio de todos los Estados carecen de disposiciones en su legislación sobre nacionalidad para otorgar la nacionalidad a estos niños abandonados encontrados en su territorio [...]”. ACNUR. Aquí estoy, aquí pertenezco..., op. cit., p. 8.

84 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 178. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 265. Al respecto, se ha señalado que: “[e]l apátrida no encuentra un lugar en la familia de las naciones, y de ese modo pierde, en primer lugar su elemento básico de conexión con el derecho internacional público, que es la nacionalidad, puesto que el nexo tradicional entre el individuo y el derecho de gentes se establece a través de la nacionalidad, que permite la protección diplomática, resultante de la competencia del Estado en relación

[...]

Este Tribunal encuentra que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad [...] [l]a situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva).⁸⁵

Como se señaló, el PIDCP en el artículo 24.3. se refiere el derecho a la nacionalidad pero solo con relación a los niños, sin precisar otras obligaciones para el Estado. La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 7 garantiza el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad y, a pesar de que la redacción del artículo es clara, no lo es la forma en la que opera este derecho respecto de la obligación de los Estados.⁸⁶ Por esa razón, el Comité de los Derechos del Niño cumple un rol fundamental en este tema, a fin de esclarecer las obligaciones de los Estados respecto de los niños apátridas.⁸⁷

con sus nacionales. La condición de apátrida provoca también la pérdida de un elemento de conexión con el orden jurídico interno de los Estados, que afecta la vida de las instituciones jurídicas en forma radicalmente nueva y nada tiene que ver con la clásica distinción entre nacionales y extranjeros. En efecto, el apátrida, sin derecho a residir ni a trabajar, vivía permanentemente al margen de la ley, transgrediendo el orden jurídico del país en que se hallaba, sin cometer ningún delito, estaba siempre expuesto a ir a la cárcel, ya que su mera presencia y existencia en un territorio nacional constituía una anomalía. Por eso para el apátrida la única manera de establecer un vínculo apropiado con el orden jurídico nacional era cometer efectivamente un delito [...] una forma paradójica de recuperar cierta igualdad humana, porque en cuanto delincuente, en un Estado de derecho, el apátrida se veía tratado igual que cualquier otra persona en las mismas condiciones [...] era frecuentando el Código Penal común a todos que el apátrida se convertía en una persona, un sujeto dotado de derechos y obligaciones, recuperando de ese modo la condición humana.” Lafer, C., *op. cit.*, pp. 168-169.

85 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 172-173.

86 En este sentido, el Comité DHONU sostuvo que: “[...] debería prestarse especial atención, dentro del marco de la protección que ha de otorgarse a los niños, al derecho enunciado en el párrafo 3 del artículo 24 que tiene todo niño a adquirir una nacionalidad. Si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado como consecuencia de su condición de apátrida, no impone necesariamente a los Estados la obligación de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento. A este respecto, no se admite ninguna discriminación, en la legislación interna, con respecto a la adquisición de la nacionalidad, entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales o de padres apátridas o por causa de la nacionalidad de uno de los padres o de ambos padres [...]”. Comité DHONU. Observación General n.º 17, *op. cit.*, párr. 8.

87 Open Society Justice Initiative recomienda, entre otras cosas, que el Comité de Derechos del Niño emita un comentario general sobre los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en consideración el interés superior del niño, a fin de que ningún niño sea privado arbitrariamente de su nacionalidad y, además, que los Estados busquen alternativas para reducir y evitar la apatridia. Por lo demás, señala que el derecho a la nacionalidad de los niños implica que cada niño tiene derecho a la nacionalidad del Estado en el que nace, de lo contrario sería apátrida. Esta obligación está en conformidad con las normas regionales de Europa, África y las Américas. Los niños tienen derecho a adquirir una nacionalidad sobre una base no discriminatoria, sin importar su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad, nacimiento o cualquier otra circunstancia. Además, la legislación nacional no debe permitir la discriminación respecto de la adquisición de la nacionalidad entre aquellos niños nacidos dentro y fuera del matrimonio. En consiguiente, los Estados tienen la obligación de registrar inmediatamente luego del nacimiento a todos los niños nacidos en su territorio y de proporcionarles los documentos necesarios para probar su nacionalidad. Por lo demás, la ley debería disponer que aquel niño que se encuentre en el territorio del Estado se considerará que, en ausencia de pruebas claras que demuestren lo contrario, ha nacido dentro del territorio del cual son nacionales los padres. Los Estados tienen la obligación de otorgar la nacionalidad a niños apátridas que no han nacido en su territorio pero que tienen una residen-

Por otro lado, el 5 de julio de 2012, el Consejo DHONU aprobó una importante resolución sobre el derecho a la nacionalidad que se centra específicamente en la situación de las mujeres y los niños.⁸⁸ Esta resolución constituye un paso importante en el fortalecimiento de las normas jurídicas internacionales que regulan este derecho orientado tanto a la protección de aquellos que no tienen nacionalidad, como a la de quienes sufren una grave discriminación cuando tratan de obtener una prueba de su nacionalidad. El Consejo DHONU reiteró en el texto mencionado que el derecho a una nacionalidad es un derecho humano universal y que nadie puede ser arbitrariamente negado o privado de su nacionalidad, en particular por motivos discriminatorios como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional u origen étnico, posición económica, nacimiento, discapacidad o cualquier otra condición.

Como se indicó, la apatridia afecta a millones de personas en todo el mundo, entre los cuales los más vulnerables son los niños.⁸⁹ Las consecuencias de la falta de la nacionalidad son numerosas y graves.⁹⁰ Muchos de los niños apátridas crecen en condiciones de extrema pobreza y se les niegan los derechos y servicios básicos, como el acceso a la educación y a la salud.⁹¹

cia habitual. Al respecto, los Estados podrán requerir un determinado periodo de residencia antes de la solicitud de la nacionalidad, pero este periodo no podrá extenderse más allá de cinco años. Open Society Justice Initiative, *Children's Right to nationality*, 2011. Disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/addressing-childrens-right-nationality> (fecha de último acceso 1 agosto de 2017). Asimismo, ver Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6, *op. cit.*

88 Consejo DHONU. El derecho a la nacionalidad: mujeres y niños, A/HRC/20/L.8, *op. cit.*

89 “La privación arbitraria de la nacionalidad de un niño es en sí misma una violación de los derechos humanos, siendo la apatridia su consecuencia posible y más extrema. El derecho internacional de los derechos humanos no reposa en la nacionalidad de la persona, sino en la dignidad que es igualmente inherente a todos los seres humanos. En la práctica, sin embargo, las personas que disfrutan del derecho a una nacionalidad tienen un mayor acceso al ejercicio efectivo de varios otros derechos humanos. Algunos derechos políticos fundamentales, como el derecho a votar, a presentarse a elecciones o a desempeñar determinadas funciones públicas, que pueden estar restringidos a los ciudadanos de un país, son una excepción a esta declaración, ya que son ejemplos de derechos humanos que, por lo general, no pueden reivindicar las personas que carecen de una nacionalidad. Todos los demás derechos humanos deben beneficiar a todas las personas, incluidos los niños que hayan sido privados arbitrariamente de la nacionalidad [...]. No existe ningún fundamento jurídico que permita a los Estados que han privado arbitrariamente de la nacionalidad a un niño justificar que se le han denegado otros derechos humanos por razón de la apatridia resultante.” Consejo DHONU. Informe del Secretario General “Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados...”, *op. cit.*, párrs. 27-28.

90 La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sostuvo que las poblaciones apátridas “enfrentan una amplia gama de riesgos de protección”, entre ellos: “[l]a no inscripción o la negativa de inscribir nacimientos y expedir actas de nacimiento (ligado a la prevención de la apatridia); [l]a falta de documentación (y por consiguiente, dificultades para ser reconocida como persona ante la ley, contraer matrimonio, etc); [l]a no determinación o el rehusarse a determinar y reconocer la condición de persona apátrida, así como a otorgar derechos a las personas apátridas; [e]l no reconocimiento del derecho a residir en el propio país y el resultante riesgo de expulsión; [e]l no permitir o rehusar el retorno desde el extranjero de personas apátridas que habitualmente residen en el territorio del país; [l]a detención, especialmente dentro de un contexto de migración, y donde el país de origen se rehúsa a permitir el retorno; [l]a discriminación y el abuso por parte de las autoridades; [u]n alto riesgo de trata y de violencia sexual y por motivos de género; [a]cceso limitado o inexistente a la educación y a la atención en salud; [l]a falta de acceso al mercado laboral; [l]imitantes en la propiedad de bienes inmuebles; [d]ificultades para firmar contratos, obtener licencias o abrir cuentas bancarias.” ACNUR. Apatridia. Actuación del ACNUR para afrontar la apatridia. Nota sobre estrategias a seguir, División de Protección Internacional, 2010, pp. 15-16.

91 En muchos Estados se les niegan el acceso a la educación básica en las escuelas públicas: si un certificado de nacimiento del niño tiene escrita la palabra ‘extranjero’, o si el niño no tiene un certificado de nacimiento simplemente no se lo inscribe (esta fue la situación de las niñas Yean y Bosico en República Dominicana). “La privación arbitraria de la nacionalidad pone a los niños en una situación de mayor vulnerabilidad a las violaciones de los derechos humanos. Los Estados deben velar por que no se niegue a esos niños el disfrute de otros derechos humanos. Los niños no deben ser objeto de discriminación por su condición de apátridas o por cualquier otro motivo. En particular, se les debe permitir ejercer plenamente su derecho a la identidad, a la educación, a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la vida familiar y a la libertad de circulación. Deben estar protegidos en todo momento contra las violaciones flagrantes, como la explotación, la trata, las torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y la privación de la libertad.” Cfr. Consejo DHONU. Informe del Secretario General “Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados...”, *op. cit.*, párr. 46. Comité DESCONU. Observación General n.º 13 (1999), “El

Por lo demás, la falta de documentos de identidad limita la libertad de movimiento o circulación y, muchas veces, quedan sujetos a deportaciones y detenciones arbitrarias prolongadas, lo que los ubica en una situación de extrema vulnerabilidad, de exclusión social y de explotación. El Consejo DHONU sostuvo que la prevención y la reducción de la apatridia son primordialmente responsabilidad de los Estados.⁹²

El Consejo DHONU reconoce las enormes dificultades que enfrentan los niños apátridas y reclama a los gobiernos de todo el mundo reformar las legislaciones que discriminen a la mujer. Además, requiere a los Estados que garanticen el debido proceso en todos los asuntos relacionados con la nacionalidad y que proporcionen recursos efectivos para su obtención. De todos modos, solo alienta a los Estados a “facilitar, de conformidad con su legislación nacional, la adquisición de la nacionalidad de los niños nacidos en sus territorios o de sus nacionales en el extranjero que de otro modo serían apátrida”, sin reconocer expresamente el derecho a la nacionalidad de los niños no nacidos en el país donde residen habitualmente.

4.4. Doble o múltiple nacionalidad

Una persona puede beneficiarse con una nacionalidad doble o múltiple, situación que se configura cuando es reconocida como ciudadana de varios Estados. Esta circunstancia dependerá de la legislación adoptada por cada Estado así como de los acuerdos entre estos. Como se explicó, algunos países otorgan la ciudadanía de sus padres o de uno de sus padres automáticamente al nacer (*jus sanguinis*) o, cuando la persona nace en suelo nacional (*jus soli*); también se puede conceder al momento de contraer matrimonio y, además, a través de la naturalización.

Los instrumentos internacionales reseñados –salvo el PIDCP– reconocen el derecho a renunciar a la nacionalidad para adquirir otra.

4.5. Privación, pérdida, renuncia y readquisición de la nacionalidad

El derecho a no ser privado de la nacionalidad no es absoluto. Lo que se prohíbe expresamente en la DUDH, la DADDH y en la CADH es *su privación arbitraria*.⁹³

derecho a la educación (art. 13)”, 1999, párr. 6.b). Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6 , *op. cit.*, párr. 41. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ONU. Recomendación General n.º 30, *op. cit.*, párrs. 29, 30 y 31. Comité DESCONU. Observación General n.º 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)”, 2000, párr. 34. Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 15 “El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24)”, 2013, párr. 8.

92 En la resolución del Consejo DHONU sobre los derechos de los niños: acceso a la justicia para los niños se exhortó a los Estados a que: “[t]raten de eliminar los obstáculos adicionales al acceso a la justicia con que se puedan topar los niños que pertenecen a grupos especialmente vulnerables, incluidos, aunque no exclusivamente, los niños asignados a entornos institucionales o a modalidades alternativas de cuidado, los que están privados de su libertad, los que tienen discapacidad, los que viven en la pobreza o en la calle, los que pertenecen a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños indígenas, los solicitantes de asilo, refugiados y migrantes, entre ellos los niños migrantes no acompañados y separados de sus familias, los apátridas, los que viven con el VIH/SIDA, los que han participado en conflictos armados u otro tipo de actos violentos o se han visto afectados por ellos [...]”. Consejo DHONU. Derechos de los niños: acceso a la justicia para los niños, A/HRC/25/L.10, adoptada el 24 de marzo de 2014.

93 El Consejo DHONU ha señalado que: “[...] aunque el derecho internacional autoriza a privar de la nacionalidad en ciertas circunstancias, esa privación ha de ser conforme a la legislación nacional y ha de estar en consonancia con normas procesales y sustantivas específicas, en particular el principio de proporcionalidad. Las medidas que lleven a la privación de la nacionalidad han de responder a una finalidad legítima que sea compatible con el derecho internacional y, en particular, con los objetivos del derecho internacional relativo a los derechos humanos. Tales medidas han de ser el instrumento menos dañino de los que puedan conducir al resultado deseado y han de ser proporcionables a los intereses que buscan proteger. A este respecto, la noción de arbitrariedad se aplica a todas las medidas del Estado, tanto legislativas como administrativas y judiciales. La noción de arbitrariedad puede interpretarse en el sentido de que incluye no solo los actos que sean contrarios a la ley sino también, en un sentido más amplio, elementos de improcedencia, de injusticia y de imprevisibilidad.” Consejo DHONU. Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/13/34, *op. cit.*, párr. 25.

La CEDAW establece que “ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambi[a]n automáticamente la nacionalidad de la esposa, la convirti[e]n en apátrida o la oblig[a]n a adoptar la nacionalidad del cónyuge”.⁹⁴ En tanto, la Convención para reducir los casos de apatridia condiciona la privación a la posesión o adquisición de otra nacionalidad.⁹⁵

Sobre el tema, la CIDH ha señalado que:

[...] el derecho a poseer una nacionalidad y no ser privado arbitrariamente de ella ha sido reconocido por la D[ADDH] y la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Tal elemental derecho, por otra parte, ha sido respetado por todos los países del hemisferio, los cuales han contemplado en sus constituciones la pérdida de la nacionalidad únicamente en virtud de causales que importan una verdadera desvinculación voluntaria de la persona –manifestada implícita o explícitamente– con respecto al Estado del que es nacional. La pérdida de la nacionalidad como sanción por actos políticos ha sido una muestra de intolerancia extraña a la legislación y práctica de este hemisferio, y ha constituido una grave regresión.⁹⁶

La Corte IDH sostuvo en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* que el derecho nacional no reconocía la pérdida de nacionalidad sino por renuncia expresa, y concluyó que el recurrente había sido privado de su nacionalidad en forma ilegal (basados en motivos no reconocidos por la legislación y por haber sido decretada por un órgano sin competencia), circunstancia violatoria del artículo 20 de la CADH. Asimismo, sostuvo que el hecho de que la víctima fuese peruana por naturalización no era un factor relevante, ya que la CADH reconoce el derecho a la nacionalidad *sin diferenciar la forma en que esta haya sido adquirida*, es decir, por nacimiento, naturalización o por algún otro medio. Por lo demás, la CADH establece que ni la existencia de un estado de guerra o un estado de sitio podrían justificar la privación involuntaria de la nacionalidad ni de los derechos y garantías derivadas de esta.⁹⁷

Por su parte, el Comité DHONU en la Observación General sobre libertad de circulación indicó que la privación de nacionalidad puede configurar una modalidad de la privación del derecho a entrar al propio país.⁹⁸ La Convención para reducir los casos de apatridia establece que si la legislación de un Estado previese la renuncia a la nacionalidad, dicha renuncia solo será efectiva si el interesado tiene o adquiere otra nacionalidad.⁹⁹ Asimismo, este tratado sostiene que los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esta privación lo convierte en apátrida;¹⁰⁰ sin embargo, el Estado podrá privar de la nacionalidad a una persona si se conjugan determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando esa nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude.¹⁰¹

La Convención para reducir los casos de apatridia dispone que en ningún caso el Estado podrá fundamentar que por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos se puede privar de nacionalidad a una persona.¹⁰²

La CIDH consideró a la pérdida de la nacionalidad fundada en el hecho de salir del país de origen como “una grave violación del derecho de residencia y tránsito y del derecho a la nacionalidad”.¹⁰³

94 CEDAW, artículo 9.

95 Convención para reducir los casos de apatridia, artículos 5 a 9.

96 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 1985, párrs. 1-2.

97 CADH artículo 27.2.

98 Comité DHONU. Observación General n.º 27, “Artículo 12 - La libertad de circulación”, 67º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 1999, párr. 21.

99 Convención para reducir los casos de apatridia, artículo 7.1.a).

100 *Ibidem*, artículo 8.1.

101 *Ibidem*, artículos 8.2. y 8.3. En similar sentido en el ámbito europeo ver Convenio Europeo sobre la nacionalidad de 1997, artículo 7.

102 Convención para reducir los casos de apatridia, artículo 9.

103 CIDH. *Séptimo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1983, p. 131, párr. 42. Por otro lado, “la C[IDH] ha criticado reiteradamente la práctica de algunos Estados de negar por motivos políticos visas de salida o pasaportes a sus nacionales, recalando así que la negación del derecho de salir del país a manera de sanción para

La nacionalidad perdida por naturalización en el extranjero puede readquirirse, de acuerdo con disposiciones de derecho interno, mediante determinados requisitos como el retorno al país y, en ciertas ocasiones, la radicación durante algún tiempo, acompañado o no de una manifestación de voluntad y de renuncia a la nacionalidad adquirida.

5. Relación del derecho a la nacionalidad con otros derechos

5.1. Libertad de circulación y derecho de residencia

El artículo 22 de la CADH señala lo siguiente:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene *derecho a circular por el mismo y, a residir en él* con sujeción a las disposiciones legales [...]
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo [...].¹⁰⁴ (énfasis agregado)

Por su parte, la DADDH en su artículo 8, dispone que: “[t]oda persona tiene el *derecho de fijar su residencia* en el territorio del Estado de que es nacional, *de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad*. (énfasis agregado)

La DUDH establece en el artículo 9 que: “[n]adie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Además, en el artículo 13 dispone que: “1. *[t]oda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia* en el territorio de un Estado. 2. *[t]oda persona tiene derecho a salir* de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. (énfasis agregado)

El PIDCP, en el artículo 12 establece:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá *derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia* [...]

los opositores políticos o sus familiares es claramente violatoria de la normativa internacional.” CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1985, p. 130, párr. 41. CIDH. *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam*, 1985, pp. 42-45. CIDH. Informe Anual 1983-1984. Capítulo VI Situación de los derechos humanos en varios Estados, Paraguay. OEA/Ser.L/V/II.63, 28 de septiembre de 1984, p. 124. Por su parte, la Corte IDH destacó que “[...] la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática, [es fundamental] dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal. Por ello, es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país. La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3. de la C[ADH], así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar[la] [...] permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de[su alcance], particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad.” Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 125

104 Sobre la libertad de circulación y el derecho de residencia, ver el comentario al artículo 22 a cargo de Uprimny y Sánchez.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el [...] P[IDCP].
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país. (énfasis agregado)

La Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias,¹⁰⁵ en el artículo 39, establece:

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.
2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la [...] Convención.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en el artículo 5 dispone que:

[...] los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...]

d) Otros derechos civiles, en particular:

- i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;
- ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país [...].

La libertad de circulación puede ser considerada como “patrimonio de todo individuo” que consiste en el derecho de “desplazarse sin escollo dentro del territorio del país en el cual uno se encuentra”.¹⁰⁶ La DUDH la reconoce como un derecho de toda persona,¹⁰⁷ en tanto la DADDH como un derecho de los nacionales de un Estado.¹⁰⁸ El PIDCP y la CADH hacen extensivo el derecho de desplazarse libremente así como de escoger su lugar de residencia, a toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte.¹⁰⁹

Al respecto, el Comité DHONU sostuvo que es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.¹¹⁰ La Observación General sobre la libertad de circulación del mismo Comité DHONU establece que el derecho a la libertad de residencia y circulación se aplica en todo el territorio

105 Sobre los derechos de las personas migrantes, en especial de niñas y niños migrantes, ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.* Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*

106 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 562.

107 DUDH, artículo 13.

108 DADDH, artículo VIII: “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.”

109 El artículo 12.1. del PIDCP establece que “las personas tienen derecho a circular de una parte a otra y a establecerse en lugar de su elección”. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Todo tipo de restricción debe adecuarse a lo establecido por el artículo 12.3.

110 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 1. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 115. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 110. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 168. Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 162.

de un Estado, incluso tratándose de Estados federativos, y que la prohibición de la entrada, o exigir la permanencia de la persona en una parte específica del territorio, es contrario al artículo 12 del PIDCP.¹¹¹

Específicamente con relación al derecho de residencia, la CIDH –en el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile*– sostuvo que:

[...] la posibilidad de ingreso y residencia sólo puede ser restringida a quien no se halla ligado jurídicamente al Estado por el vínculo de la nacionalidad [...]. El Estado no se encuentra obligado a aceptar el ingreso de cualquier extranjero, pero no puede negárselo a sus nacionales. Si hay un derecho que, en principio, es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, de tal modo incorporado al ser humano que la doctrina lo llama “atributo de la personalidad”.¹¹²

En numerosos precedentes, la Corte IDH ha establecido que el derecho de circulación y de residencia es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona,¹¹³ y protege, *inter alia*, el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado parte y a no tener que salir forzosamente fuera del territorio del Estado en el cual se encuentre legalmente.¹¹⁴ En caso de que se presente una forma de desplazamiento interno forzado, se tendrá que demostrar que este cumplió con los requisitos de legalidad y necesidad establecidos en el artículo 12.3. del PIDCP.¹¹⁵

111 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párrs. 5 y 7.

112 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 1985, párr. 5.

113 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 115. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 206. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 186. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 304.

114 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 139. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 170 y 188. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 172. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 186. “Este derecho puede ser vulnerado de manera formal o por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo, por ejemplo cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate. Asimismo, la Corte [IDH] ha indicado que la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar un exilio o desplazamiento forzado.” Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 139. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 142. Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 162. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 304.

115 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 7

En este sentido, *ver* los Principios rectores de los desplazamientos internos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 60/L.1. Estos principios definen los derechos y garantías para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado así como para su protección y asistencia durante el desplazamiento, el retorno o el reasentamiento y la reintegración. De acuerdo con los mencionados Principios: “se entiende por desplazados internos a las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” (párr. 2). Al respecto, la Corte IDH sostuvo que: “[...] en razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o se ponen en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección. Esta situación, conforme a la C[ADH], obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* las actuaciones y prácticas de terceros particulares”. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 141. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 177 y 179. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 210. De acuerdo con las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad: “[regla 3] se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. [La regla 4 señala que] [p]odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus caracteris-

La determinación de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado, es una cuestión regida por el derecho interno, el que puede acordar restricciones a la entrada de extranjeros a su Estado siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado.¹¹⁶ De esta forma, ningún Estado puede denegar en absoluto, la entrada de extranjeros en su territorio. Esto se halla asegurado en muchos casos por vía de acuerdos. No obstante ello, como fuera señalado, el Estado ejerce el derecho, fundado en motivos de orden público, de reglamentar las condiciones de entrada, permanencia y tránsito de los extranjeros. Esta reglamentación tiene como propósito impedir que la admisión de individuos no vinculados al país constituya una carga injustificada para la comunidad, o provoque un desequilibrio social o político. Por consiguiente, se puede prohibir la entrada de personas inhabilitadas legalmente (es decir, los extranjeros expulsados con anterioridad) o la de personas condenadas por determinados crímenes.

Concretamente, la CADH permite limitar la libertad de circulación interna y de residencia en conformidad con el principio de necesidad para la protección de los bienes jurídicos que enumera en el inciso 3 del artículo 22. Con relación a las posibles restricciones a estos derechos, el Comité DHONU, en la mencionada Observación General sobre la libertad de circulación, indicó que los Estados deben guiarse por el principio de que tales restricciones no deben comprometer la esencia del derecho. En este sentido, las leyes que autoricen su aplicación deben “utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.”¹¹⁷ De esta forma, el Comité DHONU sostuvo que:

ticas específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico. [En este sentido, la regla 13] establece que: “[e]l desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familias. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional [...] [Finalmente, la regla 14 señala que] [t]ambién pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado [...] para evitar los efectos [...] de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.” Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008.

- 116 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párrs. 2 y 4. Asimismo, en el párrafo 4, el Comité DHONU señaló que: “[...] se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12. Una vez que una persona se encuentra legalmente dentro de un Estado, todas las restricciones a sus derechos garantizados por los párrafos 1 y 2 del artículo 12, así como todo trato diferente del dado a los nacionales, deberán justificarse en virtud de las normas establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 [...]”. En lo que se refiere al procedimiento de expulsión relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte IDH en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* indicó la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de los niños. En este sentido, sostuvo que, en ciertos contextos, la separación de niños de sus padres puede poner en riesgo su supervivencia y desarrollo, los cuales deben ser garantizados por el Estado, en especial, a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párrs. 226 y 227. En la misma sentencia, la Corte IDH agregó que: “[...] la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados [y determinó que] en atención a su situación migratoria y sus condiciones el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión [...] [y concluyó que en el caso Bolivia] *trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos y contra el sentido del artículo 19 de la C[ADH]*.” *Ibidem*, párrs. 227-228. (énfasis agregado)

- 117 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 13.

[...] no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora [...], y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

[...]

El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.¹¹⁸

5.2. El derecho a salir del territorio

De esta manera, toda persona tiene derecho de salir del territorio de un Estado, derecho que no puede depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país.¹¹⁹ Este derecho es una manifestación de la libertad de circulación en el ámbito internacional.¹²⁰

La DUDH, el PIDCP y la CADH reconocen el derecho de salir de cualquier país (incluso el propio) y los dos últimos instrumentos señalan que este derecho solo podrá ser restringido a fin de preservar determinados bienes jurídicos (seguridad pública, salud, moral, entre otros), en conformidad con los principios de legalidad y necesidad.¹²¹ Siguiendo lo estipulado en estos instrumentos, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el artículo 10 que:

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, *los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país*, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención. (énfasis agregado)

Esta obligación de permitir y facilitar la salida de personas que deseen ejercer este derecho recae básicamente sobre el país de nacionalidad; no obstante, el país en cuyo territorio se encuentre el extranjero, también tiene la obligación de respetar este derecho. Sobre el particular, el Comité DHONU indicó que:

La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, *el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica*.¹²²

De esta manera, las posibles restricciones para salir del territorio deben ser compatibles con el resto de los derechos y con los principios de igualdad y no discriminación. En este sentido, el Comité

118 *Ibidem*, párrs. 14-15.

119 *Ibidem*, párr. 8.

120 En relación con el derecho a abandonar y retornar al territorio, puede consultarse también la postura de la CIDH en el Informe n.º 51/01 sobre la responsabilidad internacional de los EEUU por la detención indefinida de personas de nacionalidad cubana, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos de América*, Caso 9903. 4 de abril de 2001.

121 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, 2007, *op cit.*, pp. 213-214.

122 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 7. (énfasis agregado)

DHONU sostuvo que las distinciones basadas en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social constituirían una clara violación del PIDCP:¹²³

A fin de que la persona pueda disfrutar de los derechos garantizados en el párrafo 2 del artículo 12, se imponen obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de la nacionalidad. Debido a que en los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, *el derecho a salir del Estado debe incluir el de obtener los documentos de viaje necesarios*. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte.¹²⁴

En definitiva, el derecho a salir del país es un derecho amplio que comprende el derecho a viajar a cualquier país que permita su ingreso. Acorde con esto, el pasaporte es un documento que el Estado otorga a sus nacionales con el objeto de habilitarlos, para salir del país y regresar a él y, a su vez, habilita, previa visación por el cónsul, para ingresar en territorio extranjero. Con este documento, cada Estado controla y, en ocasiones, restringe o impide legítimamente la salida de los nacionales así como la entrada de extranjeros.

Tanto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados como la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas prevén que los Estados expedirán los documentos de identidad a todo apátrida y a todo refugiado que se encuentre en el territorio de estos Estados y no posea algún documento válido de viaje. De la misma forma, expedirán documentos que permitan trasladarse fuera del territorio.¹²⁵ Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios prohíbe la destrucción por las autoridades del pasaporte o documento equivalente, así como la confiscación de dicho documento, sin previa entrega de un recibo.¹²⁶

123 *Ibidem*, párr. 18. Concretamente, “[e]l Comité ha observado en varias ocasiones, al examinar informes de los Estados, que las medidas que impiden a las mujeres su libertad de circulación o salir del país sin contar con el consentimiento o la compañía de un varón constituyen una violación del artículo 12.”

124 *Ibidem*, párr. 9. (énfasis agregado) En este sentido, “[s]on causa de especial preocupación las múltiples trabas jurídicas y burocráticas que afectan innecesariamente el pleno ejercicio de los derechos de las personas a la libre circulación, a salir de un país, incluso del propio, y a adoptar una residencia. Respecto del derecho a la circulación dentro de un país, el Comité ha criticado las disposiciones que exigen que las personas soliciten permiso para cambiar de residencia o la aprobación por las autoridades locales del lugar de destino, así como las demoras en la tramitación de dichas solicitudes por escrito. En la práctica de los Estados se encuentra una gama todavía más variada de obstáculos que hacen más difícil la salida del país, sobre todo la de sus propios nacionales. Entre esas normas y prácticas figuran la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país. A la luz de esas prácticas, los Estados partes deben asegurarse de que todas las restricciones que impongan cumplan plenamente lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 12.” *Ibidem*, párr. 17. Por otro lado, conforme al alcance del artículo 12.2. del PIDCP no está restringido a las personas que se encuentren legalmente dentro del territorio de un Estado, sino que, un extranjero que sea expulsado legalmente del país tiene el mismo derecho a elegir el Estado de destino, con sujeción, claro está, al acuerdo de ese Estado.

125 Convención relativa al estatuto de los apátridas, artículo 27, y Convención sobre el estatuto de refugiados, artículo 28.

126 Convención Internacional sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, artículo 21.

La Comisión IDH ha criticado la práctica de algunos Estados de negar, por motivos políticos, el otorgamiento de visas de salida o pasaportes a sus nacionales. De esta manera, con estos informes, acentúa la idea de que la negación del derecho de salir del país como forma de sanción para opositores políticos o de sus familiares, es contraria a la normativa internacional.¹²⁷

5.3. El derecho de asilo, a la condición de refugiado y a la no devolución

5.3.1. El derecho de solicitar y recibir asilo

El asilo es la protección que presta un Estado a personas que no son nacionales suyos, pero cuya vida, libertad o integridad física corren peligro por amenazas o persecuciones de las autoridades del Estado de procedencia y que, por este motivo, solicitan amparo a las autoridades de otro Estado.¹²⁸

Tradicionalmente se distinguen dos tipos de instituciones de asilo. En primer lugar, el asilo diplomático que abarca “el asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos”,¹²⁹ y, en segundo lugar, el asilo territorial que se refiere a la protección otorgada por un Estado a un individuo que se encuentra en su territorio.¹³⁰

Además de lo dispuesto en el artículo 22 de la CADH,¹³¹ la DUDH prescribe en su artículo 14 lo siguiente:

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.¹³²

En similar sentido, la DADDH, en su artículo XXVII, establece que:

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Si bien el asilo se considera una prerrogativa de la persona humana, no se considera que exista una correlativa obligación del Estado de concederlo por plantearse como una facultad soberana. Efectivamente, las convenciones reconocen el derecho de asilo como una *facultad del Estado*,¹³³ que puede

127 CIDH. *Séptimo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1983, p. 130. CIDH. *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam*, 1985, pp. 42-45.

128 En relación con los niños, ver Comité de los Derechos del Niño ONU. Observación General n.º 6, *op. cit.*

129 Convención sobre asilo diplomático, artículo 1.

130 Comúnmente, la palabra asilo es utilizada como sinónimo de asilo territorial o refugio. Cfr. Franco, L. (coord.) *Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad de Lanus, ACNUR, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2003.

131 Sobre el derecho a solicitar asilo, consultar la sección respectiva en el comentario al artículo 22 a cargo de Uprimny y Sánchez.

132 De acuerdo con Nowak “[a]quellos más afectados por un Estado de protección internacional reducida son los civiles que a menudo se encuentran involucrados en conflictos de motivación étnica, política o religiosa. En caso de que estos últimos conduzcan a desplazamientos violentos y la gente involucrada (llamadas personas desplazadas internamente) esté inhabilitada para migrar a otro país, lo cual cada día se hace más difícil en vista del creciente número de conflictos internos violentos y de la falta de voluntad de los países que tradicionalmente daban asilo para aceptar refugiados, no habría recursos de protección bajo el derecho de los refugiados. El artículo 14 de la D[UDH] menciona el derecho de las personas perseguidas a buscar y gozar de asilo; sin embargo, este principio, al menos en Europa, no se ha vuelto vinculante a nivel del derecho internacional de los tratados [...]”. Nowak, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2009, p. 61.

133 Además de los instrumentos citados, es preciso tener en consideración para analizar este tema las siguientes Convenciones: Convención sobre Asilo, adoptada en Sexta Conferencia Internacional Americana, La Habana (Cuba), el 20 de febrero de 1928. Esta Convención entró en vigencia el 21 de mayo de 1929; Convención sobre Asilo Político de Montevideo, adoptada en la Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo (Uruguay), el 26 de diciembre de 1933 y entrada en vigencia el 28 de marzo de 1935; Convención sobre Asilo Diplomático, adoptada en la Décima

otorgarlo o denegarlo y no lo reconocen como un derecho del individuo. Esta concesión discrecional distingue al asilado de la figura equivalente del refugiado.¹³⁴ No obstante, es posible inferir la obligación de no obstaculizar las gestiones de un nacional que procura buscar asilo en otro país.¹³⁵

El artículo 14 de la DUDH dispone en sentido amplio que “[e]n caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. Por su parte, la CADH lo limitan a “caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos” y, en similar sentido, la DADDH lo establece “en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.”¹³⁶ Sin embargo, se debe recordar que la Convención sobre el estatuto de los refugiados amplió el concepto al incluir –conjuntamente con la persecución política– la persecución racial, religiosa, nacionalidad, entre otras.

5.3.2. Derecho de solicitar la condición de refugiado

El régimen internacional sobre refugio se encuentra regulado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados,¹³⁷ y su Protocolo del año 1967.¹³⁸

La Convención de 1951 define al refugiado como aquella persona que:

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.¹³⁹

Esta Convención define, además, las circunstancias en las cuales la condición de refugiado cesa, los actos que llevan a una persona a estar excluida de la condición de refugiado,¹⁴⁰ y establece el principio de no devolución (*non-refoulement*) del refugiado al país donde su vida o libertad puedan estar en peligro.¹⁴¹

Conferencia Interamericana de Caracas (Venezuela), el 28 de marzo de 1954 y entrada en vigencia el 29 de diciembre de 1954, de conformidad con el artículo 23; Convención sobre Asilo Territorial, adoptada en la Décima Conferencia Interamericana, Caracas (Venezuela), el 28 de marzo de 1954 y entrada en vigencia el 29 de diciembre de 1954.

134 Draghici, C., *op. cit.*, pp. 271-272.

135 O'Donnell, D. Derecho Internacional de los Derechos Humanos..., 2007, *op. cit.*, p. 226.

136 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008, regla 13.

137 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución n.º 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Esta Convención entró en vigor el 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. En enero de 1951 se crea la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), agencia de la ONU encargada de proteger y asistir internacionalmente a las personas desarraigadas o desplazadas (refugiados, asilados, apátridas, desplazados internos, mujeres, niños, personas con discapacidad, entre otros). El ACNUR, entre otras funciones, promueve acuerdos internacionales sobre refugiados, colabora con los Estados en el establecimiento de estructuras de asilo, y actúa en calidad de observador internacional en relación con los asuntos de los refugiados.

138 Para un análisis sobre la situación de las personas refugiadas y apátridas, así como de las diversas convenciones que regulan esta situación, ver ACNUR, Unión Inter-Parlamentaria. *Nacionalidad y Apatridia: Manual para parlamentarios*. Manual para parlamentarios n.º 11. Agosto de 2008. Disponible en: http://www.ipu.org/PDF/publications/nationality_sp.pdf (fecha de último acceso 31 de julio de 2017).

139 Convención sobre el estatuto de los refugiados, artículo 1.2.

140 La Convención sobre el estatuto de los refugiados prevé ciertos supuestos en los que no se otorga la condición de refugiado a una persona. Por consiguiente, si la persona “ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos” el Estado podrá negarle la condición de refugiado (art. 10. E.).

141 Convención sobre el estatuto de los refugiados, artículos 1 y 2. En este sentido, “[e]l derecho internacional de los refugiados se aplica únicamente para las personas reconocidas como refugiados y, en algunos casos, para aquellos que buscan asilo. [...] Empero, con el auge de la migración hacia los países ricos e industrializados y con la creciente xenofobia durante las últimas décadas, la voluntad de estos países para aceptar inmigrantes y refugiados ha disminuido de manera drástica. Como resultado de ello, las leyes sobre inmigración y extranjería se han vuelto más estrictas, y las leyes sobre los refugiados y el asilo también se han visto sustancialmente afectadas. Al haberse dificultado la emigración, las personas que dejaron sus países en su mayoría por razones económicas o por necesidades sociales (llamados

Al reconocer varias causales de refugio, flexibiliza la definición de ‘refugiado’ al requerir solo *fundados temores de persecución* (y no la persecución efectiva).¹⁴²

La Corte IDH interpretó por protección internacional “aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva”.¹⁴³ Ella comprende:

(a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.¹⁴⁴

Las personas consideradas refugiadas se encuentran en una situación similar a la de los ciudadanos del Estado receptor en lo que hace al derecho de elección de su lugar de residencia, así como a otros derechos humanos (tales como el derecho a igual acceso a la educación, al trabajo, a la seguridad social y a la justicia). En particular, el Estado que los resguarda es responsable de protegerlos contra la persecución y de no expulsarlos o regresarlos al Estado en el que eran perseguidos (el mencionado principio de *non-refoulement*), así como del otorgamiento de apoyo social y de asistencia para su integración si la necesitaran.¹⁴⁵

En definitiva, el concepto de asilo, *strictu sensu*, es un concepto estrechamente vinculado con el delito político, en tanto el concepto de refugiado es más amplio.¹⁴⁶ Si bien ambas nociones, usualmente, son utilizadas como sinónimos, cabe precisar algunas diferencias. El asilo es una institución de carácter político mediante la cual una persona perseguida por motivos o delitos políticos cuya vida, libertad o integridad física corren peligro dentro de un Estado (denominado territorial), es sustraída de este por un acto unilateral de otro Estado (denominado asilante), con el fin de evitar la acción coercitiva de los órganos represivos del Estado territorial o la materialización de actos de violencia colectiva contra esta persona.¹⁴⁷

‘refugiados económicos’) también aprovecharon los procedimientos de asilo. Ello implicó que las leyes de asilo se aplicaran para que se les reconociera como refugiadas. El aumento de las restricciones atrajo al crimen organizado o, más específicamente, al tráfico humano organizado que implica la enorme capitalización de la miseria de las personas perseguidas. Como resultado de ello, solo una pequeña cantidad de personas perseguidas y de refugiados en el mundo son realmente protegidos por el derecho internacional de los refugiados”. Nowak, M., *op. cit.*, p. 62.

142 El Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiados en virtud de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, indica que la expresión ‘fundados temores’ contiene un elemento subjetivo y uno objetivo que deben ser considerados al momento de verificar si existen estos ‘fundados temores’. Así, “debido a la importancia que la definición concede al elemento subjetivo, es indispensable proceder a una evaluación del grado de credibilidad cuando el caso no resulte suficientemente claro a la luz de los hechos de que se tenga constancia. Será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor. El temor debe ser razonable. Sin embargo, el temor exagerado puede ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado” (párr. 41). En este sentido, ver O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, 2004, *op. cit.*, pp. 598-623.

143 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14., *op. cit.*, párr. 37.

144 *Ibidem*.

145 Nowak, M., *op. cit.*, p. 62.

146 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, 2004, *op. cit.*, pp. 599-601.

147 Ver Franco, L. (coord.), *op. cit.*, pp. 32 y ss.

Por su parte, el refugio es la institución de carácter humanitario mediante la cual una persona abandona el país del cual es nacional por razones de temor fundado a ser perseguida no solo por motivos políticos sino también por considerar que motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas le imposibilitan regresar a su país por cuanto su vida e integridad física corren peligro.¹⁴⁸

La CIDH ha reafirmado el derecho de los solicitantes de refugio a la revisión judicial o administrativa de la decisión de rechazo de su solicitud y a la reapertura del proceso a la luz de hechos o pruebas nuevos.¹⁴⁹ En este sentido, en el *Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, se insiste en el derecho a ser oído del solicitante vinculado al debido proceso:

[...] si bien el derecho de asilo consagrado en el artículo XXVII no implica garantía alguna de que este será otorgado, *necesariamente exige que el peticionario sea oído al presentar la solicitud*. El derecho a ser oído está vinculado al principio del respeto al debido proceso que subyace varias disposiciones de la D[ADH], más pertinentemente los artículos II (igual protección), XVII (reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles), XVIII (derecho de justicia) y XXVI (derecho a proceso regular). Aunque el derecho a ser oído en la presentación de un reclamo no necesariamente presupone la aplicación de la misma gama de garantías procesales que se aplicarían, por ejemplo, en un proceso penal, sí se requiere que la persona en cuestión reciba las garantías mínimas necesarias para presentar eficazmente su reclamo [...].¹⁵⁰

5.3.3. Derecho de no devolución

El derecho de no devolución está consagrado en el artículo 22.8. de la CADH que establece que:

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas [...].

Es posible distinguir el alcance dado por la CADH al principio de no devolución que beneficia a todo extranjero respecto del regulado por la Convención sobre el estatuto de los refugiados que limita este principio solo a las personas consideradas refugiadas.¹⁵¹ La importancia reside en que a través de la

148 La oficina del ACNUR ha insistido en un “enfoque de las cuatro ‘erres’ (repatriación, reintegración, rehabilitación y reconstrucción) respecto del regreso sostenible [...]”. ACNUR. Resolución n.º 61/137, 25 de enero de 2007, párr. 17.

149 En este sentido, ver CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000. En este informe, la CIDH “recomienda que se considere más detenidamente (1) establecer los procedimientos necesarios para permitir a los peticionarios a quienes se les ha negado la condición de refugiado presentar información obtenida posteriormente que sea pertinente a su situación de riesgo y (2) garantizar que los peticionarios rechazados tengan acceso a una revisión de la decisión original en méritos del caso, ya sea por la vía administrativa o judicial” (párr. 110). Asimismo, la CIDH “considera que el permitir que se reabra el proceso de determinación ante la CRDD sobre la base de nuevos hechos o pruebas que, se considera, cumplen con un umbral razonable de pertinencia no solamente sería coherente con la intención del proceso existente, sino que también proporcionaría una importante salvaguarda para identificar a los refugiados legítimos y garantizar su derecho de no ser devueltos” (párr. 73).

150 *Ibidem*, párr. 60. “Las mujeres y las niñas desplazadas por la fuerza pueden verse expuestas a problemas específicos de protección relacionados con su género, su posición cultural y socioeconómica y su condición jurídica, que pueden tener menos posibilidades que los hombres o los niños de ejercer sus derechos y que, por lo tanto, puede ser necesario adoptar medidas particulares en favor de las mujeres y las niñas para que puedan disfrutar de la protección y la asistencia en pie de igualdad [...]”. ACNUR. Resolución n.º 61/137, 25 de enero de 2007, párr. 14.

151 “[...] en el [SIDH], el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo”. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 151.

C[ADH] es posible amparar a personas que, cuando cumplen con los requisitos para ser refugiados, no son reconocidas formalmente como tales; asimismo, protege a personas que no son refugiados porque pueden regresar a su país de origen sin peligro, corren el riesgo de persecución en caso de expulsión a un tercer país. Al mismo tiempo, protege a las personas que cumplen las condiciones para ser reconocidas como refugiados pero que están excluidas de la protección de la Convención sobre el estatuto del refugiado, como consecuencia de alguna de las cláusulas de exclusión.¹⁵²

Por su parte, también la CAT aborda el tema en su artículo 3 que estipula:

1. Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

La CIPST, en el artículo 13, señala:

[...] No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente.

Estos instrumentos sobre tortura prescinden, como se advierte, del requisito de persecución. De esta manera, la mera exigencia de un riesgo de tortura es suficiente para la aplicación de la señalada prohibición.¹⁵³

Por otro lado, tanto la Convención de 1951 como la Declaración sobre asilo territorial, establecen excepciones al principio de no devolución y/o condicionan su aplicación a la observancia de determinados requisitos. Específicamente, la Convención sobre estatuto de los refugiados, establece en el artículo 33 que:

1. Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Por su parte, la Declaración sobre asilo territorial señala que “podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas”; a continuación la declaración agrega que cuando una excepción está justificada, el Estado “considerará la posibilidad de conceder [...] una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo” y, de esta manera, permitir a las personas afectadas encontrar asilo en un tercer Estado.¹⁵⁴

152 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. 2004, *op cit.*, pp. 228-232.

153 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, 2004, *op. cit.*, pp. 616-618. Asimismo, sobre el derecho a la integridad personal y el principio de no devolución, ver el comentario al artículo 5 a cargo de Nash.

154 Declaración sobre asilo territorial, artículo 3. El Comité DHONU reconoce el principio de que todo Estado tiene la obligación de no devolver o entregar a ninguna persona a un país en circunstancias tales que el resultado sea un

Es importante remarcar que los citados tratados sobre la prohibición de tortura no reconocen excepción alguna al principio en cuestión.

La Corte IDH sostuvo que, frente a determinadas situaciones en las que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales (como la libertad personal) en procedimientos tales como la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas.¹⁵⁵

En ese sentido, agregó que del *corpus juris* internacional aplicable a las personas migrantes se deriva el derecho de cualquier persona extranjera –no solamente de los asilados o refugiados– a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en el que se encuentre.¹⁵⁶ La Corte IDH sostuvo también que,

[...] una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto.¹⁵⁷

De igual modo, estableció “[a]ntes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando”; y, además, tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo a donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución, o bien a un Estado desde el cual pueda ser retornada al país donde sufra dicho riesgo (devolución indirecta).¹⁵⁸

riesgo efectivo de que sus derechos, en virtud del Pacto, sean violados en otra jurisdicción. Asimismo ver Comité DHONU. *Caso Kindler vs. Canadá*, Comunicación n.º 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, 1993, párr. 13. O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. 2004, op cit., pp. 616-623.

155 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 132. Sobre las garantías mínimas en los procesos de expulsión o deportación, puede consultarse el párr. 133 de la misma sentencia. “En atención a las necesidades especiales de protección de personas y grupos migrantes, este Tribunal interpreta y da contenido a los derechos que la C[ADH] les reconoce, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes. Lo anterior no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que, al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento de su obligación de garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Lo anterior es aún más relevante, si se tiene en cuenta que en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante”. *Ibidem*, párr. 129. En similar sentido, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, op. cit., párrs. 118 y 119. En el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte IDH consideró que: “[...] en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de estas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 146.

156 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 135.

157 En el caso *familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, la Corte IDH señaló que “en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar.” Agregó que: “[...] En ese procedimiento de determinación de la condición de refugiado, los familiares del solicitante pueden eventualmente ser escuchados, incluso si entre los mismos hay niños o niñas. En cada caso corresponde a las autoridades evaluar la necesidad de escucharlos, en función de lo planteado en la solicitud [...]”. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 225.

158 *Ibidem*, párr. 153.

La Corte IDH consideró que el derecho de buscar y recibir asilo, y a no ser devuelto en esas circunstancias, garantizan que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado.¹⁵⁹

Finalmente, la CIDH ha entendido la obligación de respetar el principio de no devolución como “la obligación suprema de los Estados” con respecto a los refugiados y solicitantes de asilo.¹⁶⁰

En definitiva, los Estados deben abstenerse de retornar a estas personas al país del que huyen o a cualquier otro respecto del cual existan temores fundados de peligro para sus vidas o integridad personal.

Ahora, un tema que merece especial consideración es el de las niñas y niños en contexto migratorio.

La Corte IDH, en la opinión consultiva sobre los *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, analizó los deberes del Estado en relación con el derecho a buscar y recibir asilo de niñas y niños.¹⁶¹ En esta opinión, la Corte IDH sostuvo que, entre otros, se encuentran: el permitir que el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante un procedimiento respectivo; el no devolver al niño a un país en el cual pueda sufrir un riesgo en sus derechos (su vida, su libertad,¹⁶²

159 *Ibidem*, párrs. 154-155. En esta misma sentencia la Corte IDH estableció que: “[...] todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. De tal manera, aún si los Estados pueden determinar los procedimientos y autoridades para hacer efectivo ese derecho, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias.” *Ibidem*, párr. 157.

160 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, op. cit., párr. 24. En el año 2011, la CIDH trató el caso *John Doe y otros vs. Canadá*, donde analizó prácticas actuales de devolución directa y su impacto en el debido proceso, así como sobre el principio de *non refoulement*. CIDH. Informe n.º 78/11, *Caso John Doe vs. Canadá*, Caso 12.586, Fondo, 21 de julio de 2011.

161 Para un análisis exhaustivo de la opinión consultiva, ver Beloff, M., op. cit.

162 El Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sostuvo que: “[l]os niños privados de libertad corren mayor riesgo de ser objeto de violencia, abusos y actos de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Incluso periodos muy breves de privación de libertad pueden minar el bienestar psicológico y físico del niño y poner en peligro su desarrollo cognitivo. Los niños privados de libertad corren mayor riesgo de sufrir depresión y ansiedad y con frecuencia muestran síntomas de estrés postraumático [...]”. Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/28/68, 5 de marzo de 2015, párr. 16. Consejo DHONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párrs. 38-41. El TEDH ha sostenido que la privación de la libertad de niños migrantes, aun cuando lo sea por un breve periodo, vulnera la prohibición de tortura y de malos tratos. En el caso *Popov vs. Francia* consideró que el interés superior del niño requiere que las autoridades hagan todo lo posible para limitar la detención de familias con niños pequeños, así como proteger su derecho al respeto a la vida familiar. De esta forma, concluyó que el arresto de los demandantes en un centro de detención durante dos semanas implicó una medida desproporcionada y una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, en violación con los artículos 3 (Prohibición de la tortura); 5.1. y 5.4. (Derecho a la libertad y a la seguridad); y 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) del CEDH. TEDH. *Caso Popov vs. Francia*, Sentencia n.º 39472/07 y 39474/07, de 19 de enero de 2012. En el caso *Rahimi vs. Grecia*, el TEDH sostuvo que las condiciones de arresto del solicitante en un centro de detención y el fracaso de las autoridades para hacerse cargo de él, como un menor no acompañado, configuraron un trato degradante, en violación del artículo 3 (Prohibición de la tortura); 13 (Derecho a un recurso efectivo); y 5.1.f) y 5.4. (Derecho a la libertad y a la seguridad). TEDH. *Caso Rahimi vs. Grecia*, Sentencia n.º 8687/08, de 5 de julio de 2011. Finalmente, en el caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, el TEDH también concluyó que la detención de una niña durante dos meses en un centro destinado a personas adultas, sin la compañía de sus padres, la había colocado en una situación de extrema vulnerabilidad, y constituía un trato inhumano, además, las

su seguridad o integridad), o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y, además, el otorgar la protección internacional cuando el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.¹⁶³

En razón de las diversas razones por las que un niño se desplaza de su país de origen, es preciso diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida, de quienes requieren de algún tipo de protección internacional (por ejemplo, los solicitantes de asilo o los refugiados). Para ello, los Estados, con el fin de proporcionarles un tratamiento adecuado e individualizado, deben identificar cada situación mediante una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.¹⁶⁴ Asimismo:

las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños.¹⁶⁵

La Corte IDH señaló que el procedimiento debe tener como fin los siguientes objetivos:¹⁶⁶ 1. un tratamiento acorde a su condición de niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma;¹⁶⁷ 2. la determinación de si se trata de un niño no acompañado o separado;¹⁶⁸ 3. la determinación de la nacionalidad del niño o, en su caso, de su condición de apátrida;¹⁶⁹ 4. la obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional,¹⁷⁰ y 5. la adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior del niño, de medidas de protección especial.¹⁷¹

En el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, el mencionado tribunal sostuvo que el derecho de los niños a expresar sus opiniones y a participar resulta también importante en el contexto de los procedimientos de asilo, cuyos alcances pueden depender de si el niño es solicitante o no, independientemente de que esté acompañado o no y/o esté separado de sus familiares.¹⁷²

Indicó además que cuando son solicitantes de la condición de refugiado:

autoridades no brindaron la debida asistencia antes y durante la deportación, aunado a la angustia y ansiedad de la madre como consecuencia de la detención de su hija, lo que constituyó una violación a los artículos 3 (Prohibición de la tortura); 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad); y 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar). TEDH. *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*. Sentencia n.º 13178/03, de 12 de octubre de 2006.

163 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 81.

164 *Ibidem*, párr. 82. En este misma opinión consultiva, la Corte IDH señala que “los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; que provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento”. *Ibidem*, párr. 85.

165 *Ibidem*, párr. 83.

166 *Ibidem*, párr. 86.

167 *Ibidem*, párr. 88.

168 *Ibidem*, párr. 89-93.

169 *Ibidem*, párrs. 94-96.

170 *Ibidem*, párrs. 97-102.

171 *Ibidem*, párrs. 103-107.

172 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párrs. 219 y 223.

[...] los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que [sean tomadas decisiones justas] en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo.¹⁷³

Por último, en la ya citada opinión consultiva sobre los *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte IDH sostuvo que a los Estados les está prohibido devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a un niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos.¹⁷⁴

5.4. Restricción de la libertad de circulación, residir y salir del territorio

Tanto la CADH, la DUDH, el PIDCP y la DADDH consagran el derecho a permanecer en el país del cual se es nacional, de no ser expulsado de este y de regresar a su territorio.¹⁷⁵ Sin embargo, cabe señalar una diferencia entre los citados instrumentos: los documentos universales protegen al individuo contra la privación arbitraria de estos derechos, en tanto, los regionales otorgan esa protección en forma absoluta.

Excepcionalmente, los derechos de circular, residir y salir del territorio, pueden restringirse. Estas restricciones deben estar contempladas por una ley que regule las condiciones en que pueden limitarse y deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger determinados fines. Generalmente, dichas restricciones obedecen a motivos de orden público, para proteger la seguridad nacional, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros (art. 12.3. del PIDCP).¹⁷⁶ De esta forma, el PIDCP en su artículo 13 recoge una idea similar que la establecida en la CADH:

[...] a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, *se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión*, así como *someter su caso a revisión ante la autoridad competente* o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, hacerse representar con tal fin ante ellas. (énfasis agregado)

En definitiva, como se indicó, las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos.¹⁷⁷

173 *Ibidem*, párr. 224.

174 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párrs. 207-242.

175 En este sentido, la DUDH dispone, en el artículo 29.2., que “[...] en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Por su parte, la CADH en el artículo 32.2. señala que: “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

176 La CADH prohíbe expresamente en el artículo 22.9., la expulsión masiva de extranjeros. De la misma forma, la CIDH señaló: “[...] su grave preocupación acerca de las expulsiones masivas de los nacionales guyaneses de Surinam. La CIDH concluye que esta operación se realizó en una forma brutal e insensible. Esta expulsión fue objeto de considerable preocupación internacional y constituye una violación de las normas internacionales en materia de tratamiento adecuado de los extranjeros dentro del territorio nacional de un Estado”. CIDH. *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam*, 1985, p. 73.

177 Sobre las restricciones autorizadas a los derechos humanos, ver Faúndez Ledesma, H., *op. cit.*

6. Conclusión

El derecho a la nacionalidad integra el ‘núcleo duro’ de derechos de la CADH en tanto constituye un prerequisite para el disfrute de muchos otros derechos. Ha sido reconocido gradualmente y con diferentes matices y alcances por el derecho internacional de derechos humanos tanto en normas del sistema universal de protección como en normas del sistema regional. Las reglas del sistema regional, en especial el artículo 20 de la CADH, ofrecen una protección mayor de este derecho, tal como se ha intentado demostrar en este comentario.

La Corte IDH entendió que la importancia de la nacionalidad reside en que ella permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades que definen la pertenencia a una comunidad estatal.¹⁷⁸ En el emblemático caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* reiteró lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia en el mencionado *Caso Nottebohm* acerca de que, como tal, “la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado.”¹⁷⁹

Los Estados tienen la obligación de velar por el disfrute del derecho a la nacionalidad por parte de todas las personas sin discriminación de ningún tipo, y por que no se niegue a ninguna persona la nacionalidad ni se la prive de la misma por motivos discriminatorios.

Todos los niños tienen derecho a adquirir una nacionalidad. Las normas internacionales establecen que todo niño que haya nacido en el territorio de un Estado o que haya nacido en el extranjero, si uno de los padres tiene la nacionalidad de ese Estado, adquirirá la nacionalidad de ese Estado cuando de otro modo sería apátrida.

Si bien usualmente suelen confundirse los términos, es preciso distinguir el concepto de nacionalidad respecto del de ciudadanía. La nacionalidad se integra por tres elementos: el derecho a adquirir una nacionalidad, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella, y el derecho a cambiarla. En principio, son los propios Estados quienes definen la adquisición y pérdida de la nacionalidad conforme a su derecho interno; sin embargo, el ejercicio y respeto de la condición de nacional se da en el marco del reconocimiento de los demás Estados y de su consistencia con los tratados internacionales, la costumbre internacional, y los principios generalmente reconocidos en relación con la nacionalidad.

El derecho de la persona a no ser privada de su nacionalidad no es absoluto, sino que lo que se prohíbe expresamente es su privación arbitraria. Por consiguiente, la nacionalidad puede perderse en determinados supuestos estrictamente regulados. En los casos en los que la pérdida de la nacionalidad sustrae a la persona de la protección de un Estado sin que sea sustituido por la protección de otro u otros, se produce el estatus de apatridia, el cual coloca a la persona en una situación de extrema vulnerabilidad.

Las relaciones de la nacionalidad con otros derechos son diversas y complejas. En particular, el derecho a la nacionalidad se relaciona íntimamente con la libertad de circulación y el derecho de residencia y a salir del territorio.

El eficaz y amplio reconocimiento de la nacionalidad, así como la existencia de mecanismos reparatorios en los supuestos en que se haya vulnerado, constituyen requisitos esenciales de un Estado de Derecho.

178 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 35.

179 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 136.

Artículo 21. Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C n.º 56. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C n.º 97. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. En adelante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n.º 116. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C n.º 142. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 165. En adelante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n.º 170. En adelante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 185. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C n.º 198. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Serie C n.º 222. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. En adelante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 340. En adelante: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 08 febrero de 2008.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 de febrero de 2008.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tngni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de abril de 2009.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros*. Solicitud de Medidas Provisionales respecto de la República de Panamá. Resolución de 28 de mayo de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Documentos y resoluciones

CIDH. *Caso Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala*, Solución Amistosa, 2003.

CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 de junio de 2007.

Informes

CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, 1991. Caso 10.169. Informe Anual 1990-1991.

CIDH. Informe n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón vs. Paraguay*. Informe Anual 1997.

CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal S. A. vs. Argentina*. Informe Anual 1999.

CIDH. Informe n.º 103/99, *Caso Bernard Merens y Familia vs. Argentina*, 27 de septiembre de 1999.

CIDH. Informe n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junio de 2001.

CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002.

CIDH. Informe n.º 92/03, *Caso Elías Santana y otros vs. Venezuela*. Informe Anual de 2003.

CIDH. Informe n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Fondo, Caso 12.052, 12 de octubre de 2004.

CIDH. Informe n.º 58/09, *Caso Pueblo Indígena Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Petición n.º 12.354, Admisibilidad, 21 de abril de 2009.

CIDH. Informe n.º 75/09, *Caso Comunidad Indígenas Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola vs. Panamá*, Petición n.º 286-08, Admisibilidad, 5 de agosto de 2009.

CIDH. Informe n.º 98/09, *Caso Pueblo indígena Xucurú vs. Brasil*, Petición n.º 4355/02, Admisibilidad, 29 de octubre de 2009 (delimitación).

CIDH. Informe n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Petición n.º 592/07, Admisibilidad, 30 de octubre de 2009.

CIDH. Informe n.º 141/09, *Caso Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoltinos y sus miembros vs. Chile*, Petición n.º 415/07, Admisibilidad, 30 de diciembre de 2009.

CIDH. *Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, publicado en 2011.

CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV, Acápite 2, Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

CIDH. Informe n.º 63/10, *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Petición n.º 1119/03, Admisibilidad, 24 de marzo de 2010.

CIDH. Informe n.º 79/10, *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú, Área Metropolitana de Lima y Callao vs. Perú*, Petición n.º 12.119, Inadmisibilidad, 12 de julio de 2010.

CIDH. Informe n.º 125/10, *Caso Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol vs. Brasil*, Petición n.º 250/04, Admisibilidad, 23 de octubre de 2010.

CIDH. Informe n.º 144/10, *Caso Vecinos de la Aldea Chichupac y Caserío Xeabaj del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Petición n.º 1579/07, Admisibilidad, 1 de noviembre de 2010.

CIDH. Informe n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petición n.º 1164-05, 31 de marzo de 2011.

Medidas cautelares

CIDH. MC n.º 260/07. *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*.

CIDH. MC n.º 269/08. *Caso Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche*.

CIDH. MC n.º 382/10. *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, vs. Brasil*.

CIDH. MC n.º 61/11. *Caso Miembros del pueblo indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo vs. Colombia*.

CIDH. MC n.º 105/11. *Caso Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá*.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

OEA. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 14 de junio de 2016, AG/RES.2888 (XLVI-O/16).

Organización Internacional del Trabajo

OIT. Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado el 27 de junio de 1989, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Organización de las Naciones Unidas

ONU. Comité para la Eliminación de Discriminación Racial. Recomendación general n.º 23 sobre el derecho de los pueblos indígenas. 51º periodo de sesiones, 22 de agosto de 1997.

ONU. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. A/RES/61/295.

ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010.

Consejo DHONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010.

Referencias académicas

ANTKOWIAK, T. "Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights", en *Berkeley J. Int'l L.*, n.º 25, pp. 268-282, 2007.

ANTKOWIAK, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Colum. J. Transnat’l L.*, n.º, 46, pp. 351-419, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, New York, 2011.

GALVIS PATIÑO, M. C. “El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales”, en *La América de los Derechos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos - UNAM III, en prensa.

GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

HARRIS, D., O’BOYLE, M., BATES, E. y BUCKLEY, C. *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2a ed., 2009.

PASQUALUCCI, J. M. “International Indigenous Land Rights: a Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples”, en *Wisconsin Int’l L. J.*, vol. 27, n.º 1, 2009.

Otras referencias

App. No. 7823 & 7824/77, *Kalderas Gypsies v. FRG and the Netherlands*, 11 D&R (1977).

ANTKOWIAK T. y GONZA, A. “El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional”, en *Revista Aportes, Fundación para el debido proceso legal*, año 3, n.º 14, 2010.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Revista Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, n.º 1, 2005.

Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF-OXFAM, Washington DC, 2011.

Due Process of Law Foundation, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*. DPLF, Washington, DC, 2010.

International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011.

MELISH, T. “A Pyrrhic, Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, 2005.

Otras referencias sugeridas

ANTKOWIAK, T. y GONZA, A. *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

Due Process of Law Foundation. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. DPLF - OXFAM, Washington, DC, 2015.

Contenido

1. Introducción	604
2. Estructura del artículo 21 y los límites legítimos	605
2.1. El contenido amplio del derecho a la propiedad	605
2.2. Los límites del derecho a la propiedad	609
2.3. Titularidad del derecho a la propiedad	611
3. Los bienes protegidos y los poderes del Estado	615
3.1. La protección a las pensiones adquiridas y el escaso poder limitante del Estado	615
3.2. La protección de los derechos adquiridos mediante resolución judicial firme de órgano interno	618
3.3. Derecho a la propiedad y procesos seguidos a nivel interno	620
3.4. El derecho a la propiedad y la facultad de expropiación del Estado	622
4. El derecho a la propiedad intelectual e interés institucional del Estado	625

5. El derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales	626
5.1. La protección de los derechos indígenas a través de la función cautelar	629
5.2. Características especiales del derecho a la propiedad colectiva o comunal y las obligaciones estatales	630
5.3. Conflictos entre la protección a la propiedad comunal y otros derechos	634
5.4. El derecho a la propiedad colectiva o comunal y sus límites	636
6. Conclusiones	643

1. Introducción

El reconocimiento de la propiedad privada como un derecho humano fue resistido por los Estados en la elaboración de las diferentes convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritas en las décadas de los sesenta y setenta.¹ A pesar de estar presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,² este derecho no se encuentra consagrado en el PIDCP ni en el PIDESC. Tampoco se consagró en el texto final del CEDH,³ agregándose recién a este último en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional a dicho Convenio en 1952, con un texto restrictivo y amplias facultades del Estado para limitarlo.⁴

En el caso de la CADH, las actas de los trabajos preparatorios relativas al artículo 21 demuestran que este derecho fue uno de los más discutidos al tratar la propuesta del proyecto original presentado por la CIDH en 1969.⁵ Antes de la aprobación del texto final, los Estados vacilaron entre diversas opciones: la eliminación del derecho a la propiedad privada por, entre otras razones, no considerarlo un derecho fundamental,⁶ por su carácter económico y social,⁷ o por tratarse de un tema que debía quedar bajo la soberanía del Estado;⁸ también señalaron la modificación del texto propuesto, por necesitar énfasis de la función social que tiene la propiedad para no obstaculizar, entre otras, las reformas agrarias que muchos de ellos ya habían iniciado;⁹ o la inclusión del derecho a la autodeterminación de los pueblos.¹⁰

Estas discusiones explican, en parte, que el texto final aprobado en el artículo 21.1. de la CADH haga referencia a un concepto amplio,¹¹ de derecho a la propiedad, entendido como el “derecho al uso y goce de [...] bienes”, en vez del original “propiedad privada” y a la facultad de los Estados de limitar tal uso y goce por ley con base en el “interés social”, también reflejado en el inciso 2 del artículo 21.

1 Para conocer el debate europeo sobre el alcance del derecho a la propiedad, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C. *Harris, O’Boyle, Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2a. ed., 2009, p. 655.

2 El artículo 2 menciona el derecho a la propiedad como un derecho natural e imprescriptible.

3 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 655.

4 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 112.

5 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 301.

6 *Ibidem*, pronunciamientos de la delegación de Chile, p. 233.

7 *Ibidem*, pronunciamientos de la delegación de Colombia, p. 237.

8 *Ibidem*, p. 240.

9 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, *op. cit.*, pp. 124 y 239. Aquí se mencionan reformas agrarias llevadas a cabo por las delegaciones de Brasil, Panamá y Costa Rica, así como el derecho a la autodeterminación por la delegación de Colombia. También ver Pasqualucci, J. M. “International Indigenous Land Rights: a Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples”, en *Wisconsin Int’l L. J.*, vol. 27, n.º 1, 2009, p. 65.

10 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, *op. cit.*, p. 234.

11 *Ibidem*, p. 237. La mención de la delegación de Estados Unidos fue sobre la necesidad de consagrar un derecho a la propiedad privada como “inherente a la persona humana y que el Estado no podía otorgarlo o negarlo a su arbitrio”.

Si bien los trabajos preparatorios de la CADH son escuetos y tampoco registran una discusión sobre la propiedad colectiva de los pueblos indígenas de forma específica, el planteamiento sobre las reformas agrarias y la posibilidad de incorporar en este artículo el derecho a la autodeterminación, podrían indicar que no era un tema ausente. Asimismo, aunque se borró del título del artículo en español la referencia a ‘privada’, el término se mantiene en la versión del texto en inglés.¹²

Sin lugar a dudas la interpretación posterior de los órganos del SIDH, de la mano de la amplitud en la redacción del artículo 21 de la CADH –y de las facultades interpretativas que surgen del artículo 29– han consolidado una extensa protección a dicho derecho.

Para resolver los casos presentados y dar contenido al derecho se han utilizado –con mejores o peores resultados– conceptos de propiedad desarrollados en la legislación interna,¹³ o en otros instrumentos internacionales,¹⁴ haciendo énfasis en el carácter como instrumentos vivos de los tratados de derechos humanos.¹⁵

De esta manera, la Corte IDH se ha pronunciado sobre diversos aspectos de la propiedad privada de los individuos, analizando su contenido y límites, determinando sus titulares y resolviendo casos en donde este derecho se enfrenta con diversos poderes del Estado. Asimismo, ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales –materia que en la actualidad constituye una parte importante del litigio sobre el artículo 21 de la CADH en esa instancia internacional–, y ha incorporado conceptos plasmados en diversos instrumentos internacionales como aquellos del Convenio n.º 169 de la OIT y de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas.¹⁶

2. Estructura del artículo 21 y los límites legítimos

2.1. El contenido amplio del derecho a la propiedad

2.1.1. Perspectiva comparada con el sistema europeo de derechos humanos

La terminología utilizada por la CADH en su artículo 21 difiere radicalmente de la lograda en la redacción del artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 al CEDH. Para algunos autores, la redacción adoptada en la CADH sugeriría la intención de una protección más amplia que la de su par europeo en términos sustantivos y menores poderes del Estado para limitarlo. Tal diferencia surge de los términos

12 Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 6.

13 La Corte IDH adopta conceptos y derechos desarrollados en la legislación interna en el caso de pensiones, *ver* Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 103. *Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 43 (en este caso no se hace mención explícita al artículo 29). Así como en los casos de propiedad comunal desde la sentencia del caso Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 148. Para una crítica a este método de interpretación, *ver* Cejil. *Revista Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, n.º 1, 2005, pp. 51-61. Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 7.

14 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 127, 130, 136, 150-151. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párrs. 93-95, en esta sentencia se citan los artículos 1 y 27 del PIDCP.

15 Por primera vez en derechos indígenas en las siguientes sentencias: *Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 146-148. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 125. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 89.

16 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 127, 130, 136, 150-151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 157. Al respecto, debido a que se hará referencia en una sección especial de esta obra a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los pueblos indígenas y tribales, en este comentario solo se mencionarán los aspectos esenciales del derecho a la propiedad comunal desarrollados por la Corte IDH.

usados y del alcance de las restricciones, incluyendo expresamente el “pago de una indemnización justa” como elemento esencial para que cualquier privación de la propiedad fuera legítima.¹⁷

Sin embargo las diferencias en los conceptos de propiedad de los instrumentos mencionados se atenúan mediante la interpretación dada por las cortes respectivas en los casos de víctimas individuales. Por ejemplo, el TEDH ha ampliado el ámbito de protección de este derecho y, a pesar de que el texto del referido Protocolo hace referencia únicamente a “possessions”, comparte con la Corte IDH la misma definición de propiedad privada y bienes.¹⁸ El TEDH también ha entendido que el derecho a la propiedad incluye, en algunos casos, la compensación pronta, efectiva y adecuada, como elemento integral del mismo, de la mano de la referencia del CEDH a los principios generales del derecho internacional.¹⁹

Es preciso señalar que el TEDH ha tratado en su jurisprudencia sobre el derecho a la propiedad, temas tan variados como los derechos contractuales, fideicomisos, pensiones, deudas establecidas en sentencias, nacionalizaciones, marcas registradas, expropiaciones de hecho y de derecho, expropiaciones en el marco de sucesiones de Estados o en el marco de reformas sociales,²⁰ entre otros. También, en contextos diferentes al de los casos analizados en Latinoamérica, ha permitido las expropiaciones sin indemnización.²¹ Con esta variedad y complejidad de temáticas –y las facultades de pronunciarse sobre violaciones a personas jurídicas– se torna delicado aplicar de forma directa su jurisprudencia en el contexto de los casos presentados ante la Corte IDH. Incluso, el TEDH ha establecido que el concepto de ‘expectativa legítima’ se encuentra protegido por el derecho a la propiedad. Al respecto, el TEDH exige como mínimo en cada caso que la víctima demuestre que tiene derecho a un beneficio económico real, aunque aún esté pendiente que se le atribuya.²²

Por su parte, la Corte IDH ha interpretado de forma amplia el concepto de ‘bienes’, incluyendo en esta protección algo de lo que carece la jurisprudencia europea:²³ los derechos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales. Sin embargo, no ha aprovechado las sustanciales diferencias y protecciones establecidas expresamente en el artículo 21 de la CADH, extendiendo las potestades de limitaciones del Estado a través de una interpretación laxa de los requisitos sobre limitaciones legítimas adoptados por la CADH. Para ello, hace suyas las interpretaciones que el TEDH desarrolló en esta materia, especialmente en el tema de expropiaciones.²⁴ Desde su primera decisión, la Corte IDH definió el derecho al uso y goce de bienes a los que hace referencia el artículo 21 como “todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”.²⁵ También afirmó que el concepto de bienes comprende: 1. todos

17 Gros Espiell, H., *op. cit.*, párr. 112. En relación con el TEDH, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 655.

18 *Ibidem*, p. 656.

19 *Idem*.

20 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 656.

21 *Idem*. Excepcionalmente puede no exigirse la compensación por la manera en la cual fue adquirida la propiedad sobre el bien en cuestión: 1. falta de certeza de la posición legal de los reclamantes; 2. intervención del gobierno dentro de un plazo razonable; y 3. justicia social de la medida. Debe tratarse de una “ganancia inesperada” o un *windfall*.

22 *Ibidem*, párr. 659.

23 Ver App. n.º. 7823 & 7824/77, Kalderas Gipsies v. FRG and the Netherlands, 11 D&R (1977).

24 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008. Voto del juez Diego García Sayán que sugiere que la reparación a la violación al derecho a la propiedad no requiere una *restitutio in integrum*.

25 Es importante señalar que en 1999, en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, sin dar mayor explicación, la Corte IDH pasó por alto la oportunidad de pronunciarse sobre el poder del Estado de limitar el derecho al uso y goce de bienes de las personas sometidas a procesos de investigación criminal. Ver Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999. En esta sentencia, la Corte IDH se reservó para pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de detención y condena para la etapa de reparaciones.

los muebles y los inmuebles,²⁶ 2. los elementos corporales e incorporeales, y 3. cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.²⁷

La Corte IDH comenzó el desarrollo jurisprudencial del derecho a la propiedad en 2001 al resolver el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, en donde analizó el uso y goce del derecho a la propiedad privada de la víctima sobre acciones de un canal de televisión. Unos meses después resolvió el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en el que por primera vez interpretó extensivamente el concepto de propiedad, protegiendo también la propiedad colectiva de los pueblos indígenas; pero no fue sino hasta 2004 que la Corte IDH desarrolló su jurisprudencia sobre las posibles limitaciones al derecho a la propiedad en uso del poder punitivo del Estado, en el caso *Tibi vs. Ecuador*; esta línea se nutrió posteriormente en 2007 en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*.

En 2003, con el caso “*Cinco Pensionistas*” vs. Perú, la Corte IDH comenzó a desarrollar la protección a derechos adquiridos de pensionistas, consolidando con contundencia dicha jurisprudencia en 2009 en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*. En 2010 fue que recién se pronunció sobre el poder de expropiación del Estado sobre bienes inmuebles en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*.

En sentencias posteriores, y hasta la fecha, el derecho a la propiedad ha tenido un desarrollo importante y creciente en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Finalmente es importante señalar que la Corte IDH ha enfatizado la afectación que genera la violación del derecho a la propiedad a personas en situaciones de vulnerabilidad o de determinada condición socio-económica, frente a aquella que pudieran tener otras personas o grupos en condiciones diferentes.²⁸ En este sentido, la Corte IDH ha estimado que:

[...] los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, [quien] enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad.²⁹

26 En el caso de la *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, la Corte IDH responsabilizó al Estado de la violación al artículo 21 de la CADH como resultado de la quema de viviendas y robo de ganado por parte de las Fuerzas Militares. Asimismo, la Corte IDH estableció que la quema de viviendas constituyó, además, una injerencia abusiva y arbitraria en la vida privada y en el domicilio de las personas. El hecho de perder el lugar en el que desarrollaban su vida privada implicó también la violación del artículo 11.2. de la CADH. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 204-205.

27 Ver Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 122. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPFRC. 2008. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

28 En el caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, funcionarios policiales, sin consentimiento de la familia, ingresaron violentamente a su vivienda ocasionando múltiples estragos; en atención a la condición socio-económica y de vulnerabilidad de la familia, la Corte IDH enfatizó el especial agravio que sufrieron las víctimas a su derecho a la propiedad. Ver Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párrs. 202-204.

29 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 273. En la sentencia del caso *Operación Génesis vs. Colombia*, la Corte IDH recordó a la Corte Constitucional de Colombia que: “la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna”. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 352.

2.1.2. Aplicación del derecho internacional humanitario para determinar el alcance del derecho a la propiedad

Otro tema relevante sobre los parámetros legales que ha utilizado la Corte IDH para establecer el alcance del artículo 21 de la CADH, ha sido la aplicación del derecho internacional humanitario en casos en los que la violación al derecho a la propiedad ocurre durante un conflicto armado en el país en cuestión. De acuerdo con los hechos de los casos analizados por la Corte IDH, el estudio de la violación al derecho a la propiedad sucede en un contexto más amplio de graves violaciones a los derechos humanos, tales como ejecuciones extrajudiciales masivas, desplazamientos forzosos, entre otras. Como se analiza en esta sección, ello implica una especial y grave afectación al derecho a la propiedad.

Al establecer el marco normativo, la Corte IDH justifica la aplicación tanto del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra (Protocolo Adicional),³⁰ o las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario consuetudinario, por considerar dichas normas útiles y apropiadas para interpretar los alcances del artículo 21 de la CADH.³¹

En el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia* de 2006, la Corte IDH aplicó el derecho internacional humanitario para determinar la protección del uso y goce de los bienes muebles e inmuebles indispensables para la supervivencia de la población civil víctimas de conflictos armados de carácter no internacional, provocada por acciones de paramilitares con aquiescencia del Estado.³²

En el caso de las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, durante el operativo de la Fuerza Armada en el caserío, se despojó a las víctimas de sus pertenencias, se quemaron sus viviendas, se destruyeron y quemaron los cultivos de los pobladores, y se mató a los animales, lo que implicó una pérdida definitiva de la propiedad de las víctimas y la destrucción de sus hogares, en perjuicio de las víctimas ejecutadas en las masacres o de sus familiares,³³ así como de las víctimas sobrevivientes.³⁴ En particular, la Corte IDH tomó nota de lo establecido en los artículos 13 (protección de la población civil) y 14 (protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) del Protocolo Adicional, para establecer el marco legal aplicable en el caso. La Corte IDH estableció que la vulneración al derecho a la propiedad en el caso era de “especial gravedad y magnitud no solo por la pérdida de bienes materiales, sino por la pérdida de las más básicas condiciones de existencia y de todo referente social de las personas que residían en dichos poblados”.³⁵

En el caso de la *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, los pobladores de Santo Domingo tuvieron que abandonar sus hogares y desplazarse como consecuencia de los hechos, tras lo cual se

30 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados que no son de carácter internacional. Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978.

31 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 270.

32 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 183. En 2007, en el caso *Escué Zapata vs. Colombia*, la Corte IDH no consideró los alegatos de las violaciones a la propiedad privada de las víctimas perpetradas por miembros de las Fuerzas Armadas (destrucción de bienes y apropiación de utensilios de trabajo), debido a que tales hechos no fueron presentados por la CIDH en su demanda. Cfr. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párrs. 115 y 117.

33 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 168. El peritaje de Yáñez De la Cruz sobre el caso enfatizó que la “[t]ierra arrasada constituy[ó] una marca de vulneración y estigmatización de los militares que los victimarios crearon. La dimensión del horror perpetrado [...] quiso acabar con la zona, con toda su gente, vaciar el territorio, expulsarles [...] [Asimismo,] [f]ue una lógica de exterminio, una destrucción total de los espacios sociales. [...] La masacre disolvió la identidad colectiva, al dejar un vacío social, donde la comunidad hacia sus ritos, sus intercambios afectivos, el contexto y el marco en el que se sabían parte de la comunidad.” *Ibidem*, párr. 180.

Es importante resaltar que la Corte IDH reconoció, como víctimas, a las familias de las personas ejecutadas en la masacre. *Ibidem*, párr. 202.

34 *Ibidem*, párr. 179.

35 *Ibidem*, párr. 180.

produjeron saqueos en algunas de las viviendas y tiendas, así como daños y destrucciones a los bienes muebles e inmuebles.³⁶ Al determinar el marco legal aplicable al caso, la Corte IDH señaló que la norma 7 del derecho internacional humanitario consuetudinario disponía la aplicación del principio de distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares, y la obligación de no atacar los primeros.³⁷ En particular, con relación a los actos de pillaje como una posible afectación del derecho a la propiedad, la Corte IDH observó que ese acto estaba expresamente prohibido en el artículo 4.2.g del Protocolo Adicional, asimismo:

[...] la Corte record[ó] que el T[ribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia] [TPIY] ha[bía] señalado en su jurisprudencia que es[e] delito se comet[ía] cuando exist[ía] apropiación intencional e ilícita de bienes públicos o privados [...], y que “los actos de saqueo deb[ía]n involucrar graves consecuencias para las víctimas. Este ser[ía] el caso cuando los bienes [fueran] de suficiente valor monetario, o cuando se apropi[aran] los bienes de una gran cantidad de gente, en cuyo caso la escala y el impacto general de los actos de robo equivaldrían a violaciones graves del derecho y costumbre de la guerra”.³⁸

En el caso, la Corte IDH concluyó que el Estado no era responsable por los actos de pillaje, ya que, por un lado, no se encontraba suficiente evidencia para atribuirles a las Fuerzas Armadas responsabilidad, y, por otro lado (atendiendo muy particularmente al criterio establecido por el TPIY), la Corte IDH concluyó que si bien era posible señalar que miembros del Ejército se habrían apropiado de tomates, cervezas y gaseosas, se había constatado que los actos no involucraron consecuencias graves para las víctimas.³⁹

En cuanto a las afectaciones al derecho a la propiedad a consecuencia de desplazamientos forzados o forzosos, en el caso *Operación Génesis vs. Colombia*, la Corte IDH se apoyó tanto en la aplicación de normas de derecho internacional humanitario, como en los Principios Rectores de la ONU sobre Desplazamientos Forzados para establecer el marco normativo.⁴⁰ Las víctimas, miembros de una comunidad de afrodescendientes que se asentaron en la cuenca del Cacarica, habían sido forzadas a desplazarse tras la incursión de paramilitares en la zona, lo que generó daño por el desuso de las tierras y pérdida del usufructo; asimismo, la propiedad colectiva fue explotada de forma ilegal sin que existieran recursos judiciales administrativos efectivos para remediar la situación. Ante ello, la Corte IDH declaró la violación del artículo 21 de la CADH.⁴¹

2.2. Los límites del derecho a la propiedad

El derecho a la propiedad protegido en la CADH no es absoluto: el artículo 21.1. parece describir el derecho de forma amplia y señalar que: “[l]a ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Este primer inciso tiene en cuenta las posibles limitaciones, intromisiones o interferencias, al uso y goce de la propiedad impuestas por el Estado, que no suponen la privación de la misma. El artículo 21.2.

36 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 274.

37 *Ibidem*, párr. 317. Asimismo, en la nota al pie 391 de la sentencia, la Corte IDH consideró relevantes en el caso las normas 8, 9 y 10 relativas a la naturaleza y fines de los bienes de carácter militar y los de carácter civil, debiendo asegurarse la protección de estos últimos mientras se conserven como tal. En la mencionada nota al pie, la Corte IDH remitió a Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: normas*. CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 29 a 41.

38 *Ibidem*, párr. 272.

39 *Ibidem*, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párrs. 277-278. En el caso, la Corte IDH solo declaró responsabilidad por el daño a la propiedad dado que un grupo de tiendas y viviendas resultaron afectadas por el lanzamiento de una bomba de racimo por parte de las Fuerzas Armadas. *Ibidem*, párrs. 280-282.

40 De acuerdo con la norma 133 del derecho humanitario consuetudinario “deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas” [...] El principio 21.3. de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado indica que la “propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados internos serán objeto de protección contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales”. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFR. 2013, párr. 349, y notas al pie 593-595.

41 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFR. 2013, párrs. 353, 356.

contempla los casos de expropiación de bienes y los requisitos para que el actuar del Estado se considere justificado.

Pese a esta estructura, de la jurisprudencia de la Corte IDH no se desprende un uso diferente de los incisos para analizar situaciones fácticas radicalmente distintas que permitan categorizaciones claras. Tampoco se ha hecho una distinción entre las razones de ‘interés público’, y las de ‘utilidad pública’ que señala el inciso 2 del artículo 21. Una situación similar surge del análisis de la jurisprudencia europea en la materia, la cual, pese a realizar ciertas distinciones en las categorías de las violaciones en algunos de sus casos, adopta una posición que parece dar menos peso al tipo de interferencia en el derecho a la propiedad para aplicar directamente el test de las limitaciones permitidas.⁴²

De esa manera, la Corte IDH ha establecido que el Estado puede restringir los derechos a la propiedad contemplados en el artículo 21 de la CADH si tal restricción responde a los intereses de la sociedad.⁴³

Para la Corte IDH, los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una *interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la CADH*.⁴⁴ Para que resulten compatibles con la CADH las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.⁴⁵ Para que se pueda considerar ‘de interés de la sociedad’ se requiere que las restricciones: 1. hayan sido previamente establecidas por ley; 2. sean necesarias; 3. sean proporcionales; y 4. tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁴⁶

En el caso de restricciones a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales la Corte IDH, además de los requisitos establecidos anteriormente, requiere la satisfacción de un quinto elemento: la restricción no puede “implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”.⁴⁷ La carga de probar que estas limitaciones cumplen dichos requisitos recae sobre el Estado que las impone.

El requisito de legalidad se ha interpretado de forma estricta en gran parte de la jurisprudencia de la Corte IDH –al analizar las restricciones legítimas a los derechos establecidos en la CADH–, y constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad en las decisiones de los Estados. Se ha interpretado que el requisito exige la existencia de una ley en sentido formal y material, que las causas de dicha restricción estén “expresa, taxativa y previamente” fijadas por la ley, que sean necesarias para asegurar el fin legítimo perseguido y que no deban, de modo alguno, limitar, más allá de lo estrictamente necesario el derecho afectado.⁴⁸ Entre otros elementos de las restricciones, se ha señalado, por ejemplo, en el caso

42 Al respecto, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 688.

43 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 127.

44 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 75. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985, párrs. 66 y 67. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 31.

45 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 145. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 155.

46 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 127. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 144-145. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 137.

47 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 128.

48 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 95. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 120. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op.cit.*, 1985, párr. 39. Sobre el requisito de legalidad en el artículo 21 de la CADH, parecería que en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* de 2008, la Corte IDH ‘flexibilizó’ su jurisprudencia constante al afirmar que: “no e[ra] necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad est[uviera] señalada en la ley”. La Corte IDH justifica esta afirmación con una cita del propio caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez*, sin embargo dicha cita tiene una modificación respecto a la redacción original de la sentencia, ya que en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez*, la Corte IDH nunca señaló que “no era necesario”

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador; que deben justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad.⁴⁹

El significado del artículo 21.3. de la CADH no ha sido desarrollado por la Corte IDH y algunos autores entienden que no se reconoce un derecho sino un “mandato a la ley interna” y que “no puede operar por sí sola”.⁵⁰ Tampoco se encuentra referencia en los trabajos preparatorios a su contenido o discusión de fondo en torno al mismo.

2.3. Titularidad del derecho a la propiedad

2.3.1. Protección a accionistas de empresas

La CADH consagra al ser humano como titular del derecho a la propiedad privada. En cambio, la CEDH en su Protocolo Primero consagra explícitamente tanto a los seres humanos como a las personas jurídicas como titulares de este derecho. En el marco del derecho a la propiedad privada esto tiene especiales consecuencias, debido a que la creación de sociedades es común e incide enormemente en el patrimonio de las personas que las conforman, así como en el ejercicio de sus derechos.⁵¹ La respuesta de los órganos del SIDH a la protección de los derechos que pueden tener las personas físicas que actúen bajo una ficción jurídica se ha establecido paulatinamente. Estos desarrollos atienden o dan respuesta a actos de los Estados que afectan gravemente los derechos humanos, ya sea actuando u omitiendo actuar en contra o a favor de las empresas, corporaciones, sociedades o cualquier tipo de organización societaria, con o sin fines de lucro.

La línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre el tema inició en 2001, en el caso *Cantos vs. Argentina*, en donde la Corte IDH se perfiló para dar una protección amplia en respuesta a los argumentos del Estado planteados en una excepción preliminar sobre su competencia *ratione personae*, ya que la presunta víctima era una persona jurídica. La Corte IDH señaló con contundencia que los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.⁵² En un *obiter dictum*, la Corte IDH afirmó que: “no [se] restring[ía] la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pu[diera] acudir al S[IDH] para hacer valer sus derechos, aun cuando los mismos est[uvieran] cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico”.⁵³

Posteriormente, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte IDH decretó la violación al artículo 21 de la CADH por la intervención ilegítima del Estado en el uso y goce de las acciones que la víctima tenía en un canal de televisión. La intervención se logró a través de una medida cautelar en un proceso civil arbitrario privándolo del goce de sus acciones mayoritarias y de la calidad de presidente y directivo de la empresa, con el propósito de apartarlo de la dirección informativa del canal.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH entendió que las consecuencias civiles derivadas de una sentencia penal que recayeron directamente en el representante de la empresa afectada en el caso (Periódico “La Nación”) no fueron dirigidas en contra de la presunta víctima “como sujeto

que toda causal de restricción estuviera en la ley, sino que “no era suficiente”. La jurisprudencia del caso *Salvador Chiriboga* –que parece sustentarse más en la jurisprudencia del TEDH que en la interamericana–, no se ha repetido y constituye un precedente aislado. Cfr. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 65.

49 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 188.

50 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 112.

51 *Idem*.

52 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 27. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 399.

53 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 29. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 399. En el caso *Cantos*, la Corte IDH dejó fuera del análisis jurídico algunos elementos del derecho a la propiedad por carecer de competencia temporal sobre los hechos, y tampoco se pronunció en la sentencia de fondo, sin dar explicación alguna, sobre los alegatos vertidos respecto de la violación al artículo 21 de la CADH por el cobro de “sumas exorbitantes” como tasa judicial y honorarios, las cuales llegaban hasta 140 millones de dólares. Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 160.

privado o particular”.⁵⁴ En el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, consideró que los daños fueron ocasionados a la sede o a bienes del canal de televisión Globovisión, “como empresa o persona jurídica”, sin que se haya demostrado cómo tales daños producían una afectación directa a las víctimas como accionistas.⁵⁵ En cambio, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, analizó la violación al artículo 21 a profundidad al considerar intromisiones arbitrarias en el goce de bienes de la empresa que “incid[ía]n en [su] valor y productividad, lo que a su vez perjudica[ba] a [...] sus accionistas”.⁵⁶

En 2015, la Corte IDH emitió su sentencia en el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*; en ella establece criterios relevantes para determinar los supuestos en los que los accionistas de una empresa pueden reclamar por la violación de su derecho a la propiedad, originada en afectaciones sufridas por la empresa.

El caso se refería a la alegada violación a la libertad de expresión de los accionistas, directivos y periodistas del canal Radio Caracas Televisión [RCTV], en razón de la decisión del Estado de no renovar la concesión a RCTV. La Corte IDH reiteró el criterio sobre la posibilidad de analizar una presunta violación al derecho de propiedad de personas en su calidad de accionistas, en esos casos:

[...] la Corte ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos [...]. En ese sentido, *para determinar que ha existido una vulneración al derecho de propiedad de los socios es necesario que se encuentre probada claramente la afectación que sobre sus derechos ha recaído* [...].⁵⁷

Con el fin de determinar si existió una afectación sobre los derechos directos de los accionistas de RCTV, la Corte IDH analizó si se generó alguna vulneración a dichos derechos patrimoniales, a partir de los alegatos de las partes relacionados con tres situaciones.

Primero, sobre la no renovación de la concesión a RCTV para el uso del espectro electromagnético, la Corte IDH concluyó que el espectro radioeléctrico era un bien público cuya titularidad no podía ser reclamada por los particulares, por lo que no era posible afirmar que los accionistas o la empresa hubieran adquirido algún derecho o titularidad sobre el mismo.⁵⁸ Asimismo, la Corte IDH analizó el alegato de los representantes según el cual la no renovación de la concesión equivalía a una destrucción ilegítima del derecho de propiedad que tenían las presuntas víctimas sobre ella, en el entendido de ser un bien protegido bajo la CADH. Al haber concluido previamente que no existía un derecho a la renovación o a una prórroga automática de la concesión,⁵⁹ la Corte IDH concluyó que no había:

[...] argumentación o regulación que permitiera interpretar, para el [...] caso, que se [había] generado un derecho a la extensión de concesiones en la normativa venezolana a favor de la empresa. [Por tanto,] la posibilidad de que el Estado renovara la concesión a RCTV para el uso del espectro radioeléctrico [...], no p[odía] ser considerada como un bien o derecho adquirido ya incorporado en el patrimonio de la empresa. Dicha posibilidad era una mera expectativa de renovación que estaba condicionada por la facultad del Estado para establecer controles sobre un recurso de su propiedad. En consecuencia, *los beneficios económicos que los accionistas pudieren haber recibido como consecuencia de la renovación de la concesión tampoco p[odían] considerarse como bienes o derechos adquiridos que hicieran parte del patrimonio directo de los socios y pudieran ser protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana en virtud de su titularidad*.

[...] [la Corte] constató que RCTV [había sido] titular de un derecho patrimonial derivado de [una] concesión otorgada [...], durante el periodo de 20 años frente al cual el Estado ya había

54 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 100.

55 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 403.

56 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 209.

57 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 338. (énfasis agregado)

58 *Ibidem*, párr. 342.

59 *Ibidem*, párr. 180.

concedido una licencia, pero enc[ontró] que el Estado no impidió la utilización del espectro electromagnético ni interfirió arbitrariamente en el ejercicio de los derechos derivados del contrato de concesión durante su vigencia, actos que en efecto habrían podido vulnerar el derecho a la propiedad de las presuntas víctimas.⁶⁰

Segundo, en cuanto a ciertas medidas cautelares que habían sido impuestas a los bienes de la empresa, la Corte IDH recordó que, para determinar la existencia de una vulneración al derecho a la propiedad de los socios, resultaba necesario que se probara claramente la afectación recaída sobre los derechos de los accionistas. La Corte IDH ya había establecido que la persona jurídica de RCTV era un vehículo para la libertad de expresión de sus trabajadores y directivos, sin embargo, no encontró que ello fuera sustento jurídico suficiente para afirmar que por esa función instrumental había desaparecido la separación de patrimonios entre la persona jurídica y sus accionistas.

La Corte IDH reiteró que los derechos de los accionistas de una empresa son diferentes de los derechos de la persona jurídica, “por lo que para fines de desestimar la personalidad jurídica de la sociedad anónima y atribuir a los socios legitimidad para reclamar los daños generados a través de actos dirigidos a la empresa, era necesario contar con el material probatorio suficiente para demostrar dicha relación”.⁶¹ Al no contar con pruebas suficientes, la Corte IDH no pudo analizar las consecuencias que se derivaron de la imposición de dichas medidas cautelares a los bienes que formaban parte del patrimonio de RCTV, ni determinar si estas habían vulnerado la propiedad jurídica de la empresa.⁶²

Tercero, sobre la posible afectación al valor de las acciones de propiedad de los socios de RCTV derivado de la no renovación de la concesión para el uso del espectro electromagnético y de la imposición de medidas cautelares sobre los bienes de RCTV, por una parte, la Corte IDH señaló que a diferencia del caso *Chaparro Álvarez vs. Ecuador*, la relación entre las presuntas víctimas de ese derecho y la empresa afectada no era directa, toda vez que las víctimas eran accionistas de personas jurídicas o patrimonios autónomos separados, que a su vez eran accionistas o propietarios de una cadena que tenía en el intermedio entre una o hasta cinco otras personas jurídicas hasta llegar a la empresa RCTV.⁶³ Ante ello, la Corte IDH consideró que:

[la] constitución accionaria compleja, consecuencia de una estructura societaria amplia de personas jurídicas con patrimonios separados, dificulta[ba] aún más poder establecer una relación directa y evidente entre la alegada pérdida de valor de acciones y las afectaciones al patrimonio de la persona jurídica de RCTV.⁶⁴

Por otra parte, siguiendo el análisis de su sentencia en el caso *Perozo vs. Venezuela*, la Corte IDH procedió a analizar si había sido probada la afectación de las acciones de las cuales eran propietarios las víctimas.⁶⁵ De los hechos probados del caso, fue establecido que las medidas cautelares implicaron el traspaso de bienes de la empresa, tales como “microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de

60 *Ibidem*, párrs. 343-344.

61 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 350. Esto en atención a que uno de los peritos propuestos por los representantes de las víctimas afirmó que la separación tajante entre los bienes de los accionistas y los de la persona jurídica no debía ser aplicada en el caso, toda vez que “la regla general de la separación de patrimonios, propia de las sociedades anónimas en general, [a propuesta del perito debía] de ser sustituida por la regla de la confusión de patrimonios, por la sencilla razón de que la vestidura social de la empresa comunicacional e[ra] una ficción [...]”. De acuerdo con el perito, esto era un hecho público y notorio que no necesitaba prueba, ya que ocurría un fenómeno de indiferenciación en la gestión del patrimonio social por parte de los accionistas, lo cual daba como resultado que el patrimonio social y el patrimonio de los accionistas se confundiera en uno solo. Sin embargo, la Corte IDH desestimó este argumento. *Ibidem*, párr. 349, y notas al pie 371 y 372.

62 *Ibidem*, párr. 348.

63 *Ibidem*, párr. 65.

64 *Ibidem*, párr. 355.

65 *Ibidem*, párr. 356. En este punto, la Corte IDH recordó que la renovación de la concesión no era un derecho adquirido ya incorporado en el patrimonio de la empresa, por lo que las afectaciones económicas que por ello pudieron haber recaído sobre el valor accionario, no podían ser exigibles como propiedad de los socios. *Ibidem*, párr. 357.

planta, cerca perimetral y acometida eléctrica”, al Estado para la asignación de uso y goce a otros operadores de señal de Televisión. No obstante, de acuerdo con la Corte IDH:

[...] no se ha[bía] probado la afectación que ello tuvo en el derecho a la propiedad de las presuntas víctimas, toda vez, que para poderse establecer semejante vulneración, debió acreditarse en primer lugar, una afectación a las empresas que son accionistas directas y la forma como esto pudo haber repercutido en cada una de las personas jurídicas que, a su vez, hac[ia]n parte del amplio andamiaje societario, hasta llegar a las acciones o fideicomisos de los cuales las presuntas víctimas [eran] propietarios directos.⁶⁶

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte IDH, compartida por la CIDH en sus decisiones de admisibilidad,⁶⁷ exige los siguientes criterios: 1. Un nivel de prueba más alto sobre la relación entre el actuar u omitir del Estado lesivo de derechos y la persona física que forma parte de la persona jurídica atacada (conexidad en palabras de la propia CIDH).⁶⁸ 2. Una distinción entre actos dirigidos a una persona como “sujeto particular” o “como empresa o persona jurídica.”⁶⁹ 3. El requisito formal de que los recursos interpuestos internamente hayan sido presentados también en “nombre propio” y no solo en nombre de la empresa.⁷⁰

Estos criterios dejan fuera del análisis del SIDH casos –o parte de los hechos en casos de graves violaciones a los derechos humanos– en donde exista un uso desproporcionado de poder por el Estado en contra de empresas u otro tipo de asociaciones; da lugar a distinciones formales, difíciles o artificiales en cada caso particular, debiendo determinar si el acto se dirige en contra la empresa en sí, o en contra la persona física que hace la petición ante el SIDH, o se presenta como víctima, resultando en la protección del derecho a la propiedad, entre otros, de la persona en tanto sea accionista de la empresa,⁷¹ o se encuentre en situaciones derivadas de tal condición como, por ejemplo, ser accionista ejerciendo la representación de la empresa.

2.3.2. Protección a comunidades y pueblos indígenas y tribales

En el caso de las comunidades indígenas, que reclamen el respeto y garantía del uso y goce de la propiedad sobre sus tierras ancestrales, no se presenta similar problemática en torno a la titularidad de los derechos. La Corte IDH ha rechazado consistentemente los argumentos de los Estados que aluden a la falta de “personalidad jurídica” de las comunidades en el ámbito interno que impedirían que la Corte IDH conociera de esos asuntos.⁷²

66 *Ibidem*, párr. 358.

67 CIDH. Informe n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petición 1164/05, 31 de marzo de 2011, párr. 36. CIDH. Informe n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junio de 2001, párr. 54. CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, Caso 10.169, 1991, considerandos 2 y 3. CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal, S. A. vs. Argentina*, Informe Anual 1999, párr. 17. Para Gros Espiell, esto resulta problemático. Cfr. Gros Espiell, *op. cit.*, p. 112.

68 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 403.

69 *Idem*.

70 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 30. Este elemento surge con mayor contundencia de las decisiones de la CIDH que afirman que son inadmisibles los casos que en el ámbito interno hayan sido presentados solo en nombre de personas jurídicas. CIDH. Informe n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petición 1164/05, 31 de marzo de 2011, párr. 36. CIDH. Informe n.º 92/03, *Caso Elías Santana y otros vs. Venezuela*, Informe Anual de 2003, párr. 50 en donde se cita a: CIDH. Informe n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junio de 2001. CIDH. Informe n.º 103/99, *Caso Bernard Merens y Familia vs. Argentina*, 27 de septiembre de 1999. CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, Caso 10.169, 1991. Informe Anual 1990-1991, p. 452. CIDH. Informe n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón vs. Paraguay*. Informe Anual 1997, p. 229. CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal, S. A. vs. Argentina*, Informe Anual 1999, párr. 2. Sobre este tema, ver la sección 3.1. Previo agotamiento de los recursos internos, del comentario a los artículos 44 a 47 sobre la Competencia de la CIDH, a cargo de Tojo.

71 Galvis Patiño, M. C. “El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales”, en *La América de los Derechos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos - UNAM III, en prensa.

72 Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, New York, 2011, p. 504. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que no es necesario que todas

En los casos de derechos indígenas, la Corte IDH ha tomado en cuenta las afectaciones a la comunidad como un todo, para determinar no solo las violaciones a los derechos humanos sino, además, diseñar esquemas de reparación.⁷³ Esto se confirmó en la sentencia del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en donde la Corte IDH estableció un precedente importante al señalar que:

En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales [...]. Sin embargo, *la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros* [...]. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, *ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva*, la Corte señal[ó] que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la [...] Sentencia deb[ía]n entenderse desde dicha perspectiva colectiva.⁷⁴

3. Los bienes protegidos y los poderes del Estado

3.1. La protección a las pensiones adquiridas y el escaso poder limitante del Estado

A través de la jurisprudencia desarrollada en 2003 en el caso “*Cinco Pensionistas*” vs. Perú, y posteriormente consolidada con contundencia en 2009 en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*, la Corte IDH ha delineado los criterios en torno a la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores pensionados, o jubilados o cesantes, a través del artículo 21 de la CADH. Los hechos de ambos casos son similares, y se basan en reducciones de beneficios en pensiones por decretos ley o decretos supremos declarados inconstitucionales por las cortes nacionales (en ambos casos del Perú), siendo las víctimas beneficiarias de un régimen de pensiones reconocido tanto por el derecho como por las cortes internas. La solución de fondo en ambos casos es idéntica y las diferencias que se presentan, después de duras críticas sustanciales al primero,⁷⁵ y varios años de escasos avances en su cumplimiento,⁷⁶ siguen sin lograr responder a los interrogantes de fondo que surgen en estos casos.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, bajo el artículo 21 de la CADH se protegen los “efectos patrimoniales” de un régimen de pensión determinado por el ordenamiento jurídico interno a los que tiene derecho una persona, que luego de realizar sus aportes y jubilarse, ve modificado de forma arbitraria los montos reconocidos por el Estado en un momento dado. Para alcanzar tal protección, la Corte IDH entiende que la violación al artículo 21 de la CADH se configura únicamente por la violación del artículo 25 del mismo instrumento (que consagra el derecho a la protección judicial), la cual se consuma cuando una persona acude a las autoridades judiciales internas reclamando por tal modificación; estas reconocen que el actuar del Estado en la modificación de los beneficios de las pensiones fue arbitrario, exigen que se recalculen las pensiones de un modo diferente, y las autoridades que deben hacerlo no respetan dicha decisión. Es decir, de acuerdo con la jurisprudencia en esta materia, para decretar una violación al derecho a la propiedad en este ámbito se requiere: 1. la reducción arbitraria de la pensión

las víctimas pertenecientes a una comunidad indígena se encuentren previamente determinadas, siempre y cuando sean identificables.

73 *Ibidem*. Sobre este tema, ver la sección 3. Part II: Reparaciones ordenadas por la Corte IDH de la Sección Especial. Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. Fondo y reparaciones, a cargo de Ruiz-Chiriboga y Donoso.

74 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 231.

75 Melish, T. “A Pyrrhic, Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, 2005, pp. 51-66.

76 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009.

reconocida en el ámbito interno; y 2. que tal reducción se consolide con el desacato a las decisiones internas favorables obtenidas por las víctimas.⁷⁷

Algunos autores entienden que la protección de estos ‘derechos adquiridos’, iniciada en el caso “*Cinco Pensionistas*” como parte del patrimonio de una persona, protegido por el artículo 21, demuestra la ‘amplitud’ del contenido dado por la Corte IDH.⁷⁸ Sin embargo, otros estudiosos sostienen que el análisis dado en el artículo 21 es errado, y en conjunto constituye un precedente “desastroso”,⁷⁹ que deja sin resolver los principales cuestionamientos de fondo que se plantean en estos casos, como puede ser la justiciabilidad internacional del derecho a la seguridad social y las facultades del Estado para limitarlo.⁸⁰

Cabe destacar que la Corte IDH ha adoptado una solución casuística, y no analiza el contenido y alcance del derecho a la pensión o a la seguridad social del ser humano, ni ha delineado sus estándares internacionales a través del artículo 21.⁸¹ En el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* se hizo una referencia al determinar reparaciones por daño inmaterial, a la “aspiración natural de un trabajador cesante o jubilado” de “disfrutar de la libertad y el descanso que supone cumplir con el tiempo de prestación laboral, contando con la garantía y seguridad económicas que representa el pago de la pensión íntegra a la que aquél se hace acreedor a partir de sus aportaciones”.⁸² Al respecto, la Corte IDH presumió que tal “aspiración natural” ocasiona un daño inmaterial en el caso concreto por “la falta de tranquilidad en lo económico”.

En otro caso en el que no se analiza la violación al derecho a la propiedad –también relacionado con incumplimientos de sentencias internas por despidos arbitrarios y demoras en cumplimientos de los amparos favorables a los derechos laborales de las víctimas–, la Corte IDH ha realizado mejores consideraciones solicitando al Estado determinar como reparación al daño material, “de acuerdo al derecho interno y a través de los mecanismos correspondientes, quiénes son las víctimas que tienen derecho a la jubilación”.⁸³

Pese a que la Corte IDH no reconoce el impacto en el patrimonio personal, como violación independiente al derecho a la propiedad privada, que pueden tener las distintas violaciones por parte del Estado al derecho al trabajo y sus derechos conexos (por ejemplo no percibir salarios o jubilación) y limitarse al análisis de violaciones por desacato de sentencias internas, ha dado protección indirecta a estos derechos. Por ejemplo, en la parte de reparaciones ha reconocido que:

[por] no poder ejercer el derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permitiera a las víctimas y sus familiares gozar de un estándar de vida digno, se impidió que estos tuvieran acceso al bienestar económico y pudieran proporcionar a sus familiares mejores condiciones de salud, vivienda y educación, entre otras.⁸⁴

Una mejor protección de los derechos laborales como tales surge de la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH.⁸⁵ En algunas de las opiniones que ha dado la Corte IDH se menciona la seguridad social

77 *Ibidem*, párrs. 117, 118 y 120 y, más contundentemente, en el párrafo 90 del caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, recogiendo anteriores votos razonados. Sobre el particular, ver Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66.

78 Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 627.

79 *Ibidem*, pp. 51-66.

80 *Idem*.

81 *Idem*.

82 Corte IDH. Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. EPFRC. 2009, párr. 131.

83 Corte IDH. Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, p. 305. En esta sentencia se analiza el derecho a la jubilación, especialmente reparaciones. Para un análisis sobre la manera como la Corte IDH realiza la protección de los derechos de los trabajadores, ver Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, cap. 18.

84 Corte IDH. Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 311.

85 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 157. Expresamente se consagra el derecho a la seguridad social como un derecho de los trabajadores.

como derecho de los trabajadores, y da ejemplos más generosos en torno a violaciones de derechos humanos por parte del Estado que incurre, por ejemplo, en:

[...] la denegación del derecho a la pensión de un trabajador [...] que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que este le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.⁸⁶

Dichas situaciones todavía no se han planteado como casos contenciosos ante la Corte IDH, y parecería difícil que llegaran, pues la CIDH rechaza los casos en que existe una diferencia en la interpretación entre las presuntas víctimas y el Estado, sobre el cumplimiento de requisitos que están establecidos en una ley para recibir beneficios jubilatorios, y que no han sido reconocidos por los tribunales internos.⁸⁷

Tanto en el caso de los “*Cinco Pensionistas*” como en el caso *Acevedo Buendía y otros*, la Corte IDH no ha aplicado de manera clara su habitual análisis o test (legalidad, necesidad y proporcionalidad) sobre las limitaciones posibles al derecho a la propiedad privada en manos del Estado, dejando al parecer intangibles, inmodificables o con mínimo poder de limitación sobre los beneficios patrimoniales que se hayan reconocido en la legislación interna.⁸⁸

En cuanto a las diferencias notables entre estos casos se pueden resaltar dos aspectos. El primero surge de mejores consideraciones en el caso *Acevedo Buendía*, sobre el contenido del artículo 26 de la CADH (titulado ‘desarrollo progresivo’ establecido en el Capítulo III de la CADH sobre los derechos económicos, sociales y culturales).⁸⁹ En esta oportunidad, la Corte IDH afirmó directamente que los derechos económicos sociales y culturales son justiciables en el ámbito internacional.⁹⁰ Con esta sentencia se superó la desafortunada interpretación de la Corte IDH,⁹¹ en la sentencia de “*Cinco Pensionistas*”, en la cual entendió que el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales –entre ellos el derecho a la seguridad social y a la pensión–, “se deb[ían] medir [...] sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.⁹² Sin embargo, en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte IDH rechazó los argumentos de los representantes de las víctimas en torno a la violación del artículo 26 de la CADH, los que la CIDH ya no se atrevió a sustentar nuevamente.

La línea jurisprudencial de la Corte IDH en torno al artículo 26 se aclaró con contundencia en la sentencia histórica *Lagos del Campo vs. Perú* de 2017, en la cual se declaró la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH, y se determinó, por primera vez, la violación de esta disposición. Asimismo, la Corte IDH reconoció la protección del derecho al trabajo a partir de una interpretación del mismo artículo 26 con la Carta de la OEA, la DADDH, y de que el derecho estaba explícitamente reconocido en las leyes internas de los Estados de la región.⁹³

La importancia de esta sentencia, para el apartado que nos ocupa, se posa en el hecho de que la nueva interpretación del artículo 26 abre la puerta para el reconocimiento y protección de derechos

86 *Ibidem*, párr. 154.

87 CIDH. Informe n.º 79/10 *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú. Área Metropolitana de Lima y Callao vs. Perú*, Petición 12.119, Inadmisibilidad, 12 de julio de 2010.

88 Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66.

89 Sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en los casos “*Cinco Pensionistas*” y *Acevedo Buendía*, ver el comentario al artículo 26, a cargo de Courtis.

90 Para un análisis detallado sobre este desarrollo, ver Burgorgue- Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, pp. 631-634.

91 Burgorgue- Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 630. CIDH. Informe n.º 79/10. *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú. Área Metropolitana de Lima y Callao vs. Perú*, Petición 12.119, Inadmisibilidad, 12 de julio de 2010, p. 631.

92 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 147.

93 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párrs. 143, 145.

laborales específicos como el derecho a la seguridad social y a la pensión,⁹⁴ los cuales serían también justiciables en el instrumento convencional y generadores de obligaciones internacionales para el Estado. Más importante aún es el hecho de que este reconocimiento permitirá aclarar tanto el alcance de los derechos patrimoniales y adquiridos de los trabajadores, como de las facultades del poder del Estado para limitarlos, pues tratándose de esos derechos, la nueva interpretación del artículo 26 de la CADH necesariamente impacta en el desarrollo del artículo 21.

El segundo aspecto decidido de forma diferente en el caso *Acevedo Buendía* es la no remisión a los tribunales internos para calcular el monto que les corresponde a las víctimas. Tal decisión puede tener como base la experiencia de la Corte IDH en la supervisión de cumplimiento del caso “*Cinco Pensionistas*”, a través de la cual se demostró que dejar tal determinación en manos de las autoridades internas solo se transformó en un justificativo estatal para incumplir la decisión de fondo adoptada por la Corte IDH.⁹⁵

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH sentó claramente que no hay un derecho general a beneficios de la seguridad social que deriven del derecho a la propiedad privada establecida en el artículo 1 del Protocolo Primero.⁹⁶ Sin embargo, reconoce que se puede obtener la protección de dicho artículo cuando la víctima demuestra que tiene un derecho legal a los beneficios en la legislación interna, si satisface ciertas condiciones. El TEDH no distingue los casos en que la víctima realizó aportes de aquellos en donde no los hizo. Si el Estado no reconoce en el procedimiento interno los beneficios reclamados, el TEDH solamente analizará el caso bajo el artículo 1 del Protocolo si los beneficios se han negado con base en condiciones discriminatorias establecidas en el artículo 14 de la CEDH. En estos casos, el derecho a recibir el beneficio existirá sin importar que no haya cumplido las condiciones requeridas.⁹⁷ El TEDH reiteradamente repitió que el CEDH y el Protocolo Primero no garantizan el derecho a adquirir propiedad como derecho económico, social o cultural. Sin embargo, una decisión de la Gran Cámara en el contexto de seguridad social comienza a afirmar que no hay una división tajante separando las esferas de los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales.⁹⁸

La jurisprudencia de la Corte IDH analizada demuestra que ha evitado pronunciarse a profundidad sobre las facultades del Estado de modificar con efecto retroactivo las pensiones cuando circunstancias de índole socio-económico lo exijan, y demuestra cierta antipatía para desarrollar estándares de la mano de casos en que las víctimas no “son tan vulnerables”, como los casos analizados en que no se trataba de pensiones bajas, sino de privilegios.⁹⁹

3.2. La protección de los derechos adquiridos mediante resolución judicial firme de órgano interno

En la sentencia *Furlan y familiares vs. Argentina* de 2012, la Corte IDH reconoció que las indemnizaciones otorgadas mediante resolución judicial firme emitida por los órganos internos, ingresan al patrimonio y se encuentran protegidas por el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH, y que cualquier medida de restricción del derecho por el Estado deberá estar justificada mediante un juicio de proporcionalidad, pues de no ser así, implicará una violación del derecho a la propiedad.

Sebastián Furlan –de 14 años al momento en que suceden los hechos– jugaba en un predio propiedad del Ejército argentino, y sufrió un grave accidente que le generó secuelas irreversibles e

94 En la sentencia, la Corte IDH reconoció y protegió, vía el artículo 26 de la CADH, el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párrs. 146-150.

95 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009, párr. 32.

96 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 660.

97 *Idem*.

98 *Idem*.

99 Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 147.

incapacidades físicas y psíquicas, por las cuales requería tratamiento.¹⁰⁰ Los fallos internos en materia civil establecieron que el daño ocasionado a Sebastián fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio; en particular se estableció que el predio era considerado por los habitantes de la zona como una plaza o sitio público donde los menores acudían a jugar por lo que se condenó al Estado a pagar \$130,000 pesos argentinos.¹⁰¹

La indemnización declarada a favor del joven Furlan quedó enmarcada dentro de la Ley 23.982 de 1991, por lo cual debía escoger entre dos formas de cobro: 1. el pago diferido en efectivo, o 2. la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo, en esta segunda opción los bonos tendrían el valor nominal una vez que hubiera transcurrido el plazo.¹⁰² La Corte IDH constató que debido a las precarias condiciones económicas en las que se encontraba la familia, y la necesidad de una rápida obtención del dinero para los tratamientos médicos,¹⁰³ el papá del joven Furlan optó por la suscripción de bonos de consolidación. Una vez que los bonos fueron pagados, el papa del joven Furlan los cobró a un precio del 33% de su valor nominal, después de sufragar el monto que le correspondía pagar por las costas procesales según la responsabilidad del 30% atribuida, y restar el 30% que correspondía al abogado, Sebastián Furlan recibió el equivalente a \$38,000 pesos argentinos.¹⁰⁴

En el análisis del fondo, la Corte IDH examinó la relación entre el derecho a la protección judicial y el derecho propiedad. En primer término, la Corte IDH precisó los estándares que rigen la ejecución de sentencias, y determinó que la ejecución no había sido ni completa ni integral, pues Sebastián había recibido un monto excesivamente menor al que había sido ordenado por el órgano judicial interno.¹⁰⁵ En segundo término, la Corte IDH estableció que con la sentencia interna “el monto había ingresado al patrimonio” del joven Furlan, por lo cual era “un derecho adquirido a su favor”, y determinó que la aplicación de la Ley 23.982 implicaba una restricción adicho derecho.¹⁰⁶

[...] la Corte observó [...] una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. En efecto, al aplicar un juicio de proporcionalidad a la restricción del derecho a la propiedad ocurrida, se [determinó] que la Ley 23.982 cumplía con una finalidad admisible convencionalmente, relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos. El medio escogido para enfrentar dicho problema podía resultar idóneo para alcanzar dicho fin y, en principio, p[odía] aceptarse como necesario, teniendo en cuenta que en ocasiones puede no existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar la crisis. Sin embargo, a partir de la información disponible en el expediente, *la restricción al derecho a la propiedad de Sebastián Furlan no es proporcionada en sentido estricto porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía*. No se enc[ontraba] en el expediente algún tipo de previsión pecuniaria o no pecuniaria que hubiera podido moderar el impacto de la reducción de la indemnización u otro tipo de medidas ajustadas a las circunstancias específicas de una persona con varias discapacidades que requerían, para su debida atención, del dinero ya previsto judicialmente como derecho adquirido a su favor. En las circunstancias específicas del caso concreto, *el no pago completo de la suma dispuesta judicialmente en favor de una persona pobre en situación de vulnerabilidad exigía*

100 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 95.

101 *Ibidem*, párrs. 99-100.

102 *Ibidem*, párr. 213.

103 *Ibidem*, párrs. 104-117.

104 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 213.

105 *Ibidem*, párrs. 210-211. Si bien el Estado alegó que la venta de los bonos había sido una decisión personal, la Corte IDH observó que la condición personal de Sebastián Furlan, y la precaria situación económica en la cual se encontraba su familia, no les permitía esperar hasta que transcurriera el plazo para cobrar el monto. La Corte IDH enfatizó que en la aplicación de la Ley 23.982 de 1991, las autoridades administrativas debían tener bajo consideración que Sebastián Furlan era una persona con discapacidad y de bajos recursos económicos, *lo cual lo ubicaba en situación de vulnerabilidad que conllevaba una mayor diligencia de las autoridades estatales*. *Ibidem*, párrs. 214-215.

106 *Ibidem*, párr. 221.

una justificación mucho mayor de la restricción del derecho a la propiedad y algún tipo de medida para impedir un efecto excesivamente desproporcionado, lo cual no se comprobó en [el] caso.¹⁰⁷

3.3. Derecho a la propiedad y procesos seguidos a nivel interno

3.3.1. Derecho a la propiedad ante procesos penales y las facultades de investigación del Estado

El derecho a la propiedad frente a las facultades del Estado de investigación penal ha sido puesto a prueba por la CIDH,¹⁰⁸ en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú* sometido a la Corte IDH en 1999. Sin embargo, en ese caso la Corte IDH no se pronunció sobre las posibles violaciones al derecho a la propiedad de una persona sometida a un proceso penal por medio de la imposición de medidas cautelares reales, sin dar mayor explicación.¹⁰⁹ Fue hasta el 2004 que la Corte IDH comenzó a pronunciarse sobre las posibles limitaciones que puede imponer el Estado al derecho a la propiedad en uso de sus facultades de investigación al resolver el caso *Tibi vs. Ecuador*,¹¹⁰ en el que declaró que el Estado violó el derecho a la propiedad de la víctima porque no había devuelto los bienes que había incautado con base en la necesidad de “luchar contra el narcotráfico”, y cuya devolución ya habían ordenado los tribunales internos. El punto neurálgico de protección en este caso radica en la asunción de la presunción *iuris tantum* que la posesión de bienes muebles adquiere la calidad de propiedad, y que el Estado debe tratar a los poseedores como propietarios, sin que pueda exigir la presentación de título alguno, aún de muebles registrables, para devolver bienes incautados arbitrariamente en el marco de un proceso penal.¹¹¹ La Corte IDH no realiza un análisis sobre legalidad, legitimidad y proporcionalidad de la restricción al derecho a la propiedad.

Este casuístico precedente fue aclarado y explicado con mayor profundidad y detalle en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* de 2007. En esa sentencia, la Corte IDH realizó el análisis del derecho a la propiedad, de la mano de las fracciones 1 y 2 del artículo 21 de la CADH, estudiando los elementos necesarios que se deben cumplir para limitar un derecho que no es absoluto, a fin de que dicha limitación sea considerada conforme a la CADH.

Primero, aclaró que el Estado tiene facultades para restringir el derecho a la propiedad en el marco de investigaciones penales, y que la existencia de dichas restricciones en una ley no conlleva *per se* una violación del artículo 21 de la CADH. Segundo, enmarcó su razonamiento en los elementos necesarios para que una limitación pueda ser legítima y reconoció que, en el caso particular, las causales de restricción provenían de una ley,¹¹² tal y como lo exige la CADH. Tercero, interpretó que no es suficiente la existencia de la causal de limitación en la ley sino que tales limitaciones deben tener fines legítimos buscados por el Estado, como lo son: “[i]) evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actuaciones ilícitas, [(ii)] procurar el éxito de la investigación penal, [(iii)] garantizar las responsabilidades pecuniarias que podrían declararse como resultado del proceso, o [(iv)] evitar la pérdida o deterioro de la evidencia”. Cuarto, exigió que la medida cautelar real “deb[a] justificarse previamente en la inexis-

107 *Ibidem*, párr. 222. (énfasis agregado)

108 La CIDH sostuvo que el Estado violó el derecho a la propiedad en perjuicio de la víctima, pues el embargo trabado sobre sus bienes no fue consecuencia de un debido proceso ni fue ordenado por un juez competente e imparcial. Asimismo, la CIDH manifestó que, al mantener a la víctima reclusa en prisión el Perú había violado su “derecho al trabajo”, produciéndole daño emergente.

109 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999, párr. 183. En este caso, la Corte IDH estimó que, en el marco del artículo 21 de la CADH, “no se comprobó que hub[iera] una violación, *per se*, del derecho del Sr. Cesti Hurtado sobre su propiedad. Los efectos que su detención, procesamiento y condena hubieran podido producir en su patrimonio o en su capacidad de trabajo derivarían de la violación de los artículos 7, 8 y 25 de la CADH, por lo que la Corte IDH reserv[ó] su pronunciamiento sobre dichos efectos para la etapa de reparaciones, en su caso”.

110 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

111 Galvis Patiño, M. C., *op. cit.*

112 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 186.

tencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad”.¹¹³ Quinto, señaló que deben existir “indicios claros de su vinculación con el ilícito, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la investigación, el pago de las responsabilidades pecuniarias a que haya lugar o evitar la pérdida o deterioro de la evidencia”. Sexto, indicó que las medidas deben ser ordenadas y supervisadas por funcionarios judiciales. Séptimo, declaró que deben ser levantadas si “desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria”, y que el juez “debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso”. La Corte IDH remarcó que:

[e]ste punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad.

De esta manera, la Corte IDH extendió las garantías necesarias desarrolladas en su jurisprudencia en materia de restricción a la libertad personal a través de medidas cautelares personales, a las restricciones a la propiedad impuestas a través de medidas cautelares de carácter real, y destacó la conexión existente entre el derecho a la presunción de inocencia y la imposición de estas medidas en el marco de procesos penales.

Una segunda parte del análisis se basó en la arbitrariedad del caso particular, exigiendo que las medidas que restringen el derecho de propiedad se encuentren debidamente motivadas. Tal requisito de motivación requiere, según la jurisprudencia de la Corte IDH, que en las órdenes de incautación se precise lo siguiente: 1. “que existían probabilidades e indicios suficientes para inferir que los bienes estaban realmente involucrados en el ilícito”;¹¹⁴ 2. la reevaluación de la necesidad de la medida si desaparecen los hechos que las hicieron necesarias;¹¹⁵ y 3. “si la investigación podía continuar sin afectar en tal grado la posesión y el manejo” del bien.¹¹⁶ Al no contar con una motivación adecuada se viola el goce del derecho a la propiedad protegido en el artículo 21.1. de la CADH.¹¹⁷

3.3.2. Derecho a la propiedad y medidas cautelares

Tratándose de procesos civiles, las medidas cautelares que afecten la propiedad de las personas también han sido reconocidas por la Corte IDH como convencionalmente aceptables, siempre que sean legales y legítimas, y que en su aplicación se observe un test de proporcionalidad para determinar si las mismas son conforme al artículo 21 de la CADH, o si por el contrario, representan una violación del derecho por ser una injerencia desproporcionada del derecho a la propiedad.

En el caso *Mémoli vs. Argentina*, la Corte IDH analizó la medida cautelar de inhibición general para enajenar y gravar bienes en contra de los señores Mémoli, con el fin de garantizar el eventual pago que resultara de un proceso civil por daños y perjuicios en su contra, en el cual, luego de más de quince años, aún no se había dictado una decisión de primera instancia; las medidas cautelares (adoptadas con anterioridad al inicio de ese proceso) habían estado vigentes, en total, por más de diecisiete años.¹¹⁸

La Corte IDH estableció que la adopción de medidas cautelares que afecten la propiedad privada no constituye “*per se* una violación del derecho de propiedad, aún cuando sí constituyen una limitación a dicho derecho, en la medida que afectan la facultad de las personas de disponer libremente de sus

113 *Ibidem*, párr. 188.

114 *Ibidem*, párr. 197.

115 *Ibidem*, párr. 198.

116 *Ibidem*, párrs. 198 y 199.

117 Cabe destacar que la Corte IDH encontró en el mismo caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez vs. Ecuador* “que la no devolución de bienes a la empresa incid[ió] en el valor y productividad de esta, lo que a su vez perjudic[ó] a quienes [eran] sus accionistas”. Este perjuicio debía ser entendido como una intromisión arbitraria en el “goce” del bien, consagrado igualmente en el artículo 21.1. de la CADH.

118 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párrs. 95-112.

bienes [...]”.¹¹⁹ Asimismo recordó que al analizar si una inhibición general de bienes dictada constituye una violación al derecho a la propiedad “[...] no deb[ía] limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que deb[ía] además comprobar, más allá de la apariencia, *cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada* [...]”.¹²⁰

La Corte IDH observó que ambas órdenes impuestas a los señores Mémoli estaban previstas legalmente, que cumplían con una finalidad admisible convencionalmente (toda vez que la medida buscaba asegurar el derecho a una indemnización por el alegado daño causado, el cual se encontraba en disputa en el proceso civil), y que resultaba claro que una “inhibición general de vender o gravar los bienes e[ra] idónea para garantizar dicho fin”. No obstante, la Corte IDH advirtió que *las autoridades judiciales internas no previeron la posibilidad de moderar el impacto de la duración del proceso civil en la facultad de las presuntas víctimas de disponer sus bienes*, ni tomaron en cuenta que, según la legislación argentina “[e]l juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, pod[ía] disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger” [...].¹²¹ La Corte IDH enfatizó que, a pesar de dicha disposición, la medida cautelar había estado vigente por un largo periodo de tiempo.

La Corte IDH concluyó que las autoridades judiciales a cargo “no habían actuado con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigían los derechos e intereses en juego”, la duración prolongada del proceso, en principio de naturaleza sumaria, unida a la inhibición general de bienes por más diecisiete años, significó una afectación desproporcionada al derecho a la propiedad privada de los señores Mémoli y *llevó a que las medidas cautelares se conviertan en medidas punitivas*, en contravención del principio del plazo razonable establecido en el art. 8.1. y el derecho a la propiedad privada en el artículo 21.¹²²

3.4. El derecho a la propiedad y la facultad de expropiación del Estado

No fue sino hasta 2008, en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*,¹²³ que la Corte IDH comenzó a desarrollar jurisprudencia en torno al poder de expropiación del Estado sobre bienes inmuebles de las personas, con el propósito de cumplir con un fin de ‘utilidad pública’ permitido en la CADH.

Dicho poder es ejercido por los Estados latinoamericanos de forma constante en distintos ámbitos que comprenden, entre otros, nacionalizaciones, construcción de obras de infraestructura, explotación de recursos naturales, reformas agrarias, etc. Los afectados pueden ser ricos y pobres, pueblos indígenas o personas no indígenas, empresas nacionales o extranjeras. Por ello, una decisión de la Corte IDH en esta materia es un importante precedente para hacer funcionar un sistema de frenos y contrapesos, exigiendo al Estado que en la utilización de ese poder cumpla con estrictos requisitos convencionales. Sin embargo, el primer precedente demuestra, al igual que al analizar el tema de las pensiones, dificultad de la Corte IDH en resolver; esa dificultad se refleja con la postergación de la decisión sobre reparaciones a un acuerdo entre partes que, al no lograrse, ocasionó que la Corte IDH determinara las reparaciones, en una inhabitual división de votos.

3.4.1. Declaratoria de utilidad pública

En la sentencia del caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* se desprende como principio un amplio poder del Estado de limitar el derecho a la propiedad privada con base en “razones de utilidad pública e interés social”. Al respecto, la Corte IDH señaló que este puede ejercerse sobre “todos aquellos bienes

119 *Ibidem*, párr. 178.

120 *Ibidem*, párr. 170. (énfasis agregado)

121 *Ibidem*, párrs. 179-180. (énfasis agregado)

122 *Ibidem*, párrs. 180, 183.

123 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*: EPF. 2008. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*: RC. 2011.

que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática”.¹²⁴ En el caso particular se expropió a una persona individual de un bien inmueble situado en la capital para destinarlo a un parque público considerado pulmón de la misma. La Corte IDH destacó que “un interés legítimo o general basado en la protección del medio ambiente [...], representa una causa de utilidad pública legítima”.¹²⁵

Sin embargo, la Corte IDH no analizó el contenido del acto de declaratoria de utilidad pública, ni su posible arbitrariedad al entender que “no existe controversia entre las partes respecto al motivo y fin de la expropiación del inmueble”.¹²⁶ Sin embargo, tal y como lo reconoció la propia Corte IDH, dicha controversia se encontraba pendiente de decisión en el ámbito interno.¹²⁷ Bajo el rubro de utilidad pública, la Corte IDH consideró únicamente como violatorias al derecho de propiedad “la falta de una resolución definitiva de los recursos subjetivos presentados por la presunta víctima”, y relacionó el perjuicio ocasionado por dicha dilación al “estado de incertidumbre” en el que quedaba el interés social que fundamentó la expropiación. Al respecto, resaltó que el paso del tiempo sin resolver la cuestión “pon[ia] en riesgo no sólo el interés público [...], sino además el real beneficio del cual está siendo objeto la comunidad en su conjunto, ante la posibilidad de una resolución desfavorable en este sentido”.¹²⁸

Con base en los alegatos de la CIDH y de los Representantes de la víctima, la Corte IDH evitó pronunciarse sobre una parte neurálgica de esta temática que permite control de convencionalidad sobre el actuar del Estado en un elemento sustancial del poder expropiatorio, como lo es la legalidad y legitimidad del acto de declaratoria de utilidad pública.¹²⁹ Tampoco surgen de la jurisprudencia pautas generales sobre el órgano que en una sociedad democrática debe ser el indicado para determinar la utilidad pública de una expropiación, ni el contenido que debe tener dicho acto para no ser arbitrario (motivación analizada en otras limitaciones),¹³⁰ ni sobre los mecanismos alternativos menos lesivos existentes, o sobre la posibilidad del propietario de cuestionar con anterioridad al acto tal declaratoria, entre otros.

3.4.2. Justa indemnización

El eje central de la violación al derecho a la propiedad en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* giró en torno al requisito establecido por la CADH relativo al pago de la “justa indemnización”; la Corte IDH indicó que para que la indemnización sea convencional debe ser “adecuada, pronta y efectiva”. Tal calificación surge de principios generales del derecho internacional, los cuales han sido adoptados por el TEDH para dar un alcance mayor a la protección del derecho a la propiedad, y debido a que la compensación no está expresamente reconocida en el texto del derecho a la propiedad privada establecido en el Protocolo Primero.¹³¹ La sentencia de la Corte IDH no plantea la necesidad de que la indemnización sea previa a la ocupación o a la privación efectiva de la propiedad en cuestión, elemento que se tiene en cuenta en algunos regímenes de expropiación latinoamericanos.

En cuanto al concepto de ‘adecuada’, la Corte IDH introduce tres elementos de referencia: 1. “el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública”, este elemento está reconocido en muchas legislaciones sobre expropiación; 2. el “justo equilibrio entre el interés general y el interés particular”, elemento que surge de la jurisprudencia europea (*fair balance*)

124 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011, párr. 73.

125 *Ibidem*, párr. 65.

126 *Idem*.

127 *Ibidem*, párr. 77.

128 *Ibidem*, párr. 89.

129 En este punto, ver Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007. En el caso, el análisis va más allá del fin legítimo alegado, para buscar cuáles son los fines convencionales permitidos para una medida cautelar real, los cuales son determinados explícitamente por la Corte IDH. Quizás el voto del juez Manuel Ventura Robles puede demostrar esta falta de análisis, extrañando en el elemento de justo equilibrio entre derecho individual e interés general.

130 *Ibidem*, párr. 197.

131 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

pero en casos marcadamente diferentes;¹³² y 3. los intereses devengados desde que se “perdió el goce efectivo de la posesión del inmueble”,¹³³ elemento que puede ser discutible por el largo paso del tiempo entre el acto de declaratoria de utilidad pública, el cual comienza a afectar el uso y goce del inmueble, tornándolo indisponible.

El primer y el tercer elementos son determinables y tienen carácter técnico, en cambio el segundo elemento puede dar lugar a discrecionalidad en la determinación del monto. En las legislaciones internas lo que correspondería al “justo equilibrio” es un elemento a considerar para la declaración de “utilidad pública”, y no para determinar el monto indemnizatorio. En el ámbito europeo tanto el estándar de justa compensación como los métodos de avalúo de propiedades tomados en cuenta por el TEDH, y como principios del derecho internacional, son controvertidos y se ha modificado desde que se redactó el Protocolo.¹³⁴

En el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, ante la discordancia entre los montos alcanzados en peritajes y avalúos realizados a la propiedad y presentados como prueba ante la Corte IDH, se decidió que las partes deberían llegar a un acuerdo, postergando la determinación de las reparaciones para un momento posterior a la sentencia de fondo.¹³⁵ Este elemento de acercar a las partes para que resuelvan su conflicto es de suma importancia en derecho internacional,¹³⁶ pero pese a barajarse en la etapa de reparaciones la posibilidad de llegar a un arbitraje internacional, el desacuerdo de las partes en la designación de las personas que integrarían el órgano arbitral encargado del avalúo del bien expropiado, llevó a la Corte IDH a la difícil tarea pericial de calcular el monto correspondiente.¹³⁷ Tal determinación, acarreó disidencias de varios integrantes de la Corte IDH,¹³⁸ las que no son tan habituales en número tan alto (cinco contra tres en cuanto al monto, sus intereses y modalidad de cumplimiento). Algunas de las disidencias sustanciales de la reparación pecuniaria se basan en que el monto determinado por la Corte IDH al valorar el inmueble, más sus intereses, era demasiado alto en términos comparativos con otros casos de graves violaciones a los derechos humanos, llegando a ser la cifra “más elevada en la historia de aquella a lo largo de treinta años”.¹³⁹ Otras disidencias se basaron en que, al determinar tal indemnización, se debería tener en cuenta otros elementos entre ellos: 1. la capacidad presupuestal del Municipio de Quito;¹⁴⁰ y 2. el interés general beneficiado por la expropiación.¹⁴¹ Finalmente, algunas de ellas referidas a la modalidad de cumplimiento en la cual, al darle plazo de muchos años para pagar un monto alto, para los disidentes, la Corte IDH debía haber calculado, como lo hace siempre, los intereses correspondientes.¹⁴²

Una parte de la problemática en este caso surge de la toma de decisiones en áreas en donde la Corte IDH no cuenta con el *expertise* necesario. Asimismo, es complicada la aplicación directa de la jurisprudencia europea, cuyo tribunal tuvo que realizar diversas interpretaciones para afirmar que el Protocolo Primero establece la justa indemnización como un elemento del derecho a la propiedad para todas las personas. En particular, el TEDH se refirió a *general principles of international law* como

132 *Idem*.

133 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. RC. 2011, párr. 100.

134 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

135 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. EPF. 2008, párr. 134.

136 Antkowiak, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Colum. J. Transnat’l L.*, n.o 46, 2008, pp. 389-402.

137 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. RC. 2011, párr. 84. Suma de US\$18,705,000.00 (dieciocho millones setecientos cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de justa indemnización.

138 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. RC. 2011. Votos parcialmente disidentes de los jueces Diego García-Sayán, Cecilia Medina Quiroga, Sergio García Ramírez, Leonardo Franco, Margarette May Macaulay y Diego Rodríguez Pinzón.

139 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente del juez Sergio García Ramírez, párr. 19.

140 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente del juez Leonardo Franco, párr. 9. Voto parcialmente disidente del juez Diego García Sayán, párrs. 30-31.

141 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente del juez Diego García Sayán, párrs. 30-31.

142 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente de los jueces Cecilia Medina Quiroga, Margarette May Macaulay, y Diego Rodríguez Pinzón.

una fuente directa aplicable del derecho; en materia de expropiación dichos principios se basaban en la protección del derecho a la propiedad del “no nacional” frente a actos arbitrarios de expropiación,¹⁴³ de un Estado que no es el propio. Esta problemática es ajena a la Corte IDH que cuenta con un instrumento internacional que exige como elemento la existencia de una indemnización justa para que una expropiación sea legítima.¹⁴⁴

Además, el TEDH realiza la distinción entre la expropiación para perseguir una reforma social o económica, de otros fines. En los primeros casos, puede apartarse del pago del monto completo que dicta el “valor del mercado”; en estos supuestos la carga de la prueba sobre la necesidad de apartarse del valor del mercado recae en el propio Estado.¹⁴⁵ El TEDH es reticente a determinar violaciones al derecho a la propiedad cuando la compensación en una expropiación se calculó con métodos objetivos y representación del expropiado en el proceso de determinación del monto.¹⁴⁶

4. El derecho a la propiedad intelectual e interés institucional del Estado

El caso *Palamara Iribarne vs. Chile* es el único en el que la Corte IDH determinó que la violación al derecho a la propiedad no cumplía con el segundo elemento de las limitaciones establecidas por la CADH, en relación con el fin perseguido por el Estado al plantear la limitación. Al respecto, al analizar la prohibición para la publicación de un libro sobre las Fuerzas Armadas al autor de la obra, la Corte IDH señaló que “la privación de la propiedad con fundamento en un ‘interés institucional’ es incompatible con la CADH”.¹⁴⁷

En la sentencia, la Corte IDH también elaboró en la definición de propiedad intelectual al expandir el alcance del concepto ‘bienes’ y dotó de protección convencional a los derechos de autor, los cuales, determinó que integran la propiedad intelectual.¹⁴⁸ La Corte IDH definió que:

[...] [l]a protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la C[ADH].¹⁴⁹

Además se ha destacado que el contenido del derecho de autor, “se encuentre íntimamente relacionado, con las dos dimensiones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”.¹⁵⁰ Con esta determinación, la Corte IDH pudo, por primera vez, establecer como reparación un monto por concepto de daño material en un caso de libertad de expresión.

143 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

144 *Idem.*

145 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 681.

146 *Idem.*

147 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 109. (énfasis agregado)

148 Esta extensión de la protección convencional también ha sido realizada por el TEDH, quien se ha pronunciado en casos con mayor complejidad como las patentes. *Ver* casos citados en Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 656.

149 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 103.

150 *Ibidem*, párr. 107.

5. El derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales¹⁵¹

La Corte IDH ha establecido importante jurisprudencia sobre la protección que el artículo 21 de la CADH otorga a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales. La Corte IDH parte de la premisa que esta protección comunal no corresponde a la concepción ‘clásica’ de propiedad, sin embargo, de acuerdo con su jurisprudencia constante el artículo 21 del Pacto de San José:

[...] protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos [...]. *Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad [...].* [Si bien estas] nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, [merecen] igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. *Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas.*¹⁵²

Por lo que, de acuerdo con la Corte IDH, la protección y garantía del derecho al uso y goce de su territorio, “*es necesaria para garantizar no sólo la supervivencia sino el desarrollo y evolución como pueblo de estas comunidades*”.¹⁵³

151 Este acápite recoge el artículo escrito por la autora con Antkowiak, T. “El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional”, en *Revista Aportes de DPLF*, n.º 14, año 3, septiembre de 2010; y se nutre de las investigaciones realizadas para el informe escrito como consultora de DPLF para Oxfam. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Primera Edición, Washington DC, 2011. International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador, presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011.

152 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 145. (énfasis agregado) Citando a: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 148-149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 85-87. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 120. CIDH. Informe de Seguimiento. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.

153 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 130. (énfasis agregado) En el caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH, bajo el artículo 21 de la CADH, ahondó en el análisis que justifica la protección de las comunidades indígenas a sus recursos naturales en los siguientes términos: “[d]ebido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. Además, la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales [...]; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma [...]”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 146-147, en el cual se cita los siguientes casos: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 124, 135, 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 118, 121.

La inclusión de la propiedad comunitaria en la protección establecida por el artículo 21 de la CADH comienza a perfilarse desde las sentencias emitidas por la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en 2001 con la sentencia del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y –en junio de 2016– continúa con la sentencia *Kaliña y Lokono vs. Surinam*.

En los casos de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH resolvió los conflictos de derechos ocasionados por la falta de delimitación y demarcación de territorio, seguida por el otorgamiento de concesiones a terceros para la extracción y explotación de recursos naturales.¹⁵⁴

En los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, ambos en contra de Paraguay, la Corte IDH se enfrentó a la transferencia por el Estado de los derechos de propiedad a terceros, por lo que los pueblos indígenas reclamantes habían perdido la posesión de sus tierras, desplazándose en contra de su voluntad y en condiciones de extrema pobreza a otro lugar.¹⁵⁵ A su vez, en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, la comunidad perdió la posesión de sus tierras al desplazarse tras sufrir la masacre de 40 de sus miembros, y en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala* el Estado reconoció responsabilidad internacional por la violación al derecho a la propiedad con respecto a las víctimas y sus familiares, obligados también a desplazarse, y otorgó sendas reparaciones a los individuos y a la comunidad en su conjunto.¹⁵⁶ En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH resolvió la reivindicación de tierras ancestrales reclamadas por una comunidad indígena nómada y que se encuentra en manos de terceros.¹⁵⁷

Sobre la relación especial de un pueblo con sus tierras tradicionales, la Corte IDH ha señalado que esta relación “puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y que [dicha] relación con las tierras debe ser posible”.¹⁵⁸

Así, la jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido reiteradamente el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y el deber de protección que emana del artículo 21 de la CADH,¹⁵⁹ a la luz de:

[...] las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como los derechos reconocidos por los Estados en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales, conformando así un *corpus iuris* que define las obligaciones de los Estados Partes de la Convención Americana, en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas.¹⁶⁰

154 Falta de delimitación y demarcación seguida de concesiones a terceros: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, en relación con la explotación de oro y madera. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, sobre la explotación de madera.

155 Ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

156 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005. Para un comentario sobre esta sentencia, ver Antkowiak, T. *Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, Berkeley J. Int'l L., n.o 25, 2007. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

157 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 56, 65, 91.

158 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 151. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 148.

159 El derecho a la propiedad comunal tiene una intrínseca relación y contenido compartido con el derecho a la identidad cultural, pues “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática [...]”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 212, 213 y 217.

160 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 168. (notas

La aplicación de otros cuerpos normativos para dar contenido al artículo 21 de la CADH ha sido explicada también de la siguiente manera:

La debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. De tal manera, conforme al artículo 29.b) de la Convención, las disposiciones del artículo 21 de este instrumento deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes [...]. Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales [...].¹⁶¹

En el caso de *los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH analizó otras normas para establecer el derecho a la propiedad comunal de los miembros de los pueblos tribales en ese país. Toda vez que legislación interna de ese país no reconocía el derecho a la propiedad comunal, y que Surinam tampoco había ratificado el Convenio n.º 169 de la OIT, la Corte IDH estableció que, no obstante, el país sí había ratificado tanto el PIDCP como el PIDESC, y que había votado a favor de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

Asimismo, la Corte IDH notó que, por una parte, el Comité DESCONU (organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por los Estados Partes) había interpretado el artículo 1 común de los pactos como aplicables a los pueblos indígenas, por lo que de acuerdo con la Corte IDH: “*en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” y [...] “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia” [...]*”.¹⁶² Por otra parte, la Corte IDH señaló que el Comité DHONU había analizado las obligaciones de los Estados partes del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento, y que, en palabras del Comité DHONU:

[...] no se negar[ía] a las personas que pertenezcan a [...] minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podr[ía] consistir en un modo de vida que est[uviera] fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. [Lo cual] podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría [...].¹⁶³

Por ello, la Corte IDH concluyó que conforme al artículo 29.b de la CADH no podría interpretar las disposiciones del artículo 21 de la CADH en el sentido de limitar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam tanto en el PIDCP como en el PIDESC,¹⁶⁴ por lo que, aun ante la ausencia de legislación interna y de la falta de ratificación del Convenio n.º 169 de la OIT por el Estado, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, y las interpretaciones de los organismos encargados de la supervisión de dichos instrumentos, confirmaban la protección vinculante para el Estado de los

al pie omitidas). En casos recientes, la Corte IDH ha establecido con claridad el momento en que surgen las obligaciones internas e internacionales para los Estados, así como el alcance de las mismas en atención a las disposiciones de su derecho interno y a la normativa internacional ratificada por el Estado, incluyendo el momento en que acepta la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. En el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, la Corte IDH observó que la obligación de reconocer el derecho de propiedad a los miembros de las poblaciones indígenas también podía sustentarse en el Convenio n.º 107 de la OIT que había sido ratificado por el Estado. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 116.

161 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 171.

162 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 122. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

163 *Ibidem*, párr. 123. (nota al pie omitida)

164 *Ibidem*, párr. 122.

derechos de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales en Surinam para que pudieran determinar y gozar, libremente, de su desarrollo social, cultural y económico, el cual, incluía el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente, por lo que el Estado estaba en la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar y proteger a sus integrantes el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio.¹⁶⁵

Finalmente, es importante resaltar que la evolución jurisprudencial de la Corte IDH naturalmente consolida la defensa de los derechos humanos de las comunidades indígenas realizada por las víctimas y sus líderes, por la sociedad civil, y por la CIDH, principalmente a través del ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa.¹⁶⁶ La CIDH requirió en diversas oportunidades medidas provisionales ante la Corte IDH,¹⁶⁷ cuando las cautelares propias no fueron efectivas, así como presentó las demandas en los casos contenciosos. Además, la CIDH sigue elaborando informes de admisibilidad y fondo en casos concretos,¹⁶⁸ adoptando medidas cautelares,¹⁶⁹ realizando informes temáticos,¹⁷⁰ o sobre un país determinado en los que analiza la problemática;¹⁷¹ así como llevando a cabo audiencias públicas y visitas *in loco* en las que recaba información sustancial sobre la materia que le servirá de base para profundizar estos temas en futuros informes.

5.1. La protección de los derechos indígenas a través de la función cautelar

La Corte IDH ha protegido los derechos a la vida e integridad física de miembros de comunidades indígenas a través de distintas medidas provisionales, dando de manera tangencial protección al derecho a la propiedad comunal.¹⁷² Sin embargo, todavía no surge claramente la *protección preventiva* del

165 *Ibidem*, párrs. 124-125.

166 Antkowiak, T. y Gonza, A. *El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional*, op. cit.

167 Ver, por ejemplo, las decisiones de la Corte IDH adoptando o rechazando medidas en los siguientes casos: el *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros vs. Panamá* fue admitido ante la CIDH; *Caso Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*; *Caso Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia*; *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia*.

168 Ver, por ejemplo, CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 144/10, *Caso Vecinos de la Aldea Chichupac y Caserio Xeabaj del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Petición n.º 1579/07, 1 de noviembre de 2010. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 63/10, *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Petición n.º 1119/03, 24 de marzo de 2010. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 125/10, *Caso Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol vs. Brasil*, Petición n.º 250/04, 23 de octubre de 2010. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 141/09, *Caso Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoltinos y sus miembros vs. Chile*, Petición n.º 415/07, 30 de diciembre de 2009. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 98/09, *Caso Pueblo indígena Xucurú vs. Brasil*, Petición n.º 4355/02, 29 de octubre de 2009 (delimitación). CIDH. Informe n.º 58/09, *Caso Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Petición 12.354, Admisibilidad, 21 de abril 2009. CIDH. Informe n.º 75/09, *Caso Comunidad Indígena Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola vs. Panamá*, Petición 286/08, Admisibilidad, 5 de agosto de 2009. CIDH. Informe 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Fondo, Caso 12.052, 12 de octubre de 2004. CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002. CIDH. *Caso Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala*, Solución Amistosa, 2003.

169 CIDH. MC 105/11, *Caso Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá*. CIDH. MC 382/10, *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará vs. Brasil*. CIDH. MC 61/11, *Caso Miembros del pueblo indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo vs. Colombia*. CIDH. MC 269/08, *Caso Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche*. CIDH. MC 260/07, *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*. A través de estas medidas se ordenó al Estado suspender las actividades mineras.

170 CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II Doc 56/09, de 30 de diciembre de 2009, publicado en marzo de 2011. CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV Acápite 2 Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

171 CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 de junio de 2007. Capítulo IV C.

172 *Caso del Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia*; el *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia*, quizás es el más contundente respecto de la explotación de palma africana.

derecho a la propiedad comunal en sí misma –tal como es consagrado en el artículo 21 de la CADH–, como lo sería mediante una orden para suspender la ejecución de un proyecto determinado en territorios indígenas.

La CIDH ha intentado obtener medidas provisionales de estas características ante la Corte IDH a favor de comunidades indígenas asediadas por proyectos de desarrollo que se llevan a cabo sin una consulta previa, libre e informada con las comunidades afectadas. La Corte IDH ha encontrado dificultad para pronunciarse sobre un asunto que plantee posibles daños irreparables al derecho a la propiedad sobre territorios indígenas, sin pronunciarse sobre el fondo cuando el caso todavía no está ante la propia Corte IDH, lo que ayudaría a prevenir daños futuros.

En su resolución sobre el *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*, la Corte IDH establece elementos estrictos que debe de comprobar el solicitante de medidas provisionales: 1. los hechos que fundamentan la solicitud “no requieren estar plenamente comprobados, [pero] sí se requiere un mínimo de detalle e información que permitan a [la Corte IDH] apreciar *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia”,¹⁷³ 2. una distinción clara entre aquello que corresponde a lo estrictamente cautelar y aquello propio a dirimirse en el fondo de una petición;¹⁷⁴ y 3. mayor celeridad en la CIDH para decidir sobre el fondo de la petición en estos casos, dado que los argumentos sobre la urgencia de las medidas amerita un tratamiento urgente del fondo del asunto.¹⁷⁵

Por su parte, la CIDH es cada vez más audaz al conceder medidas cautelares en el marco de casos contenciosos presentados ante ella, ordenando a los Estados, por ejemplo: “suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de [una] Planta Hidroeléctrica” y realizar procesos de consulta,¹⁷⁶ suspender actividades mineras; “prevenir la contaminación ambiental”, “descontaminar en lo posible las fuentes de agua”, “asegurar el acceso por sus miembros a agua apta para el consumo humano”, e “identificar a aquellas personas que pudieran haber sido afectadas con las consecuencias de la contaminación para que se les provea de la atención médica pertinente.”¹⁷⁷

Todavía existen puntos claves y complejos que deben ser desarrollados en la materia, así como derechos conexos que aún no han sido analizados a profundidad, por lo que se espera que en el futuro exista mayor jurisprudencia al respecto.

5.2. Características especiales del derecho a la propiedad colectiva o comunal y las obligaciones estatales

La Corte IDH ha establecido que los Estados deben salvaguardar el derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos que viven en tierras ancestrales, de conformidad con sus tradiciones,

173 Corte IDH. *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*. Solicitud de Medidas Provisionales, Resolución de 28 de mayo de 2010, considerando once.

174 Ver, por ejemplo, las decisiones de la Corte IDH en las que ha adoptado o rechazado medios de protección en los siguientes casos: *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*; *Caso Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*; *Caso Pueblo Indígena Kankuamo vs. Colombia* y *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia*.

175 Corte IDH. *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*. Solicitud de Medidas Provisionales, Resolución de 28 de mayo de 2010.

176 Ver, por ejemplo, CIDH. MC 382/10. *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, vs. Brasil*. La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las condiciones mínimas.

177 CIDH. MC 260/07. *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*, mediante las medidas cautelares se ordena al Estado suspender las actividades mineras.

con todos sus elementos especiales,¹⁷⁸ y garantizar la supervivencia social, cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales.¹⁷⁹

Para algunos autores, a pesar del andamiaje jurídico establecido hace años por la Corte IDH, todavía se presentan signos de una posición conservadora respecto de la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales,¹⁸⁰ al exigir una relación tradicional con los mismos para una mayor protección y obtención de beneficios.¹⁸¹

La Corte IDH ha afirmado no solo la obligación de respetar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, sino también ha enfatizado que los Estados tienen la “obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”.¹⁸² Estas consideraciones tienen especial relevancia para tratar la exclusión social y extrema pobreza que caracterizan a las realidades indígenas, así como dotar de operatividad a las disposiciones del Convenio n.º 169 de la OIT que establece que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” con su plena participación.¹⁸³ Sin embargo, el mero reconocimiento por los Estados del derecho a la propiedad especial y colectiva de sus pueblos indígenas no es suficiente, y la Corte IDH ha señalado varios aspectos sustanciales de los deberes de los Estados en este tema.¹⁸⁴

178 Ver artículo 21 de la CADH; artículo 14.1. del Convenio n.º 169 de la OIT, el cual establece que “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”; artículo 26.1. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el que se afirma que: “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”; la Declaración de Naciones Unidas, en su artículo 26.3. también señala que los “Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos [y que d]icho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 87. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 88. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 118. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 137.

179 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 91. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 148, 149, 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 118-121. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 124, 131, 135, 154. Por su parte, la CIDH, en uno de sus informes señaló que “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”. CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, párr. 128. En otro de sus informes estableció que: “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”. CIDH. Informe 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Fondo, Caso 12.052, 12 de octubre de 2004, párr. 114.

180 Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 65.

181 International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador; presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011.

182 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 91. El artículo 14.1. del Convenio n.º 169 de la OIT señala que: “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

183 Artículo 14.2. del Convenio n.º 169 de la OIT; artículo 27 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 209.

184 Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF - Oxfam Washington DC, 2011. Due Process of Law Foundation, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*. DPLF, Washington, DC, 2010.

1. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional sobre las tierras de los pueblos indígenas y tribales, equivale a título de pleno dominio que otorga el Estado,¹⁸⁵ y abarca el concepto de territorios.¹⁸⁶
2. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional les otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro,¹⁸⁷ y el derecho a no ser trasladados de la misma.¹⁸⁸
3. Deber de proceder a la demarcación, delimitación y titulación de las tierras (con el fin de garantizar el uso y goce permanente de dicho territorio y de salvaguardar la certeza jurídica de los miembros).¹⁸⁹ Para efectos de la delimitación, demarcación y titulación, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales contempla garantías plenas sobre los territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado y utilizado para ejercer su propia vida, subsistencia, tradiciones, cultural y desarrollo como pueblos.¹⁹⁰

185 Ver Artículo 14.2. del Convenio n.º 169 de la OIT. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

186 Artículo 13.2. del Convenio n.º 169 de la OIT, artículo 25 Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 131 y 209. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151.

187 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 131 y 209. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151.

188 Convenio n.º 169 de la OIT, art. 16.1.

189 La Corte IDH ha señalado que el establecimiento de estas obligaciones no constituye un privilegio para usar la tierra, la cual puede ser despojada por el Estado u opacada por derechos a la propiedad de terceros. Se trataría más bien de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104. Asimismo, ver los casos Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 118. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 169. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104. Sobre la obligación de delimitar el artículo 14.2. del Convenio n.º 169 de la OIT señala que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. De igual modo, ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 143. Sobre la obligación de titular, ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 115. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 153. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 215. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 209. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 115. En otro orden, en el caso de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, la Corte IDH reconoció la relación ancestral de la comunidad Garífuna con la playa, el mar y los recursos pesqueros, en particular debido a la importancia de la playa para la celebración de sus ceremonias religiosas y para su cultura y economía. De forma más general, la relación de los pueblos y comunidades indígenas con los recursos naturales de carácter hídrico ha sido reconocida en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Comité DHONU; sin embargo, la Corte IDH no consideró necesario pronunciarse sobre la violación del artículo 21 de la CADH, cuando el Estado faltó en delimitar, titular y demarcar partes de la playa y el mar a favor de la comunidad. En esta ocasión, solo consideró relevante recordar que los Estados deben garantizar el uso, goce y utilización –en igualdad de condiciones y sin discriminación– de las playas y mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han utilizado, de conformidad con sus usos y costumbres. Esto puede deberse a los derechos soberanos que el Estado tiene sobre esas porciones territoriales y que imposibilitarían el reconocimiento exclusivo de derechos a favor de un pueblo o comunidad. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 132, 135-137.

190 De acuerdo con la Corte IDH, sin perjuicio de ello, “existirían otras áreas tradicionales complementarias o adicionales a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales o de subsistencia (que en su caso pueden compartir otros fines), respecto de las que se debe garantizar, al menos, su acceso y uso en la medida de lo que corresponda”.

Asimismo, dentro de este deber se encuentra también la obligación de garantizar el uso y goce efectivo de las tierras mediante el saneamiento. En el caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, la Corte IDH señaló que, para efectos del caso, el saneamiento debía entenderse como:

[...] un proceso que deriva en la obligación del Estado de remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión. En particular, se realizará a través de la posesión plena del legítimo propietario y, de ser procedente y según lo acordado, mediante el pago de mejoras y la reubicación de los terceros ocupantes, a fin de que la Comunidad [...] pueda hacer uso y goce pacífico y efectivo de su dominio pleno de la propiedad colectiva.¹⁹¹

4. Deber de restituir, cuando corresponda, las tierras tradicionales a las comunidades, cuando por causas ajenas a su voluntad hayan salido de sus tierras tradicionales o perdido la posesión de las mismas y estas se encuentren en manos de terceros. A pesar de tal pérdida de posesión, y aún a falta de título legal, se mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas y la restitución es la forma óptima de respetar el derecho a la propiedad, con prevalencia sobre derechos de terceros y mediante la adopción de medidas necesarias para que dichos terceros de buena fe sean debidamente indemnizados.¹⁹²
5. Deber de otorgar tierras alternativas de la misma extensión y calidad que las pérdidas, cuando la restitución no fuera posible, en casos excepcionales y acordados con las comunidades y sus representantes libremente elegidos.¹⁹³ Sobre la actualización del derecho a la propiedad comunal de las tierras alternativas, la Corte IDH ha señalado que:

[...] con respecto a las tierras ancestrales, es precisamente la posesión u ocupación prolongada ancestral de las mismas lo que da lugar al derecho de exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, mientras que para el caso de tierras alternativas donde no existe dicha ocupación ancestral, el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva se realizaría recién cuando el Estado asigna las tierras nuevas.¹⁹⁴ De igual manera, en ningún caso la decisión de las autoridades internas sobre la posibilidad de acceder a las tierras alternativas deberá basarse exclusivamente en que dichas tierras están en manos privadas o racionalmente explotadas;¹⁹⁵ al otorgar tierras alternativas a los pueblos indígenas, el Estado adquiere la obligación de asegurar el goce efectivo del derecho a la propiedad.¹⁹⁶

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 139. (énfasis agregado)

191 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 181.

192 Artículo 16.3. Convenio n.º 169 de la OIT. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 284.

193 En el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH estableció, con respecto a las obligaciones del Estado relacionadas con garantizar el goce del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras alternativas, que “dichas obligaciones necesariamente deben ser las mismas que en los casos en los cuales la recuperación de las tierras ancestrales todavía es posible”. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 122. Artículo 16.4. Convenio n.º 169 de la OIT. Artículo 28.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 128-130. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109.

194 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 121.

195 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 284.

196 Dicha obligación “no se puede desconocer y el goce no puede dejar de concretarse efectivamente por el otorgamiento de un título de propiedad privado sobre esas tierras, ni podría un tercero adquirir dicho título de buena fe. Lo anterior se entendería sin perjuicio de los particulares que ya tenían un título de propiedad privada sobre parte de las tierras con anterioridad a la ocupación por los pueblos indígenas. Adicionalmente, la Corte [ha constatado] que la normatividad de varios países de la región, por ejemplo Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, incluye de alguna forma que los territorios indígenas son, entre otros, *inalienables e imprescriptibles*”. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 142.

6. Deber de indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.¹⁹⁷

5.3. Conflictos entre la protección a la propiedad comunal y otros derechos

5.3.1. Conflictos reales o aparentes entre la propiedad comunal y la propiedad privada de terceros no indígenas

Es menester señalar que se ha criticado que la Corte IDH, a pesar de sus consideraciones profundas sobre el derecho a la propiedad indígena e identidad cultural, no haya sido más tajante al dar preponderancia a la propiedad indígena sobre el derecho de los terceros en casos de necesidad de devolución de tierras.¹⁹⁸ Particularmente, en sentencias recientes en las que ha reconocido la propiedad comunal de tierras a favor de una comunidad indígena, y en las que ya se encuentra un título de propiedad otorgado a favor de un tercero no indígena, la Corte IDH ha evitado pronunciarse sobre la preponderancia de cualquier derecho en los siguientes términos:

[...] no puede decidir si el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de una Comunidad indígena se encuentra por encima del derecho a la propiedad privada de terceros o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de la Comunidad indígena.¹⁹⁹

En el caso de *los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* de 2015, la Corte IDH dejó claro que *tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad colectiva de los miembros de las comunidades indígenas tienen protección a sus derechos bajo el artículo 21 de la CADH*, y que corresponde al Estado hacer la valoración correspondiente en la solución de las controversias que se presenten:

Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, o el derecho a la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, *habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática* [...] (utilidad pública e interés social), *para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro* [...], *sin que la limitación a este último, implique la denegación de su subsistencia como pueblo* [...] El contenido de cada uno de estos parámetros ha sido definido por el Tribunal en su jurisprudencia.

Asimismo, el Tribunal considera que *el hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas* [...] Ello, posicionaría a los pueblos indígenas en una situación vulnerable donde

197 Artículo 16.5. Convenio n.º 169 de la OIT. Artículo 28.1. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 313, 320. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 213.

198 Galvis Patiño, M. C., *op. cit.* Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 65.

199 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 144. En el mismo sentido, en el caso de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, la Corte IDH precisó “que la declaración de responsabilidad del Estado por no haber garantizado la posesión pacífica del territorio adjudicado en garantía de ocupación a la Comunidad no implic[ó] un pronunciamiento sobre los derechos de particulares que ya tenían un título de propiedad privada sobre parte de esas tierras. En este punto, la Corte [aclaró que] se refi[rió] únicamente a la responsabilidad del Estado de Honduras por haber otorgado un título de ocupación sobre un territorio que no era posible de ocupar en su totalidad y sobre el cual no existía plena seguridad jurídica en cuanto a su titularidad”. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 146. En procedimientos ante la Corte IDH, los representantes de las víctimas en los casos han afirmado que cualquier disposición legal interna que no establezca la preferencia del derecho indígena con base en la posesión ancestral de sus tierras, o que favorezca la propiedad colectiva de un territorio exclusivamente indígena, tornará ilusoria la protección bajo el artículo 21 con relación al artículo 2 de la CADH. En el mismo sentido, ver Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 156.

los derechos a la propiedad individual pueden triunfar sobre los derechos a la propiedad comunal [...], debido a la sola existencia de títulos en favor de los primeros, en detrimento de los segundos.

[Ello] no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros [...]. Por ello, *si el Estado se ve imposibilitado, por razones objetivas, concretas y justificadas de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales a los Pueblos [...], luego de que se haya valorado adecuadamente conforme a lo indicado en [la] Sentencia la posibilidad de expropiación [...] de los territorios de terceros, podrá el Estado ofrecer tierras alternativas de igual o mayor extensión y calidad, el pago de una justa indemnización o ambos y de manera consensuada con los pueblos interesados [...]*.²⁰⁰

Asimismo, en los casos en que ha ordenado al Estado la devolución de las tierras, le ha dejado también la decisión de “si procede la expropiación del territorio a favor de los indígenas”,²⁰¹ dejando siempre abierta la posibilidad de que si “por motivos objetivos y fundamentados, la devolución de las tierras ancestrales a los miembros de la Comunidad [...] no fuera posible, el Estado deberá entregarles tierras alternativas”.²⁰²

5.3.2. **Protección de la propiedad colectiva o comunal y el derecho al medio ambiente a través de áreas protegidas**

Uno de los puntos analizados por la Corte IDH en el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* fue la legalidad de las restricciones impuestas a los pueblos dentro de una zona que había sido declarada como área natural protegida. Esta sentencia arrojó criterios importantes sobre la compatibilidad entre la protección de las áreas protegidas con el adecuado goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. De acuerdo con la Corte IDH:

[...] un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo [...]. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza [...], dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación [...]. *Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes [...]*.

En vista de lo anterior, la Corte reitera que, en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que los pueblos indígenas y tribales,

200 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 155, 157-158. (énfasis agregado y notas al pie omitidas). Es importante señalar que en la práctica la potestad otorgada por la Corte IDH al Estado para que este decida o no la devolución de tierras, ha causado que los Estados utilicen este argumento a su favor, y que a pesar de los años transcurridos desde la resolución de los casos por la Corte IDH, no se haya logrado la reivindicación de territorios. Ver los cumplimientos de sentencias de los siguientes casos: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de abril de 2009. En el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* pasaron casi 8 años hasta que se declaró cumplida la sentencia en su totalidad. Corte IDH. *Caso Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 08 febrero de 2008. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 febrero de 2008.

201 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 284.

202 *Ibidem*, párr. 286. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 212. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006, párr. 26. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 144-154 y 217.

por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación. En este sentido, los criterios [...] de a) participación efectiva [...], b) acceso y uso de sus territorios tradicionales [...] y c) de recibir beneficios de la conservación [...] –todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible–, resultan elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad, la cual debe ser evaluada por el Estado. En consecuencia, es necesario que el Estado cuente con mecanismos adecuados para la implementación de tales criterios como parte de la garantía de los pueblos indígenas y tribales a su vida digna e identidad cultural, en relación con la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios tradicionales. Para ello, la Corte verificará tal concurrencia en el siguiente apartado.

Al respecto, la Corte estima que, a la luz de los estándares antes mencionados, es compatible el control, acceso y participación en áreas del territorio de una reserva por los pueblos indígenas y tribales, pero también resulta razonable que el Estado pueda tener control, acceso y manejo de áreas de interés general, estratégico y de seguridad que le permita ejercer su soberanía, y/o proteger sus límites territoriales.²⁰³

En el caso, la Corte IDH concluyó que no se había configurado la violación por la falta de control y manejo *exclusivo* de la reserva por parte de los pueblos indígenas, sin embargo el Estado debió:

[...] procurar la compatibilidad entre la protección del medio ambiente y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a fin de garantizar a) el acceso y uso de sus territorios ancestrales, a través de sus formas tradicionales de vida en las reservas; b) brindar los medios para participar de manera efectiva con los objetivos de las mismas; principalmente, en el cuidado y conservación de las reservas; c) participar en los beneficios generados por la conservación [...].²⁰⁴

Esta falta configuró una violación del deber de adoptar las disposiciones que fueren necesarias para hacer efectivas tales medidas, a fin de garantizar el derecho a la propiedad colectiva, a la identidad cultural y a los derechos políticos.²⁰⁵

5.4. El derecho a la propiedad colectiva o comunal y sus límites

El derecho a la propiedad colectiva no es absoluto. El esquema de restricciones permitidas que se analizaron en la segunda sección de este comentario también es aplicado por la Corte IDH a los casos sobre propiedad colectiva o comunal, pero agregando que se satisfaga un quinto elemento: la restricción no puede “implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”.²⁰⁶

En la sentencia *Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH estableció que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales y que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos “recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.²⁰⁷

Así, de conformidad con el artículo 1.1. de la CADH, para asegurar que una restricción a los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas o tribales *no implique una denegación de la subsistencia como pueblo deben reunirse tres salvaguardas*. Primero, el Estado debe efectuar un proceso adecuado

203 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 173, 181, 191. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

204 *Ibidem*, párrs. 192, 197. La Corte IDH no analizó la legalidad de la creación de las reservas, ya que por falta de competencia, estaba impedida para examinar el proceso que derivó en la creación técnica del área, sus límites, y las zonas establecidas como áreas de reserva. *Ibidem*, párr. 166.

205 *Ibidem*, párr. 197.

206 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 128. (énfasis agregado)

207 *Ibidem*, párr. 122. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 124, 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 118 y 121.

y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo indígena se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio, como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH.²⁰⁸ Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión o permiso dentro del territorio indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.²⁰⁹ Esta última salvaguarda coincide, o es analizada también por la Corte IDH, como una de las características o elementos esenciales de la primera salvaguarda, es decir, del derecho a la consulta, por lo cual se analiza *infra* en la sección 5.4.1.2., numeral 4, sobre las características del derecho de consulta.

5.4.1. Derecho a la consulta

El derecho a la consulta ha sido reconocido por la Corte IDH como una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos y, en particular, su derecho a la propiedad comunal.²¹⁰ Este derecho fue establecido plenamente en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* de 2012, en donde la Corte IDH señaló además que el derecho “a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural [...], los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática [...]”.²¹¹

5.4.1.1. Fundamentos normativos

En *Sarayaku*, la Corte IDH señaló que el derecho a la consulta, establecido en el Convenio n.º 169 de la OIT, es “una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal”.²¹² La Corte IDH estableció que los artículos 13 a 19 de este convenio se refieren en concreto a los derechos de las comunidades indígenas y tribales sobre sus tierras y territorios, y los artículos 6, 15, 17, 22, 27 y 28 regulan las distintas hipótesis en las cuales debe ser aplicada la consulta previa libre e informada en casos donde se prevén medidas susceptibles de afectarlas.²¹³

208 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 157, en el cual se citan los siguientes casos: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 129. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párrs. 25-27. Por su parte, el artículo 15 del Convenio n.º 169 de la OIT establece que los gobiernos deben compartir con las comunidades afectadas cualquier beneficio que obtengan por el desarrollo de actividades en territorios indígenas. El artículo 32.3. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas requiere a los Estados que “establezcan mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa” para las comunidades indígenas por proyectos “que afecte[n] a sus tierras o territorios y otros recursos”.

209 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 129. La Corte IDH ha aclarado que dichos estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”, tales como las Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments. Para un estudio de la práctica de la ONU, ver ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párrs. 51-52. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

210 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 164.

211 *Ibidem*, párr. 159.

212 *Ibidem*, párr. 164. En la sentencia de interpretación del caso del *Pueblo Saramaka* (de agosto de 2008), la Corte IDH profundizó en el significado del deber del Estado de consultar, y estableció que existía una amplitud de materias sobre las que el Estado debía consultar antes de actuar, entre ellas, los procesos de delimitación de territorios, las concesiones a terceros o la adopción de medidas legislativas o de cualquier otra índole que pudieran afectar a este pueblo indígena. Ver Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párrs. 25-27.

213 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 163. De conformidad con los artículos 1.1.a. y 2 del Convenio n.º 169 de la OIT, este tratado internacional se aplica, *inter alia*, a “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Igualmente, establece que los Estados “deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la

La justificación interpretativa que hace la Corte IDH para establecer el reconocimiento del derecho a la consulta se basó en el principio de interpretación evolutiva de los derechos instituido en el artículo 29 de la CADH, las reglas de interpretación de la CVDT,²¹⁴ y justificó la aplicación del convenio n.º 169 de la OIT de la siguiente manera:

[...] este Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano” [...], aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección [...].²¹⁵

Al reconocer el derecho a la consulta en la sentencia, la Corte IDH analizó, además, la normativa interna de países y decisiones de tribunales internos en donde se había ratificado el Convenio –así como de otros tribunales de países en donde no se había ratificado–, y concluyó que en todos estos casos se hacía referencia a “la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afect[ara] directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio”.²¹⁶

Por todo ello, la Corte IDH estableció que:

[...] la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, *[era] también un principio general del Derecho Internacional*.

Es decir, [que] est[aba] claramente reconocida [...] la obligación de los Estados de realizar *procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se [afectaran] determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas*. Tales procesos deb[ía]n respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pu[diera] entenderse como un *relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados*.

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, [de acuerdo con la Corte IDH, se encontraba] en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica[ba] *el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos* [...]. Lo anterior conlleva[ba] la obligación de estructurar [...] normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales [se llevara] a cabo *efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia* [...]. De este modo, los Estados deb[ían] incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.²¹⁷

De acuerdo con la Corte IDH, el reconocimiento del derecho a la consulta como un principio general de derecho internacional exige que, independientemente de que esta obligación esté expresamente

participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

214 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*: FR. 2012, párr. 161.

215 *Idem*. (notas al pie omitidas)

216 *Ibidem*, párr. 164. (énfasis agregado)

217 *Ibidem*, párrs. 164-166. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

regulada en la legislación interna, el Estado debe contar “con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el proceso de consulta [...], sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley”.²¹⁸

Más recientemente, en el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH puntualizó que el establecimiento de mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, no solo consiste en un asunto de interés público sino que también “forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana”,²¹⁹ agregando así esta disposición convencional a los fundamentos normativos del derecho a la consulta.

5.4.1.2. Características del derecho a la consulta

La Corte IDH ha establecido un test que debe cumplirse en todo procedimiento a consulta. Estas características esenciales de la consulta representan una obligación global para el Estado, cuyo incumplimiento comprometerá su responsabilidad internacional.²²⁰ De esta manera, para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión en su territorio, el Estado tienen los siguientes deberes:

1. Deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad,²²¹ en el marco de una comunicación constante entre las partes.
2. Deber de realizar consultas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados,²²² que deben tener como fin llegar a un acuerdo. En ese sentido:

[...] la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación” [...], “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas” [...]. [E]s inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua” [...] y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarios a los estándares internacionales.²²³

218 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 222.

219 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 203. En el momento en que la Corte IDH dictó la sentencia, Surinam no contaba con legislación interna que reconociera los derechos de los pueblos tribales, y tampoco había ratificado el Convenio n.º 169 de la OIT. Para un análisis sobre las otras obligaciones internacionales asumidas por Surinam y la interpretación que hace la Corte IDH del artículo 21 de la CADH a partir de ese contexto legal, ver el análisis en la sección 5 *supra* ‘el derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales’.

220 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 177, en el cual se cita el párrafo 134 de la misma sentencia.

221 *Idem*. La información que se brinde debe ser entendible y en un formato públicamente accesible. Sobre este punto específico, ver el desarrollo realizado por la CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV. Acápite 2 Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

222 Ver artículo 6.1.a. y 12 del Convenio n.º 169 de la OIT, artículos 30.2. y 26.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la opinión al respecto de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT citada en el párr. 202 de la sentencia *Sarayaku*.

223 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 186. (notas al pie omitidas). La Corte IDH aclara que la mera ‘socialización’ con miembros o representantes de la comunidad, o brindar información, no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, ya que “no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 173.

El contar con un proceso de consulta, libre, previa e informada, de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo o pueblos afectados, es la finalidad de todo proceso de consulta.²²⁴ Se debe buscar un entendimiento mutuo y tomar decisiones consensuadas.²²⁵ Se trata de aplicar el principio de buena fe en todo proceso de consulta, lo que implica una negociación en donde todas las partes involucradas estén dispuestas a escuchar y ceder en sus posiciones mientras defienden sus legítimos intereses y derechos, y en el que los acuerdos alcanzados vinculen a las partes.²²⁶

De acuerdo con la CIDH, la buena fe también es un principio que deben seguir los indígenas, “[c]omo partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos”.²²⁷ En *Saramaka*, la Corte IDH añadió dos obligaciones que recaen sobre los pueblos indígenas y tribales en los procesos de consulta: 1. el pueblo indígena debe informar al Estado sobre quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta, y 2. una vez realizada la consulta, el pueblo debe dar a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, “así como sus fundamentos”.²²⁸

Asimismo ambas partes, Estados y pueblos o comunidades, deben velar por el establecimiento de un clima de confianza y respeto mutuo.²²⁹ Las partes deben mostrar “flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego [...] para los Estados, la flexibilidad radica, *inter alia*, en ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas”.²³⁰ Los pueblos consultados deben estar en la capacidad de modificar el plan inicial, lo que requiere que las autoridades estatales presenten la consideración debida a los resultados de la consulta.²³¹

La CIDH también ha señalado que el deber de motivación estatal sobre los resultados de la consulta se traduce en la justificación de las razones que llevaron al Estado a no incorporar, ya sea total o parcialmente, dichos resultados en el diseño y en la implementación del plan o proyecto consultado. Los motivos que el Estado señale deben ser “objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática”.²³² La decisión estatal debe ser formalmente comunicada al pueblo indígena o tribal respectivo y, además, debe estar sujeta a revisión “por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre

224 Ver artículo 32.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y artículo 6.2. del Convenio n.º 169 de la OIT. ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párrs. 54-55. Ver ONU. Comité para la Eliminación de Discriminación Racial. Recomendación general n.º 23 sobre el derecho de los pueblos indígenas. 51º periodo de sesiones, 22 de agosto de 1997, párrs. 4.d. y 5.

225 Artículos 6.1. y 6.2. del Convenio n.º 169 de la OIT, y artículo 32 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

226 *Ibid.*, párr. 49. En el caso *Saramaka*, la Corte IDH determinó que en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un mayor impacto en los territorios indígenas, el Estado tiene no solo el deber de consultar con la comunidad, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con las costumbres y tradiciones de dicha comunidad. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 134. Sin embargo en ninguna de las sentencias posteriores se ha hecho referencia al ‘consentimiento’, limitándose la Corte IDH a hablar de ‘consulta’, lo que indica que el derecho a consulta es el único que ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte IDH. Ver la sección ‘2.11.12. ¿Derecho al veto?’ de la Sección Especial sobre la Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales. Fondo y Reparaciones, en el comentario a cargo de Ruiz-Chiriboga y Donoso.

227 CIDH. *Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 321.

228 *Ibidem*, párr. 19.

229 *Ibidem*, párr. 320.

230 *Ibidem*, párr. 324.

231 *Ibidem*, párr. 325.

232 *Ibidem*, párr. 327.

los derechos e intereses en juego”.²³³ En caso de no llegar a un acuerdo se deben tomar medidas como la suspensión del proyecto hasta tanto se tenga una resolución definitiva.²³⁴

En caso de llegar a un acuerdo, el mismo supone el respeto de las partes.

3. Deber de realizar la consulta con carácter previo. Se debe consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo, de la planificación de la medida propuesta o inversión, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso.²³⁵ Esto a fin de que los pueblos o comunidades estén en posibilidad de participar e influir efectiva y verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes.²³⁶ En esta línea:

[...] el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.²³⁷

4. Deber de asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto (deber de realizar un estudio de impacto ambiental). En este punto, la Corte IDH ha establecido que “el Estado debe garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”.²³⁸

La realización de tales estudios *constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo, es decir, la obligación del Estado de supervisar los estudios de impacto ambiental*

233 *Ibidem*, párr. 328.

234 Ver, por ejemplo, a favor, CIDH. MC 260/07. *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*.

235 Ver artículo 15.2. del Convenio n.º 169 de la OIT.

236 La Corte IDH ha establecido que la obligación de consultar, consagrada en el Convenio n.º 169 de la OIT, aplica en relación con los impactos y decisiones originados en proyectos que pudieran afectar los territorios o los derechos de las comunidades, aun cuando dichos proyectos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio. Ver Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 176. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 222.

237 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 167. En la nota al pie 218 de la sentencia, la Corte IDH cita como fundamento las siguientes disposiciones: artículos 6, 15, 17.2., 22.3., 27.3., y 28 del Convenio n.º 169 de la OIT y artículos 15.2., 17.2., 19, 30.2., 32.2., 36.2. y 38 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Corte IDH ha enfatizado que la obligación de consultar “es responsabilidad del Estado [...], por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta [...]”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 187. (notas al pie omitidas). En la misma sentencia, la Corte IDH señaló que aun si se aceptara la posibilidad de que el proceso de consulta pueda ser delegado en terceros privados, el Estado estaría obligado a indicar las medidas que habría adoptado para observar, fiscalizar, monitorear o participar en el proceso y garantizar así la salvaguarda. *Ibidem*, párr. 189.

238 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 205, en el cual se cita, *mutatis mutandis*, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 271. En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio n.º 169 de la OIT dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.

Además, la Corte IDH ha determinado que los estudios de impacto ambiental

[...] sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.²³⁹

La Corte IDH ha señalado también que uno de los puntos que debería tratar el estudio de impacto social y ambiental es “el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”.²⁴⁰

5. Deber de tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones.²⁴¹

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que el Estado está en la obligación de garantizar los derechos de consulta y participación *en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto* que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo.²⁴²

5.4.2. Beneficios compartidos

La Corte IDH entiende que el derecho a los beneficios forma parte del derecho a una justa indemnización en los términos del artículo 21 de la CADH. Al tratar de la explotación del oro en territorio del pueblo *Saramaka*, la Corte IDH determinó que este no era usado tradicionalmente por la comunidad.²⁴³ Sin embargo, señaló que como “toda actividad minera especializada [...] dentro del territorio *Saramaka* [se] afectar[ían], inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo”, por lo que el Estado debía, entre otros, “permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriv[ar]án de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social”.²⁴⁴ A pesar de tal reconocimiento, cuando la Corte IDH determinó las reparaciones no otorgó una correspondiente a los beneficios (pasados y futuros) por la extracción del oro,²⁴⁵ a la vez que no reconoció explícitamente el derecho al beneficio del oro, por el simple hecho de estar en tierra indígena.

Si bien la Corte IDH reconoce el derecho a la consulta y “a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”,²⁴⁶ la distinción propuesta genera marcos de protección confusos.

239 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 205-206. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 180.

240 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 206.

241 La Corte IDH ha establecido que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo indígena en cada proceso de consulta, y en caso de que surjan dudas al respecto, el Estado deberá adoptar medidas para conocer quiénes son los representantes adecuados. Ver Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párr. 18. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 48.

242 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 167.

243 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 155.

244 *Idem*.

245 *Ibidem*, párr. 155.

246 *Ibidem*, párr. 199.

En casos anteriores se ha solicitado a la Corte IDH que desarrolle el concepto de beneficios compartidos distinguiéndolos de la compensación por daños, generando ideas de cómo los Estados, las empresas y los pueblos indígenas pueden poner en práctica y analizando para ello el tema de la responsabilidad de las empresas en violaciones a derechos humanos.²⁴⁷

La Corte IDH ha dado algunos ejemplos de compensaciones y reparaciones en casos de daño a las prácticas sociales y culturales de los pueblos indígenas, pero todavía no ha hecho una determinación generosa y detallada en un caso concreto sobre beneficios, determinando, por ejemplo, beneficios pasados dejados de percibir y los futuros en caso de que la explotación del recurso natural continúe. Esto requiere también una mejor estrategia en el litigio por parte de la CIDH y de los representantes de las presuntas víctimas, y el envío de evidencia relacionada con los beneficios de las empresas y de los Estados, que pueda demostrar en el procedimiento ante la Corte IDH las verdaderas dimensiones que tiene esta temática. Las reparaciones, que podrán ser millonarias en este sentido, estarán no solo en manos de los Estados, sino también de las empresas. Asimismo, se requiere que los representantes logren claridad en las pretensiones de las comunidades en este punto, mejorando el asesoramiento técnico al respecto.

6. Conclusiones

La Corte IDH ha interpretado de forma amplia el concepto de ‘uso y goce de bienes’ establecido en el artículo 21 de la CADH, y ha logrado una jurisprudencia única y pionera sobre derechos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales. Sin embargo, cuando se escapa del método trazado por su habitual test sobre restricciones a los derechos (legalidad, legitimidad, proporcionalidad), para adoptar conceptos europeos, amplía el poder de los Estados de interferir con el uso y goce del derecho a la propiedad. Quizás en el único tema analizado en la Corte IDH en el que este poder del Estado se ve muy limitado es en la reducción de beneficios de pensiones ya adquiridas que cuentan con sentencias firmes en los tribunales internos, sin embargo aquí también deja sin contestar interrogantes profundos en el marco del desarrollo de reformas en los regímenes de jubilación. A su vez, se presentan estándares claros y sólidos en la limitación de los Estados en el uso de restricciones a la propiedad para ejercer su poder de investigación criminal (medidas cautelares reales), sin que este análisis exhaustivo se encuentre constantemente en todas las sentencias que trata el derecho a la propiedad. Solamente una vez, la Corte IDH afirmó de forma directa que el fin alegado por el Estado no era legítimo.

Por otra parte, a pesar de la generosidad de las palabras de la Corte IDH, en términos de legitimación activa, todavía la división entre actos que afectan a una persona como ser humano y los actos que afectan a empresas genera desprotección en temas neurálgicos de las sociedades democráticas latinoamericanas modernas y no vislumbra un cambio a pronto plazo.

La utilización desmedida de la jurisprudencia del TEDH en temas de expropiación genera una incertidumbre sobre la posibilidad de avanzar en la protección del derecho a la propiedad frente al amplio poder de expropiación del Estado. El uso de elementos no técnicos y de carácter discrecional, como el equilibrio justo entre el interés particular y el interés social, para determinar una indemnización justa

247 International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011. Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF - OXFAM, Washington DC, 2011. En el mismo sentido, tal como lo establece el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 37. Consejo DHONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010, párr. 19. Según el artículo 26.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos indígenas estos “tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

por privación de un bien, conduce a la posible arbitrariedad de la determinación de montos y a la expropiación deliberada del Estado –aún con fines legítimos– que no analiza si cuenta con los elementos económicos y legales necesarios para adquirir la propiedad.

La generosa jurisprudencia en temas de derecho de propiedad indígena está llena de desafíos. El reconocimiento de los pueblos indígenas como verdaderos propietarios de su tierra requiere menores poderes de interferencia del Estado en el uso y goce de sus bienes y de todos los recursos naturales. Asimismo, es indispensable que se generen mayores espacios de participación real en la toma de decisiones sobre el desarrollo que se plantea en esas tierras. La relación tradicional con la tierra los hace ser titulares de un derecho de propiedad más fuerte que el concepto tradicional, por el cual en principio no deberían prosperar el poder expropiatorio de hecho o de derecho del Estado. Las intervenciones por medidas provisionales de la Corte IDH, aunque de gran complejidad en su aplicación, se tornan urgentes, dado que los casos que se plantean ante el SIDH no suponen un estado inicial de negociaciones entre Estados y empresas que quieren realizar proyectos de desarrollo en territorios indígenas y encuentran problemas en una consulta legítima, sino que se relacionan con territorios ya alcanzados por esos poderes, usados y gozados ante la mirada de la pobreza y la exclusión social.

La jurisprudencia da una base sólida para la continuidad del litigio y la consolidación de un derecho que, como derecho humano requiere el mismo nivel de atención, vigilancia y límite a los poderes del Estado que otros derechos de la CADH. Muchas veces, la determinación de una violación a la propiedad podrá dar como resultado reparaciones en las que se tengan que determinar cifras muy altas que –en comparación con otros casos de violaciones a derechos humanos– parecen exorbitantes. Pero, no por ello se debe dejar de lado el objetivo de lograr una *restitutio in integrum* cuando se viola este derecho, respecto del cual, muchas veces, sus víctimas serán personas con un alto poder adquisitivo o que ostenten poder. La propiedad como derecho humano supone que el Estado, ante estas personas también debe proceder con legitimidad en la limitación.

Por último, el artículo 21 de la CADH tiene una generosa redacción que permite que puedan desplegarse con más comodidad otros derechos aún no desarrollados de forma directa, y este camino queda abierto con la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que la Corte IDH declaró en la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* en 2017.

Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192. En adelante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 248. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C n.º 276. En adelante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Resolución n.º 24/82, Exiliados, Chile, 8 de marzo de 1982.

CIDH. Resolución n.º 18/83, Caso 2711, Uruguay, 30 de junio de 1983.

CIDH. Resolución n.º 3/84, Caso 4563, Paraguay, 17 de mayo de 1984.

CIDH. Resolución n.º 4/84, Caso 7848, Paraguay, 17 de mayo de 1984.

CIDH. Resolución n.º 5/84, Caso 8027, Paraguay, 17 de mayo de 1984.

CIDH. Resolución n.º 11/85, Caso 9269, Chile, 5 de marzo de 1985.

CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, capítulo VI, 1985.

CIDH. Resolución n.º 20/88, Caso 9855, Haití, 24 de marzo de 1988.

CIDH. *Informe anual 1991*, Capítulo V, Situación de los Haitianos en República Dominicana.

CIDH. *Informe anual 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 de febrero de 1994.

CIDH. Informe n.º 51/96, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de marzo de 1997.

CIDH. Informe n.º 49/99, *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

CIDH. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002.

CIDH. Informe n.º 84/09, *Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Ecuador*: Caso 12.525, Fondo, 6 de agosto de 2009.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Corte Internacional de Justicia

CIJ. *Colombian-Peruvian asylum case*. Sentencia del 20 de noviembre de 1950: ICJ Rep. 1950, p. 266.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEI. Convención Interamericana contra el Terrorismo, Resolución n.º AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), primera sesión plenaria, 3 de junio de 2002.

Organización de las Naciones Unidas

Asamblea General

Asamblea General de la ONU. Resolución n.º 2312 (XXII). *Declaración sobre asilo territorial*, 14 de diciembre de 1967.

Asamblea General de la ONU. Resolución n.º A/RES/54/166. *Protección de los migrantes*, 24 de febrero de 2000.

Comité DHONU

Comité DHONU. *Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay*. Comunicación n.º R.13/57, U.N. Doc. Supp. n.º 40 (A/37/40) at 157, 1982.

Comité DHONU. Observación General n.º 15. *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 11 de abril de 1986.

Comité DHONU. *Caso Celepli vs. Suecia*. Comunicación n.º 456/91, 51º periodo de sesiones, 2 de agosto de 1994.

Comité DHONU. Observación General n.º 27. *La libertad de circulación* (artículo 12), 67º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 2 de noviembre de 1999.

Comité DHONU. *Caso Karker vs. Francia*. Comunicación n.º 833/1998, 70º periodo de sesiones, decisión de 30 de octubre de 2000.

Otros órganos y organismos

Comité contra la Tortura. *Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana vs. Venezuela*. Comunicación n.º 110/1988.

Comisión DHONU. Informe del Representante del Secretario General Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la Resolución 1997/39 de la Comisión [DHONU]. *Principios Rectores de los desplazamientos internos*. E/CN.4/1998/53/Add.2, 54º periodo de sesiones, 11 de febrero de 1998.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1992.

Referencias académicas

CANÇADO, A. A. “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, en Cançado, A., Martínez, A. *Doctrina latinoamericana de derecho internacional*. T. I, Corte IDH, San José, 2003.

FERRI, E. *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1925.

FRASER, N. “Reinventar la justicia en un mundo globalizado”, en *New Left Review*, n.º 36, 2006.

O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

YEPES DE UPRIMNY, I. *Jesús María Yepes y el Derecho Internacional Americano*. Temis, Bogotá, 1980.

YEPES, J. M. “El derecho de asilo. Síntesis histórica, política y filosófica”, en *Universitas*, n.º 15, Bogotá, 1958.

Contenido

1. Introducción	648
2. Contenido y alcance	650
2.1. Libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado	650
2.2. El derecho a salir libremente de un país	657
2.3. El derecho a buscar y recibir asilo	659
2.4. Garantías frente a la expulsión	663

1. Introducción¹

El derecho de circulación y residencia establece aparentemente algo muy sencillo: que toda persona puede circular libremente en el territorio del país en donde vive y que puede establecer su residencia en el lugar que quiera. Pero esta simplicidad es solo aparente, pues este derecho es más complejo de lo que parece a primera vista, al menos por dos razones: por un lado, porque comprende múltiples aspectos, como la libertad de poder salir de cualquier país o la garantía a los extranjeros de que no serán expulsados arbitrariamente, por solo mencionar dos elementos de su contenido. Por otro lado, su alcance depende, en parte, de la división del mundo en distintos Estados nacionales, pues este derecho otorga protecciones diversas a nacionales y extranjeros. Esto explica que el derecho de circulación y residencia suscite discusiones jurídicas y políticas complejas en un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, en donde se eliminan las fronteras para la circulación de los bienes y servicios, mientras que se intensifican los controles a las migraciones de personas, en especial de los países pobres a las naciones más desarrolladas.

El derecho de circulación y residencia tiene una importancia obvia en una democracia, pues se encuentra asociado al ejercicio mismo de la libertad y de la autonomía de las personas, ya que estas deben poder definir en dónde residir y poder desplazarse, sin restricciones, de un lugar a otro para poder desarrollar, en forma plena e igualitaria, el proyecto de vida que han escogido. Por ello tiene razón el Comité DHONU cuando señala que la garantía de este derecho es “una condición indispensable para el libre desarrollo de toda persona”,² y que, además, su protección se encuentra asociada a la efectividad de otros derechos humanos. Por ejemplo, si una persona, por medio de amenazas, es forzada a abandonar el lugar en donde vive y trabaja, de suerte que debe buscar un refugio precario en otro país o en otro lugar del territorio, no solo le han desconocido su derecho de circulación y residencia, sino que además le han afectado otro conjunto de derechos y libertades, como el derecho al trabajo y a la inviolabilidad de su domicilio, por ejemplo.

El derecho de circulación y residencia es entonces una libertad trascendental; sin embargo, como ya lo señalamos, estamos frente a uno de esos derechos humanos cuya universalidad se encuentra parcialmente limitada por razones de soberanía nacional. Esto significa que no todos los habitantes de un Estado específico gozan de ese derecho de la misma manera.

Para comprender esta situación, es necesario recordar que el régimen internacional de protección de derechos humanos, que se desarrolló a partir de la adopción de la Carta de la ONU en San Francisco en 1945 –y como reacción contra las atrocidades de los Estados totalitarios y de la Segunda Guerra Mundial–, es una expresión de un equilibrio entre dos principios contrapuestos: por un lado, la Carta de la ONU no establece un Estado mundial sino que mantiene un orden internacional, en donde coexisten Estados independientes y soberanos. Este sistema internacional es herencia del llamado mundo “westfaliano”, pues se encuentra ligado a la estructura del derecho internacional y de las relaciones internacionales derivada del Tratado de Westfalia de 1648, que reconoció no solo la existencia de Estados territorialmente soberanos, sino además el principio de no injerencia, como presupuesto de la paz entre las naciones. Sin embargo, por otro lado, esa soberanía se encuentra ahora mucho más limitada que en el pasado, pues la Carta de la ONU impuso nuevas obligaciones a los Estados, entre las cuales se encuentra precisamente el respeto de la dignidad de la persona humana. El tema de los derechos humanos y de la dignidad humana ya no hace parte entonces de la soberanía de los Estados, sino que se vuelve un asunto internacional pues hace parte del orden público internacional.

1 El presente comentario retoma algunos planteamientos del Prólogo a los estándares del derecho de circulación y residencia escrito por Rodrigo Uprimny.

2 Comité DHONU. Observación General n.º 27. *La libertad de circulación* (artículo 12), 67º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 2 de noviembre de 1999. Este aspecto ha sido también resaltado por la Corte IDH en todos los casos en donde ha abordado el estudio de este derecho. Ver por ejemplo, Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 206.

Si se lee la Carta de la ONU, se puede observar que, a pesar de que el instrumento reconoce la igualdad soberana de los Estados (arts. 2 y 79), es muy cuidadosa en no señalar que los Estados gozan de soberanía, sino que habla de materias que hacen parte de la “jurisdicción interna de los Estados” (art. 2.7.). Es decir que, conforme a la Carta de la ONU, los Estados tienen dominio sobre ciertos asuntos, pero no gozan de soberanía, como esta era entendida en el siglo XIX y a principios del siglo XX; asimismo no tienen una soberanía plena porque hay asuntos que son una preocupación legítima de la comunidad internacional, y uno de los cuales es la protección de los derechos de la persona. Estos derechos son entonces un límite a la soberanía de los Estados, o dicho de otro modo, los Estados, dentro de su dominio reservado o jurisdicción interna, no tienen la potestad de violarlos.

Esta obligación internacional de los Estados, de amparar los derechos humanos, hace que en principio sea deber de las autoridades nacionales respetar y garantizar los derechos, no solo de los nacionales, sino de todas las personas residentes en su territorio y sujetas a su jurisdicción, como inequívocamente lo establece el artículo 1 de la CADH. Por ejemplo, no podría un Estado torturar a una persona o asesinarla, con el argumento de que se trata de un extranjero, pues las autoridades tienen el deber de respetar el derecho a la vida y a la integridad personal de todas las personas, y no solo de sus nacionales. Sin embargo, por razones de soberanía, ciertos derechos humanos admiten restricciones vinculadas a la nacionalidad de las personas, lo cual muestra que los derechos humanos, a pesar de reconocerse teóricamente como universales, siguen parcialmente enmarcados en el paradigma westfaliano de un sistema internacional en donde coexisten Estados soberanos, con lo cual el goce efectivo de los derechos humanos sigue siendo desigual y asimétrico, pues depende en gran parte de la nacionalidad de la persona.³

Así, es posible sistematizar los distintos componentes o contenidos protegidos o derechos específicos derivados del derecho de circulación y residencia tomando en cuenta la nacionalidad de sus titulares, de la siguiente manera: ciertos componentes son universales pues se predicán de toda persona, por lo cual no están condicionados a la nacionalidad de su titular; otros contenidos protegidos, por el contrario, dependen directamente de la nacionalidad, pues la CADH permite un trato distinto entre nacionales y extranjeros; finalmente, estos tratados establecen una titularidad, si se quiere intermedia, pues en ciertos eventos la garantía de ciertos derechos específicos depende de que se trate de una persona –no obligatoriamente un nacional–, pero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado específico, con lo cual esa garantía no se extiende a toda persona.

Existen en la CADH dos componentes del derecho de circulación y residencia que no dependen directamente de la nacionalidad: el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país y el derecho a buscar asilo, pues cuando la CADH habla de esas garantías, se refiere a “toda persona”. El derecho cuyo alcance se encuentra claramente vinculado a la nacionalidad de la persona es el relativo a la posibilidad de entrar libremente a un determinado país y fijar su residencia en él. En efecto, conforme a la CADH, solo los nacionales tienen derecho a entrar a su propio país. Este derecho es entonces el que se encuentra más estrictamente ligado a la preservación de la soberanía de los Estados pues implica que si bien toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, únicamente los nacionales tienen derecho a entrar al país del cual son nacionales. Directamente ligado a lo anterior, la CADH establece regulaciones distintas relativas al problema de la expulsión de una persona de un determinado país. Así, el nacional de un país no puede ser expulsado del mismo, mientras que los extranjeros sí pueden serlo, pero dentro de ciertas condiciones y limitaciones. El último tipo de componentes específicos derivados del derecho de circulación y residencia hace referencia a un sujeto especial, que es la persona que se halle legalmente en un Estado, la cual tiene el derecho a circular y residir libremente en el territorio de ese país.

Los distintos componentes mencionados revelan la complejidad del derecho de circulación y residencia. Al contenido y alcance de cada uno de estos nos referiremos a continuación. En primer

3 Esto explica la importancia de llevar ciertas discusiones de la justicia y la democracia más allá de los Estados nacionales, precisamente para superar esas desigualdades y asimetrías. Ver Fraser, N. “Reinventar la justicia en un mundo globalizado”, en *New Left Review*, n.º 36, 2006.

lugar, el lector encontrará la explicación del componente relativo a la libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado. En este punto se hará alusión a las restricciones legítimas a este derecho, así como al derecho a no ser desplazado forzosamente que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, hace parte de este componente del derecho. En segundo lugar, se presenta al lector el contenido y alcance del derecho a salir libremente de cualquier país. En tercer lugar, se exponen las características particulares del derecho a buscar y recibir asilo. Finalmente, se ofrece una descripción de las distintas garantías que comporta el derecho de libertad de circulación y residencia con relación a la expulsión tanto de nacionales, como de extranjeros.

2. Contenido y alcance

El artículo 22 de la CADH contiene nueve incisos que se refieren a los distintos componentes del derecho de circulación y residencia, los cuales se pueden agrupar en cuatro categorías. En primer lugar, se encuentra la libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado, a la cual se refieren los incisos 1, 3 y 4; en segundo lugar, el derecho a salir libremente de un país, que está enunciado en el inciso 2, pero al cual también se refiere el inciso 3 que regula las restricciones legítimas; en tercer lugar, el derecho a buscar y recibir asilo, consagrado en el inciso 7; y, finalmente, las garantías frente a la expulsión de un territorio, tanto de nacionales como de extranjeros, las cuales están establecidas en los incisos 5, 6, 8 y 9. En los siguientes apartados, abordaremos cada uno de estos componentes del derecho de circulación y residencia.

2.1. Libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado

El primer inciso del artículo 22 de la CADH establece que “[t]oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”. Como lo ha señalado el Comité DHONU –con criterios que ha acogido plenamente la Corte IDH–, este componente del derecho de circulación y residencia implica la posibilidad de trasladarse libremente de un lugar a otro y establecerse en el lugar de su elección, sin que la persona deba indicar un motivo en particular para circular o permanecer en un sitio específico.⁴ Sin embargo, este componente del derecho no es una garantía universal establecida para todas las personas, sino únicamente para aquellas que se hallen legalmente en el Estado en cuestión.

Es claro que, como regla general, todo nacional goza de ese derecho de circulación y residencia libre, pues todo nacional puede estar legalmente en su propio Estado. En cuanto a los extranjeros, los Estados tienen la potestad de decidir a quiénes admiten en su territorio, pero una vez estos han ingresado y permanecido en el Estado, conforme a las regulaciones previstas por el ordenamiento nacional, se encuentran legalmente en un Estado y gozan por tanto de la libertad de circulación y residencia, en principio en condiciones semejantes a los nacionales. El Comité DHONU, al interpretar el artículo 12 del PIDCP que contiene una regulación semejante a la del artículo 22 de la CADH,⁵ ha indicado que es necesario justificar las diferencias de trato entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros, en cuanto al ejercicio del derecho en cuestión.⁶

4 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.* Ver Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 115.

5 El artículo 12 del PIDCP dispone: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

6 Comité DHONU. Observación General n.º 15. *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 11 de abril de 1986, párr. 8.

De otro lado, aunque la CADH no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado,⁷ y los Estados tienen una enorme discrecionalidad para negar la entrada a los extranjeros, esta prerrogativa no es absoluta pues se encuentra limitada por ciertos estándares de derechos humanos, en especial “cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de familia”.⁸ Así por ejemplo, en virtud de la prohibición de discriminación dispuesta en el artículo 1.1. de la CADH, un Estado no podría, en principio, permitir únicamente el ingreso de extranjeros de determinada raza o negar la entrada a una persona por el solo hecho de ser mujer o de tener una nacionalidad en particular. Igualmente, tal como lo mostraremos en detalle en el último apartado de este comentario, tampoco es admisible impedir el ingreso cuando esto puede poner en peligro la vida o la libertad personal de un extranjero que busca refugio por fuera de su país de origen.

2.1.1. Restricciones legítimas

Una vez que una persona se halla legalmente en el territorio de un Estado, este solo puede limitar su derecho a la libertad de circulación y residencia bajo el cumplimiento estricto de ciertas condiciones, las cuales están establecidas en el inciso 3 del artículo 22.

La primera condición para que la restricción sea legítima es que esta se establezca mediante una ley. Este requisito formal es en sí mismo de gran importancia, pues ampara a los ciudadanos contra limitaciones a sus derechos humanos por parte de autoridades administrativas. Debe ser la ley, expresión del principio democrático y garantía de seguridad jurídica, la que define con claridad los casos en los cuales cabe restringir la libertad de circular por un territorio y escoger libremente el lugar de residencia. Según la Corte IDH, solo mediante esta reserva de ley se evita que los encargados de aplicar la restricción “actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad”.⁹

La restricción también debe satisfacer ciertos requisitos sustantivos. La Corte IDH, en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, en el cual analizó en detalle las condiciones para que las restricciones al derecho a la libertad de circulación y residencia sea legítima, precisó que estas no deben solo perseguir los propósitos autorizados por la CADH —la protección de seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros— sino además ser necesarias en una sociedad democrática para alcanzar tales propósitos, lo cual remite a un análisis de proporcionalidad, que ha tenido un amplio desarrollo tanto en derecho constitucional como en la labor de las instancias de protección de derechos humanos. Este análisis de proporcionalidad supone que la restricción debe cumplir tres requisitos, que son recordados por el Comité DHONU en su observación general sobre la libertad de circulación, a saber: 1) la restricción debe ser adecuada para alcanzar tal propósito, 2) debe ser además necesaria o indispensable, en el sentido de que no debe existir una medida que logre el mismo propósito con una menor restricción del derecho de circulación y residencia, y 3) debe ser proporcionada en sentido estricto, esto es, que el beneficio obtenido en la satisfacción del propósito justifique la restricción del derecho de circulación y residencia.¹⁰ Adicionalmente, en el citado caso de Ricardo Canese, la Corte IDH retoma la idea de que las restricciones no deben afectar la esencia del derecho, esto es, deben respetar, siguiendo alguna terminología del derecho constitucional, su contenido esencial.¹¹

7 Tal como lo mostraremos adelante, la Convención únicamente reconoce a los nacionales el derecho de ingresar a su propio país. En efecto, el inciso 5 del artículo 22 establece que “[n]adie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.

8 Comité DHONU. Observación General n.º 15, *op. cit.*, párr. 5.

9 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 125.

10 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 14.

11 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 124.

En síntesis, según lo desarrollado por la Corte IDH en el caso de Canese, y en sintonía con la doctrina del Comité DHONU, la legitimidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia, depende del cumplimiento de cuatro condiciones, a saber, 1) la legalidad de la medida, 2) la legitimidad de los propósitos buscados, 3) la necesidad y proporcionalidad y 4) el respeto del contenido esencial del derecho.¹²

Como lo veremos adelante, la Corte IDH ha analizado en detalle el alcance de estas restricciones en relación con el derecho a salir libremente del país, pero no en relación con el derecho a circular libremente y a escoger residencia en el territorio de un Estado.¹³ Sin embargo, el Comité DHONU sí ha estudiado algunos casos relacionados con restricciones impuestas a este segundo componente del derecho, los cuales resultan de utilidad para ilustrar el alcance de estas restricciones. El Comité DHONU se ha referido básicamente a restricciones impuestas a extranjeros sobre los cuales se cernía la sospecha de tener vínculos con organizaciones terroristas, pero cuya expulsión no era permitida o no era considerada conveniente por el Estado de acogida.¹⁴ Así por ejemplo, en el caso *Karker vs. Francia*, el Comité DHONU se pronunció sobre la situación de un tunecino que residía en Francia en calidad de refugiado político, pero que luego de vivir por cinco años en este país, fue confinado en un departamento de Francia al ser considerado sospechoso de apoyar activamente un movimiento terrorista. El gobierno francés inicialmente dispuso su expulsión, pero conmutó esta orden por el confinamiento, dada su condición de refugiado político. El Estado argumentó que la restricción a su libertad de circulación y residencia era necesaria por razones de seguridad nacional; como sustento de esto aportó pruebas de que el peticionario era partidario activo de un movimiento que preconizaba la acción violenta. En virtud de esto, y bajo la idea de que el peticionario fue confinado en una zona relativamente amplia y que además solo había impugnado judicialmente la restricción inicial a su derecho, pero no las posteriores, el Comité DHONU determinó que el Estado francés no había violado en este caso el derecho de circulación y residencia.

Al contrastar los hechos de este caso con los criterios que se desprenden del inciso 3 del artículo 22 de la CADH, se advierte que la restricción tenía fundamento en una ley que disponía la posibilidad de confinar en una zona al extranjero que no pudiera ser expulsado. Igualmente, la restricción obedecía a un propósito legítimo, a saber, salvaguardar la seguridad nacional. En lo que respecta a la necesidad y proporcionalidad de la restricción, aunque el Comité DHONU no efectuó un análisis expreso sobre este aspecto, de su comunicación se puede inferir que la necesidad se da por sentada a partir de las pruebas aportadas por el Estado que señalaban que el peticionario era un partidario activo de una organización que preconizaba el uso de la violencia. Por su parte, para el análisis de la proporcionalidad, el Comité DHONU parece tener en cuenta la posibilidad que tenía el peticionario de solicitar el levantamiento de la medida y de impugnar judicialmente una decisión negativa, así como el hecho de que la zona de confinamiento era relativamente amplia.

Cabe destacar que uno de los puntos de análisis que puede resultar más problemático cuando se invocan fines como la seguridad nacional o la moral pública, que por su generalidad fácilmente pueden ser utilizados por algunos gobiernos para tratar de justificar violaciones a los derechos, es precisamente el que atañe a la necesidad de la restricción. En este aspecto es preciso efectuar un análisis detallado y estricto para determinar que existe una relación de adecuación entre la restricción y el fin perseguido y que no hay una medida menos gravosa para cumplir el propósito. Así, por ejemplo, en casos como el decidido por el Comité DHONU, debe ser posible inferir razonablemente que la restricción a la libertad de

12 Cabe destacar que la Corte IDH, al retomar la doctrina del Comité DHONU, alude al respeto del contenido esencial como parte de la legalidad de la medida. En esta exposición hemos decidido separarlo con el objetivo de destacar esta dimensión sustantiva de la legalidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia.

13 Los órganos del SIDH no se han ocupado del análisis de restricciones impuestas a la libertad de circular y residir en el territorio de un país por decisión directa del Estado, sino a restricciones *de facto* derivadas de la ausencia de garantías para moverse libremente, como sucede por ejemplo en contextos de violencia.

14 Comité DHONU. *Caso Celepli vs. Suecia*. Comunicación n.º 456/91, 51º periodo de sesiones, 2 de agosto de 1994. Comité DHONU. *Caso Karker vs. Francia*. Comunicación n.º 833/98, 70º periodo de sesiones, decisión de 30 de octubre de 2000.

circulación y residencia puede evitar que la persona sometida a ella cometa o contribuya a la comisión de atentados violentos que afecten la seguridad pública. De no ser así, la restricción se torna ilegítima.

Además de las ya mencionadas condiciones generales para restringir legítimamente la libertad de circular y residir en un territorio, el inciso 4 del artículo 22 de la CADH establece que este derecho “puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público”. Un ejemplo de este tipo de restricción es aquella que opera en ciertas zonas en las que es necesario controlar la densidad de la población por tratarse de lugares de especial interés ecológico. En todo caso, por tratarse de una restricción a un derecho humano, también deben satisfacerse la condición de legalidad –a la que alude expresamente la disposición citada–, así como las de necesidad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial del derecho.

2.1.2. Restricciones de facto: el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado

Las restricciones a la libertad de circular en el territorio de un Estado y de escoger libremente el lugar de residencia no necesariamente se reducen a aquellas que se fundan en una decisión directa adoptada por las autoridades estatales. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, las restricciones a este derecho también pueden darse *de facto*, lo cual ocurre cuando las personas se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia con ocasión de una situación de inseguridad o violencia. En tales casos, a pesar de que no existe ninguna disposición legal o administrativa que impida a las personas fijar su residencia en el lugar de su elección o circular libremente, el derecho en cuestión es vulnerado ante la ausencia de garantías para transitar y residir libremente en el territorio de un Estado. En palabras de la Corte IDH, “el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo”.¹⁵

La Corte IDH ha determinado en varias ocasiones que las restricciones *de facto* constituyen una vulneración al derecho de circulación y residencia. De hecho, el mayor número de pronunciamientos de la Corte IDH en relación con este derecho se ha dado precisamente en relación con esta problemática.

Los casos que han sido examinados por la Corte IDH se refieren a dos tipos de restricciones *de facto*. En primer lugar, la existencia de una situación generalizada de violencia que obliga a las personas a abandonar masivamente sus lugares de residencia e impiden su retorno. Tales son los casos de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*,¹⁶ *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*,¹⁷ *Masacres de Ituango vs. Colombia*,¹⁸ y *Operación Génesis vs. Colombia*.¹⁹ El primero de estos se refiere a una masacre cometida en 1986 por las Fuerzas Armadas de Surinam, que ocasionó un desplazamiento masivo. Los casos colombianos de Mapiripán e Ituango hacen referencia a la actuación de grupos paramilitares que, con la complicidad de la Fuerza Pública, perpetraron masacres que ocasionaron a su vez el desplazamiento de centenares de personas. Por su parte, el caso de la Operación Génesis también se refiere a una incursión paramilitar que contó con la colaboración de la Fuerza Pública, y en la cual los habitantes de la Cuenca del Río Cacarica fueron obligados a abandonar su territorio.

El segundo tipo de restricción *de facto* no se refiere a desplazamientos masivos a causa de una violencia generalizada, sino a afectaciones del derecho a grupos familiares a causa de amenazas y hostigamientos dirigidos específicamente contra ellos, o de situaciones de inseguridad generalmente conectadas a otras violaciones a los derechos humanos, como en los casos *Valle Jaramillo y otros vs.*

15 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 139. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 119-120; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 210; Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 170.

16 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

17 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

18 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

19 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Colombia,²⁰ *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*,²¹ *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*,²² y *Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*.²³ El primero de estos se refiere a la situación de una familia que tuvo que abandonar su lugar de vivienda luego de que uno de sus integrantes rindiera declaraciones en un proceso penal sobre acciones conjuntas adelantadas por militares y paramilitares en Colombia. El caso Chitay tiene que ver con el desplazamiento forzado de una familia que, después de la desaparición forzada de uno de sus integrantes, se vio obligada a huir de su lugar de residencia y trasladarse a otra ciudad. En el tercer caso, la Corte IDH se pronunció sobre un periodista quien fue agredido por las Fuerzas Militares cuando intentaba cubrir una protesta, y quien posteriormente fue víctima de amenazas y de un intento de secuestro, razón por la cual se vio forzado a abandonar su país junto con su familia. El último caso se refiere a la familia de un defensor de derechos humanos quien fue asesinado, la cual, en vista de los hostigamientos y la situación de inseguridad en la que se encontraban luego del homicidio, se vieron obligados a abandonar su lugar de residencia.

En las sentencias referidas, la Corte IDH constató que aunque no existía una restricción formal al derecho de circulación y residencia, este había sido vulnerado por cuanto las personas se habían visto forzadas a abandonar sus lugares de residencia y además los Estados no habían “establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a [los peticionarios] regresar de forma segura y con dignidad”,²⁴ al lugar que se vieron obligados a abandonar. En tales circunstancias, la responsabilidad internacional de los Estados surge por su omisión en proveer “las garantías necesarias, para que [una persona] pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales”.²⁵ Estas garantías deben ser efectivas, lo cual implica que deben ser oportunas, concretas, y adecuadas a las particularidades de cada situación de riesgo. Por ejemplo, en el caso del *Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*, la Corte IDH determinó que el ofrecimiento de “asignación de protección personal, de puesto fijo y vigilancia perimetral” que realizó el Estado a la familia en cuestión tres años después de que se vio obligada a desplazarse no exoneraba al Estado de su responsabilidad. Destacó la Corte IDH que el Estado incumplió con su deber de brindar protección durante tres años, y que la falta de especificidad del esquema de protección asignado impedía:

determinar si las mismas tendrían la finalidad de permitir un retorno voluntario, digno y seguro al lugar de residencia habitual, o bien, la de garantizar protección en el lugar en que habían permanecido fuera de la Aldea Cruce de la Esperanza, ni la manera en que se garantizaría la participación plena de las víctimas en la planificación y gestión de su regreso o reintegración. Tampoco se desprend[ía] si dichas medidas se implementarían a favor únicamente de B.A., o bien, incluirían a su madre C.A., a sus hijos L.A. y N.A., a su hermana E.A., y a los hijos de esta, J.A. y K.A.²⁶

La Corte IDH ha especificado, además, que las garantías de protección incluyen:

no solo el deber de adoptar medidas de prevención sino también realizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración.²⁷

20 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008.

21 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

22 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

23 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

24 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 150.

25 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 142; Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 139.

26 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 176.

27 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 149.

En todos estos casos, la violación al derecho a la libertad de circulación y residencia se produce entonces por la falta de adopción de medidas de protección y atención efectivas ante una situación de riesgo que constriñe a las personas a abandonar sus lugares de residencia y a no retornar a ellos. Es importante resaltar además que *la violación ocurre incluso en aquellos casos en que la situación de riesgo no es producida por el Estado*.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a partir de una interpretación evolutiva del artículo 22 de la CADH y “de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–”,²⁸ la Corte IDH ha establecido que el derecho a circular y residir libremente en el territorio de un Estado “protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte”.²⁹ Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH reiteró y fortaleció la idea de que hay artículos de la CADH que, en determinadas circunstancias, deben ser interpretados a la luz no solo de la CADH y de otros tratados internacionales de derechos humanos, sino también de otras fuentes no convencionales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como los documentos de *soft law*, que según la Corte IDH, pueden formar parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. De conformidad con este criterio, la Corte IDH acudió a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas de 1998 (también llamados Principios Deng, en honor al relator de las Naciones Unidas que los redactó) para fijar el sentido y alcance del artículo 22 en relación con las situaciones de desplazamiento forzado interno.³⁰

Los Principios Deng³¹ definen a los desplazados internos como “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.³² Igualmente, explicitan que la condición de desplazamiento forzado no solo vulnera el derecho a la libertad de circulación, sino muchos otros derechos humanos; y ponen en cabeza de los Estados la obligación de prevenir el desplazamiento forzado, de brindar asistencia y de garantizar el retorno o la reubicación e indemnización de las víctimas en caso de que aquel tenga lugar.

En consonancia con los Principios Deng, y en particular con la constatación de las múltiples afectaciones a los derechos humanos que genera el desplazamiento forzado, la Corte IDH ha resaltado que los desplazados generalmente se encuentran en “circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión”,

28 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 188.

29 Corte IDH, *idem*. Este criterio ha sido reafirmado en decisiones posteriores de la Corte IDH, *cf*: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 207; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 139.

30 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 111; Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 171; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 209. La remisión a estos principios para interpretar el alcance del artículo 22 implica la incorporación de este documento de *soft law* al *corpus iuris* de los derechos humanos. La aplicación de estos principios por parte de la Corte IDH sin duda resulta fundamental, dada la gran importancia del *corpus iuris* como herramienta de interpretación en general, y dada la importancia particular de los Principios Deng para el análisis de la situación de las víctimas del desplazamiento forzado interno –que resultaría limitado si solo se hiciera remisión a la CADH–. Sin embargo, resulta fundamental que la Corte IDH justifique de manera amplia y rigurosa los criterios con base en los cuales incorpora documentos de *soft law* a sus decisiones, puesto que, en principio, dichos documentos no son fuentes del derecho internacional de los derechos humanos con un carácter vinculante, ni fuentes con base en las cuales –de conformidad con la CADH– la Corte IDH debe decidir. En particular, la Corte IDH debería explicar las razones por las cuales incorpora algunos de esos documentos y no otros, ya que el *soft law* se caracteriza por su heterogeneidad y, en esa medida, permite establecer distinciones entre los diferentes documentos que lo conforman, en lo que se refiere a su obligatoriedad, a su pertenencia al *corpus iuris*, etc.

31 Comisión DHONU. Informe del representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión [DHONU]. *Principios Rectores de los desplazamientos internos*. E/CN.4/1998/53/Add.2, 54º periodo de sesiones, 11 de febrero de 1998. En adelante: Principios Deng.

32 Principios Deng, párr. 2.

razón por la cual “su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección”.³³ Según la Corte IDH, en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación:

la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares.³⁴

En este sentido, el caso de los desplazados internos pone en evidencia –aunque lamentablemente de un modo dramático– de qué manera la protección del derecho a la libertad de circulación y residencia se encuentra ligada a la efectividad de otros derechos humanos y en qué medida constituye una condición indispensable para la garantía de una vida digna.

Dada la intensidad y gravedad del problema del desplazamiento forzado interno a causa del conflicto armado, una mención al caso colombiano resulta de especial interés.³⁵ En su último pronunciamiento sobre esta situación en el caso de la Operación Génesis, la Corte IDH determinó que pese a las medidas legislativas, administrativas y judiciales adoptadas por el Estado colombiano para hacer frente al problema del desplazamiento forzado, estas aún resultaban insuficientes para atender las necesidades de toda la población afectada. En el caso concreto de las comunidades de la Cuenca del Río Cacarica, la Corte IDH encontró que las medidas de asistencia proporcionadas por el Estado, las cuales incluyeron atención humanitaria, hospedaje en albergues y entrega de algunos suministros de aseo y cocina, no eran “acordes con estándares mínimos exigibles en este tipo de casos”, y especificó que “[e]l hacinamiento, la alimentación, el suministro y manejo del agua, así como la falta de adopción de medidas en materia de salud evidencia[ban] incumplimiento de las obligaciones estatales de protección con pos-

33 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 141; Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 177; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 210.

34 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 179; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 141. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en relación con el grave y masivo desplazamiento forzado que se ha vivido en este país con ocasión de la situación de violencia generalizada asociada al conflicto armado interno. En la Sentencia T-025 de 2004, la Corte colombiana se refirió de manera comprehensiva a este fenómeno; declaró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en virtud de la masiva violación de derechos humanos ocasionada por el desplazamiento forzado, e instó a las autoridades públicas a adoptar todas las medidas necesarias para superar dicho estado. En relación con la situación especial de vulnerabilidad de las personas desplazadas advirtió: “[...] por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas [...] que se ven obligadas ‘a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional’ para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004, apartado 5.2.

35 El desplazamiento forzado a causa de la violencia en Colombia es una tragedia humanitaria de enorme magnitud. Aunque existen debates en torno a las cifras, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), durante las décadas de los ochenta y noventa fueron desplazadas al menos tres millones y medio de personas. Pese a esto, hacia el año 2003 –año en el cual el mayor número de desplazados internos atendidos por ACNUR se concentraba en Colombia, por encima de países como Afganistán, Azerbaiyán y Bosnia y Herzegovina– el Estado colombiano carecía de una política pública coherente y consistente, capaz de afrontar de modo efectivo esta situación. En medio de esta problemática, en ese año 2003, la Corte Constitucional acumuló 108 expedientes de acciones de tutela interpuestas por 1150 familias de personas víctimas de desplazamiento forzado en 22 municipios del país, dando de este modo paso a la histórica sentencia T-025 de 2004. En este fallo, la Corte colombiana constató que existía una “masiva, prolongada y reiterada” violación de derechos, que no era “imputable a una única autoridad”, sino que obedecía “a un problema estructural que afecta[ba] a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla”. Ante esta situación, la Corte colombiana ordenó que se diseñara e implementara un programa de acción orientado a corregir las fallas estructurales de la política de atención a la población desplazada. Y ordenó además que se garantizara la participación efectiva de las organizaciones de la población desplazada en la adopción de todas las decisiones para superar el estado de cosas inconstitucional.

terioridad al desplazamiento, con la consecuencia directa de la vulneración del derecho a la integridad personal de quienes sufrieron el desplazamiento forzado”.³⁶

El desplazamiento forzado, en especial cuando ocurre masivamente, constituye una de las mayores violaciones al derecho a la libertad de circulación y residencia, que al mismo tiempo compromete otros derechos humanos, como lo son el derecho a la integridad personal y los derechos económicos y sociales. Por esta razón, la garantía del derecho consagrado en el artículo 22 necesariamente requiere la adopción de medidas complejas que incluyen la garantía de los otros derechos en juego.

2.2. El derecho a salir libremente de un país

Otro de los componentes del derecho a la libertad de circulación, consagrado en el inciso 2 del artículo 22 de la CADH, es el derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. Se trata de un derecho del cual es titular toda persona, y que es oponible incluso frente al Estado del cual uno es nacional.

El Comité DHONU, en su observación general sobre la libertad de circulación en relación con el artículo 12 del PIDCP –que consagra el derecho a salir libremente de un país en términos idénticos a los de la CADH–,³⁷ ha indicado que “la libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país”.³⁸ En este sentido, el derecho incluye tanto la garantía de viajar temporalmente al exterior, como la de emigrar permanentemente a otro país. En ambos casos, la persona tiene derecho a determinar el Estado de destino.³⁹ Para hacer efectivo este derecho, el Estado tiene la obligación de facilitar a las personas la obtención, en un plazo razonable, de los documentos necesarios para viajar.⁴⁰ De conformidad con esto, en el caso *Sophie Vidal Martins vs. Uruguay*,⁴¹ el Comité DHONU concluyó que Uruguay había violado el derecho de la peticionaria a salir de cualquier país pues, sin ninguna justificación, se había negado durante varios años a expedirle un pasaporte. En el mismo sentido, la CIDH determinó que el Estado uruguayo había violado el derecho de residencia y tránsito consagrado en el artículo VIII de la DADDH,⁴² al negarse a renovar el pasaporte de uno de sus ciudadanos.⁴³ En su decisión, la CIDH indicó que el derecho al pasaporte es una “consecuencia lógica del derecho a salir del país natal y regresar a él”, y puntualizó que su denegatoria:

en forma injustificada e ilegal a una persona es, en cierta forma, imponerle una capitis diminutio, desposeerlo del documento que hace constar su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarle a que, por fuerza de esa circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello.⁴⁴

Pero el derecho a salir del país no solo implica la obligación para los Estados de otorgar a las personas un documento de viaje, sino que estos también deben eliminar las trabas burocráticas que obstaculizan y en muchos casos incluso impiden el acceso a estos documentos, entre las cuales se cuentan,

36 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 323.

37 El artículo 12 del PIDCP establece: “[...] 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio”.

38 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 8.

39 Comité DHONU, *idem*, párr. 8. Estos criterios son retomados por la Corte IDH en su fallo sobre el *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 116.

40 Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 9.

41 Comité DHONU. *Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay*, Comunicación n.º R.13/57, U.N. Doc. Supp. n.º 40 (A/37/40) at 157, 1982.

42 El artículo VIII de la DADDH dispone: “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”.

43 CIDH. Resolución n.º 18/83, caso 2711, Uruguay, 30 de junio de 1983.

44 *Ibidem*, párr. 4.

entre otras, la ausencia de información clara sobre los requisitos para realizar el trámite, el cobro de tasas elevadas y la exigencia de certificados innecesarios.⁴⁵

Al igual que el derecho a circular libremente en el territorio de un Estado y a elegir el lugar de residencia, el derecho a salir de cualquier país solo puede ser restringido legítimamente de conformidad con las condiciones establecidas en el inciso 3 del artículo 22, es decir, fijadas expresamente por ley, destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática. En este punto resulta de particular relevancia el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay* pues en este la Corte IDH analizó en detalle estas condiciones en relación precisamente con el derecho a salir de un país. En efecto, la Corte IDH se refirió a la restricción que Paraguay impuso al señor Ricardo Canese de no abandonar el país sin permiso judicial previo mientras se adelantaba un proceso penal en su contra por presuntamente haber cometido calumnia contra los directores de una empresa pública.

El punto de partida del análisis de la Corte IDH, es que en principio, el señor Canese tenía derecho a salir de Paraguay, pues uno de los contenidos amparados por el derecho de circulación y residencia es la posibilidad que tiene toda persona de salir del país en donde se encuentre. Esto significa que la prohibición a Canese de que saliera de Paraguay, sin permiso previo, constituía una restricción al derecho de circulación y residencia, por lo que la obvia pregunta que se planteó la sentencia es si dicha restricción era o no legítima. Para responder esta cuestión, la Corte IDH acudió a los criterios de *legalidad, necesidad y proporcionalidad*, a los cuales hicimos referencia en el anterior apartado.

En relación con la reserva de ley, la Corte IDH constató que el Estado paraguayo incumplió con el requisito de legalidad, en tanto no existía ninguna disposición legal que consagrara la prohibición de salir del país sin autorización como medida cautelar en un proceso penal.⁴⁶ En cuanto a la necesidad de la restricción impuesta al señor Canese, la Corte IDH destacó el carácter excepcional de las medidas cautelares que afectan la libertad y advirtió que en relación con el señor Canese no existía evidencia de que esta medida fuera necesaria para alcanzar un fin legítimo, como sería en este caso el de evitar la fuga de aquel.⁴⁷ Finalmente, respecto a la proporcionalidad, la Corte IDH determinó que “la restricción al derecho a salir del país impuesta al señor Canese y el tiempo durante el cual le fue aplicada fueron desproporcionados al fin que se perseguía, ya que existían otros medios menos gravosos que podían garantizar el cumplimiento de las penas”.⁴⁸

Similares consideraciones llevaron a la Corte IDH a declarar la violación del artículo 22, incisos 2 y 3 en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Al señor Liakat se le impidió la salida del país mientras se adelantaba un proceso penal en su contra. La Corte IDH determinó que las normas invocadas como fundamento de la restricción se referían de manera general a las competencias del procurador que adelantaba el proceso penal, pero no especificaban de manera clara los supuestos que justificaban la imposición de la medida. La Corte IDH señaló, además, que tampoco existía una normativa que regulara el

45 El Comité DHONU ha identificado algunas de las normas y prácticas que obstaculizan el libre ejercicio del derecho a salir del país, entre las que figuran: “la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país”. Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 17.

46 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párrs. 126-128.

47 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párrs. 129 y 131.

48 *Ibidem*, párr. 133.

procedimiento para imponer la restricción y para que la víctima pudiera impugnarla.⁴⁹ En este caso, la Corte IDH no analizó la necesidad o proporcionalidad de la medida, pues la ausencia de legalidad fue suficiente para declarar la violación del derecho.

2.3. El derecho a buscar y recibir asilo

Un tercer componente del derecho a la libertad de circulación y residencia es el derecho a buscar y recibir asilo, el cual se encuentra consagrado en el inciso 7 del artículo 22.

Este derecho ha sido una de las contribuciones más importantes del derecho latinoamericano al derecho internacional, pues fue una figura que se desarrolló esencialmente en nuestra región y que ha recibido ulteriormente aceptación universal.⁵⁰ La práctica del asilo diplomático en los países de la región alcanzó su concreción durante el siglo XX en varios instrumentos interamericanos, a saber, la Convención de La Habana de 1928, la de Montevideo de 1933 y la de Caracas de 1954. En todas estas se hace referencia al asilo de los perseguidos por razones políticas, aunque más como una potestad del Estado que como un derecho de la persona perseguida.⁵¹ Así, en la Convención de la Habana se definen las condiciones bajo las cuales es lícita la concesión del asilo por parte de un Estado. Y en la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, que es el instrumento más detallado al respecto, se establece que “[t]odo Estado tiene derecho, de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente” (art. 1), que “[t]odo Estado tiene derecho a conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega” (art. 2) y que “[n]ingún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos” (art. 3).

El reconocimiento expreso del asilo como un derecho de las personas data de 1948, con la aprobación de la DADDH,⁵² y de la DUDH.⁵³ De conformidad con estos instrumentos y con la CADH, el derecho a buscar y recibir asilo es un derecho que se predica de toda persona que se encuentre perseguida, salvo cuando la persecución sea motivada por la comisión de delitos comunes. Sin embargo, la estipulación de la CADH es aún más restringida que la de las dos declaraciones, en tanto establece que el derecho opera en casos “de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos”, mientras que en el texto de las dos declaraciones no hay una mención expresa a los delitos políticos y la alusión a los delitos comunes se realiza para fijar un límite al derecho de asilo, pero no como elemento definitorio de su alcance. Por esta razón, la CIDH ha advertido que “la C[ADH] reconoce en su artículo 22 un derecho de asilo más limitado que el de la D[ADDH]” ya que “[e]l mismo se limita al derecho de asilo a personas perseguidas ‘por delitos políticos o delitos comunes conexos’, con lo que excluye a una amplia categoría de personas que abandonan sus países por situaciones de violencia y otras formas de persecución”.⁵⁴

Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho a buscar y recibir asilo cobija únicamente a quienes estén siendo perseguidos por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos. De conformidad con las normas de interpretación de la CADH, establecidas en el artículo 29 de la misma, “[n]inguna disposición [...] puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto

49 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. EPFRC. 2014, párr. 135.

50 Ver Yepes, J. M. “El derecho de asilo. Síntesis histórica, política y filosófica”, en *Universitas*, n.º 15, Bogotá, 1958. Asimismo, ver Yepes de Uprimny, I. *Jesús María Yepes y el Derecho Internacional Americano*. Temis, Bogotá, 1980, Capítulo V, pp. 67 y ss; Cançado, A. “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, en Cançado, A. y Martínez, A. *Doctrina latinoamericana de derecho internacional*. T. I, Corte IDH, San José, 2003, p. 47.

51 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 599.

52 El artículo XXVII señala lo siguiente: “[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

53 El artículo 14. 1. señala lo siguiente: “[e]n caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

54 CIDH. *Informe anual 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 de febrero de 1994.

que puedan producir la D[ADDH] y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. En este sentido, considerando que la DADDH reconoce en su artículo XXVII el derecho de asilo “en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común”, *debe entenderse que el derecho abarca en sentido amplio a los perseguidos y no solo a los que tienen la calidad de delincuentes políticos*. Un argumento *a fortiori* refuerza esta interpretación. En efecto, si la CADH reconoce el derecho de asilo a quien ha cometido un delito político, con mayor razón ampara a quien no habiendo incurrido en un delito de esta naturaleza, sea perseguido en razón de sus opiniones o de su actividad política. Piénsese por ejemplo en el caso de un periodista crítico del régimen político de su país que es acusado de cometer el delito de injuria. Este delito no encaja propiamente dentro de la noción de delito político,⁵⁵ pero si la persecución penal por un delito común tiene sustento en razones políticas, el derecho a buscar y recibir asilo también opera en este caso.

Ahora bien, los Estados tienen cierto grado de discrecionalidad en la definición de los casos de procedencia del asilo para los perseguidos políticos. De hecho, la Convención sobre asilo político adoptada en Montevideo en 1933 determina que “[l]a calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo” (art. 2). Sin embargo, la discrecionalidad de los Estados no es ilimitada. La principal restricción se deriva de la negación del derecho de asilo a quienes están perseguidos por delitos contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y conductas constitutivas de terrorismo. Así lo dispone la Declaración sobre asilo territorial,⁵⁶ según la cual “no podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de este, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos” (art.1, num. 2). Igualmente, la Convención Interamericana contra el Terrorismo,⁵⁷ dispone que “[c]ada Estado parte adoptará las medidas que corresponda, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho interno e internacional, a fin de asegurar que el asilo no

55 En los instrumentos internacionales no existe una definición de delito político, la cual encuentra su mayor desarrollo en la doctrina del derecho penal. A grandes rasgos, es posible identificar dos teorías acerca del contenido y alcance del delito político. La primera es la teoría subjetiva según la cual lo que distingue a un delito político de un delito común es el fin perseguido por el delincuente. Según uno de los mayores exponentes de esta teoría, “[s]i es un fin altruista de mejora colectiva, el delito será político-social; será común si el delincuente obró por motivos egoístas de personal provecho”, Ferri, E. *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1925, p. 78. En esta obra, el autor también señala que un mismo delito podrá ser político o común de acuerdo con el móvil de quien lo cometa. La segunda es la teoría objetiva que caracteriza una conducta como delito político en virtud del bien jurídico atacado, con independencia del móvil del autor. De acuerdo con uno de sus representantes, “para que un delito pueda incluirse dentro del cuadro de las infracciones políticas es condición precisa que esté caracterizado por un ataque dirigido contra uno cualquiera de los elementos integrantes de la organización política del país, o contra cualquiera de las actividades de sus poderes políticos”. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en su *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, al referirse a la noción de delito político se acerca a la teoría subjetiva, pero la cualifica con un elemento relativo a la proporcionalidad de los medios empleados: “[p]ara determinar si un delito es ‘común’ o, por el contrario, ‘político’, debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto político invocados. Además, el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1992, párr. 152. [En adelante Oficina del ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*]. Cabe destacar que en un fallo de 1949 sobre la disputa entre Colombia y Perú en relación con la concesión de asilo por parte del primero a un ciudadano peruano acusado de instigar y dirigir una rebelión militar, la Corte Internacional de Justicia señaló que este delito no era de derecho común y, por esta razón, rechazó la petición de Perú de declarar que el asilado no era perseguido por delitos políticos. Cfr: CIJ. *Colombian-Peruvian asylum case. Sentencia del 20 de noviembre de 1950: ICJ Rep.* 1950, p. 266.

56 Asamblea General de la ONU. Resolución 2312 (XXII). *Declaración sobre asilo territorial*, adoptada el 14 de diciembre de 1967.

57 OEA. Convención Interamericana contra el Terrorismo, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), aprobada en la primera sesión plenaria, 3 de junio de 2002.

se otorgue a las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para considerar que han cometido un delito establecido en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención” (art. 13). Los instrumentos internacionales a los que alude el artículo son los que reprimen conductas asociadas al terrorismo y que han sido ratificados por los Estados.⁵⁸

Sin embargo, aunque de las disposiciones citadas se derivan compromisos para los Estados tendientes a enfrentar el terrorismo, es preciso resaltar que estas “no pueden interpretarse o aplicarse de una manera incongruente con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos”.⁵⁹ Es una realidad innegable que la lucha global contra el terrorismo constituye una fuente de vulneraciones a los derechos humanos que opera especialmente a partir de una suspensión selectiva de las garantías fundamentales en contra de quienes se consideran como sospechosos de terrorismo. En relación con el tema que nos ocupa, la CIDH ha constatado que:

Los inmigrantes, los que buscan asilo y otros extranjeros son especialmente vulnerables a la discriminación en situaciones de emergencia resultantes de la violencia terrorista. Este es particularmente el caso cuando se considera que la violencia terrorista emana de fuentes extranjeras y en que, en consecuencia, se puede percibir que el asilo y otras medidas de protección de los no nacionales ofrecen un refugio para terroristas.⁶⁰

Si bien los Estados que han ratificado los convenios mencionados tienen la obligación de no conceder asilo a las personas perseguidas por conductas constitutivas de terrorismo, por otro lado también tienen la obligación de ofrecer las garantías necesarias a quienes han sido tildados como terroristas y buscan asilo. Al respecto, la CIDH ha indicado que:

[l]as medidas encaminadas a la detención automática de las personas que buscan asilo no están, por lo tanto, permitidas por las protecciones internacionales de los refugiados. También pueden considerarse arbitrarias y, de acuerdo con las características de las personas afectadas por algunas de estas restricciones, como posiblemente discriminatorias de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.⁶¹

[...]

[d]ada la gravedad de las posibles consecuencias de la exclusión del status de refugiado, toda determinación que señale que una persona queda comprendida en una de esas categorías, debe ser efectuada mediante procedimientos imparciales y adecuados.⁶²

58 Entre los instrumentos internacionales se encuentran: “a. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973. d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979. e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980. f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. i. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999”. OEA. Convención Interamericana contra el Terrorismo, *op. cit.*

59 CIDH. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, párr. 375.

60 *Ibidem*, párr. 411.

61 *Ibidem*, párr. 380.

62 *Ibidem*, párr. 391.

De acuerdo con esto, incluso cuando existe la sospecha de que quien busca asilo puede constituir una amenaza para la seguridad por su presunta implicación en actividades terroristas, los Estados tienen la obligación de ofrecer todas las garantías que implica el derecho a buscar asilo.

Ahora bien, en lo que respecta al contenido del derecho de asilo es importante destacar que la figura del asilo tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de una potestad de los Estados, tal como se desprende de las Convenciones de la Habana, Montevideo y Caracas. Por otro lado, se trata de un derecho de toda persona perseguida por razones distintas a la comisión de un delito común. En virtud de estas dos dimensiones, resulta que el derecho a buscar y recibir asilo no comporta una obligación correlativa de los Estados de concederlo a quien lo requiera. La CIDH, al referirse al derecho de asilo reconocido en el artículo XXVII de la DADDH, ha indicado que este “*no implica garantía alguna de que este será otorgado*”,⁶³ conclusión que se puede predicar también del inciso 2 del artículo 22 que consagra este derecho en términos muy similares a la DADDH. Igualmente, tanto la DADDH como la CADH establecen que “toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero [...] de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. Según la CIDH, esta disposición contiene dos criterios que son acumulativos y que deben, por tanto, ser satisfechos para que surja el derecho de asilo. El primero es que el derecho debe estar de acuerdo con la legislación de cada Estado y el segundo es que debe estarlo con los convenios internacionales.⁶⁴ La CIDH ha concluido que “[l]a naturaleza acumulativa de los dos criterios expresados en el artículo XXVII resulta en que, si el derecho se establece en la legislación internacional, pero no se constituye en la legislación nacional, no es un derecho reconocido por el artículo XXVII de la Declaración”.⁶⁵

Sin embargo, el hecho de que los Estados no estén obligados a otorgar el asilo no significa que carezcan de obligaciones en relación con este derecho. La principal obligación a este respecto es propiciar un marco procesal adecuado para el trámite de las solicitudes de asilo. De acuerdo con la CIDH, “[e]l derecho de buscar asilo necesariamente requiere que los solicitantes de asilo tengan la oportunidad de presentar su solicitud eficazmente ante una instancia plenamente competente para tomar decisiones”.⁶⁶ La CIDH ha recomendado que esta instancia esté constituida por “quienes están mejor capacitados para formular las determinaciones de la elegibilidad”,⁶⁷ que a su juicio serían “los encargados de interpretar y aplicar la legislación y la política sobre refugiados”.⁶⁸ Adicionalmente, un marco procesal adecuado debe contemplar la posibilidad de revisión de la decisión sobre la concesión del asilo. Al respecto, la CIDH ha indicado que:

En los casos en que los hechos de la situación de un individuo están en disputa, el marco procesal efectivo debe contemplar su revisión. En vista de que hasta la más idónea de las autoridades encargadas de la toma de decisiones puede errar al emitir un fallo y dado el riesgo potencial para la vida que podría derivarse de un error de esta índole, una apelación en méritos del caso de una determinación negativa constituye un elemento necesario de la protección internacional.⁶⁹

La CIDH ha señalado además que esta revisión “requeriría del establecimiento de una autoridad independiente designada para la toma de decisiones, con acceso a conocimientos especializados y medios para tomar decisiones fundamentadas”.⁷⁰ Tomando en consideración estos criterios, en su

63 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 60. (Énfasis agregado)

64 Cfr. CIDH. Informe n.º 51/96, *Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos*, caso 10.675, 13 de marzo de 1997, párr. 151.

65 *Ibidem*, párr. 153.

66 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, *op. cit.*, párr. 68.

67 *Idem*.

68 *Idem*.

69 *Ibidem*, párr. 109.

70 *Ibidem*, párr. 112.

informe sobre el caso del *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, la CIDH declaró que el gobierno estadounidense había violado el derecho a buscar y recibir asilo consagrado en el artículo XXVII de la DADDH, al haber interceptado en el mar y devuelto a su país de origen a los haitianos que masivamente estaban huyendo para buscar refugio en el exterior. La CIDH determinó que aunque este acto estaba de acuerdo con la legislación estadounidense, la cual admitía el derecho a buscar asilo a los que hubiesen logrado llegar a sus costas y establecía que los haitianos que buscaran asilo en los Estados Unidos deberían hacerlo a través de su embajada en Puerto Príncipe, constituía una violación del derecho en cuestión. Según la CIDH, el gobierno de los Estados Unidos no realizó un examen adecuado de la situación de los haitianos que interceptó en el mar, ni les concedió una entrevista para determinar si reun[ían] los requisitos de ‘refugiados’⁷¹; y además con la interceptación en el mar impidió que los haitianos buscaran asilo en otros países.

Es importante advertir que la CIDH ha entendido que la alusión a los convenios internacionales, contenida tanto en la DADDH como en la CADH, remite a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y al Protocolo de 1967.⁷² De este modo, la CIDH ha interpretado el derecho a pedir asilo a la luz de las protecciones establecidas en estos instrumentos en materia del derecho de los refugiados. De hecho, como lo explicaremos en el siguiente apartado, en la decisión en el caso de Haití sobre la concesión de asilo, jugó un papel determinante el principio de no devolución, propio del derecho de los refugiados. Esta situación permite advertir cómo el derecho de asilo se ha visto en cierta forma ‘absorbido’ por el llamado derecho de los refugiados, que se ha desarrollado ampliamente a nivel internacional precisamente a partir de la Convención de 1951. Así, aunque en sentido estricto es posible establecer distinciones entre un asilado –que es un concepto más estrictamente ligado a persecuciones políticas– y un refugiado –que admite una visión más amplia de la idea de persecución–, en la práctica contemporánea los dos conceptos han tendido a asimilarse.

2.4. Garantías frente a la expulsión

El último componente del derecho a la libertad de circulación y residencia está constituido por una serie de garantías frente a la expulsión del territorio de un Estado. Tales garantías están consagradas en los incisos 5, 6, 8 y 9 del artículo 22, que se refieren, respectivamente, a la prohibición de expulsión de los nacionales de su propio Estado, a las condiciones para la expulsión de un extranjero que se halle legalmente dentro de un Estado, al principio de no devolución propio del derecho de los refugiados y a la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.

2.4.1. La prohibición de expulsión de los nacionales y el derecho a ingresar al propio país

El inciso 5 del artículo 22 establece que “[n]adie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”. En primer lugar, esta garantía consagra una prohibición absoluta de expulsar a los nacionales de su propio Estado. La garantía no contempla limitaciones de ningún tipo en tanto abarca a todo nacional y no admite caso alguno en el que se pueda justificar la expulsión. En palabras de la CIDH, “[s]i hay un derecho que, en principio, es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, de tal modo incorporado al ser humano que la doctrina lo llama ‘atributo de la personalidad’”.⁷³ En segundo lugar, el inciso 5 del artículo 22 establece que nadie puede ser privado del derecho a ingresar al territorio del Estado del cual es nacional, el cual incluye tanto el derecho a regresar al país después de haber salido de él, como el de ingresar por primera vez cuando se ha nacido por fuera de él.⁷⁴

71 CIDH. Informe n.º 51/96, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, caso 10.675, 13 de marzo de 1997, párr. 163.

72 *Ibidem*, párr. 155.

73 CIDH. Resolución n.º 11/85, Caso 9269, Chile, 5 de marzo de 1985, capítulo VI, párr. 5.

74 Al respecto, ver Comité DHONU. Observación General n.º 27, *op. cit.*, párr. 19. El Comité DHONU en el párrafo 20 de esta observación hace una distinción sutil y señala que conforme al lenguaje del PIDCP, que en este aspecto es diverso a la CADH, ese derecho no es exclusivo de los nacionales, pues el artículo 12 habla de que nadie puede

En la mayoría de los pronunciamientos sobre expulsión de nacionales en el SIDH, la CIDH evaluó la situación a la luz de la DADDH y no de la CADH –pues los Estados acusados no habían ratificado el segundo instrumento–. Se trata, principalmente, de las resoluciones adoptadas por la CIDH a mediados de la década de los ochenta en relación con las expulsiones de nacionales por parte de los Estados de Paraguay y Chile, motivadas por razones políticas. En el caso de Chile, la propia Constitución contenía una disposición transitoria que facultaba al presidente para que, en vigencia del estado de emergencia, expulsara del país a los activistas comunistas y “a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyen un peligro para la paz interior”.⁷⁵ En todos estos casos, y pese a que la DADDH no contiene una prohibición tan tajante como la incluida en el artículo 22 en relación con la expulsión de nacionales,⁷⁶ la CIDH declaró, sin excepción, que los Estados en cuestión habían violado el derecho de circulación y residencia. Por su parte, en el caso *Serrano Sáenz vs. Ecuador*, la CIDH evaluó a la luz de la CADH la situación de un ecuatoriano que fue deportado a los Estados Unidos en virtud de una orden de arresto por un delito de homicidio cometido en este último país. El ciudadano ecuatoriano había vivido en los Estados Unidos y había adquirido la nacionalidad estadounidense por naturalización, pero regresó a su país de origen y fijó en este su residencia. La CIDH advirtió que las autoridades ecuatorianas “no podían deportar a un ecuatoriano”,⁷⁷ en tanto el derecho a permanecer en el territorio del que se es nacional y no ser deportado es un “derecho elemental inherente a la nacionalidad”.⁷⁸ En virtud de esto, sumado a la arbitrariedad con la cual se llevó a cabo el procedimiento de deportación en el que ni siquiera se aplicaron las normas sobre extradición de extranjeros, la CIDH determinó que el Estado de Ecuador violó el derecho de circulación y residencia. De este modo, no queda duda que *la prohibición de expulsión de nacionales no admite excepciones*.

Sin embargo, en este punto es necesario distinguir entre la expulsión de nacionales y su extradición. Esta última es una figura que permite la colaboración entre países en la lucha contra el crimen y que, si se somete a un procedimiento que respete las garantías procesales del nacional cuya extradición se pretende, no constituye un desconocimiento de la prohibición de expulsión de nacionales. De hecho, tal como lo ha advertido la Corte IDH, tratándose de las violaciones de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de “adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”.⁷⁹ En este sentido, la Corte IDH ha valorado positivamente los esfuerzos realizados por los Estados para extraditar a presuntos responsables de tales violaciones.⁸⁰

De otro lado, aunque la definición acerca de quién tiene la calidad de nacional hace parte de la discrecionalidad de los Estados, estos no pueden aplicar arbitrariamente sus propias disposiciones para eludir la prohibición absoluta de expulsión de nacionales. En particular, la Corte IDH ha determinado que un límite a la facultad estatal de decidir quiénes son nacionales es el derecho a la igual protección

ser privado del derecho a entrar a su “propio país”, que sería un concepto más amplio. En efecto, según el Comité DHONU, puede haber personas no nacionales pero que tengan vínculos tan estrechos con un determinado país, que pueda entenderse que dicho país es su país y, por ende, no pueda restringirse su entrada al mismo.

75 CIDH. Resolución n.º 24/82, Exiliados, Chile, 8 de marzo de 1982; CIDH. Resolución n.º 3/84, caso 4563, Paraguay, 17 de mayo de 1984; CIDH. Resolución n.º 4/84, caso 7848, Paraguay, 17 de mayo de 1984; CIDH. Resolución n.º 5/84, caso 8027, Paraguay, 17 de mayo de 1984; CIDH. Resolución n.º 11/85, caso 9269, Chile, 5 de marzo de 1985.

76 La DADDH establece en su artículo VIII lo siguiente: “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”. La garantía frente a la expulsión deriva en este instrumento del derecho a no abandonar, sino por la propia voluntad, el territorio del Estado del cual se es nacional. Si se compara esta formulación con la prohibición absoluta contenida en el inciso 5 del artículo 22 de la CADH, se puede advertir con claridad que esta última es mucho más contundente que la primera.

77 DADDH, artículo VIII, *op. cit.*

78 CIDH. Informe n.º 84/09, *Caso Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Ecuador*, Caso 12.525. Fondo, 6 de agosto de 2009, párr. 67.

79 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 180.

80 *Ibidem*, párr. 159. En este caso la Corte IDH reconoció los esfuerzos realizados por el Estado peruano para lograr la extradición del expresidente Alberto Fujimori, primero desde Japón y luego desde Chile.

de la ley.⁸¹ Tanto la Corte IDH como la CIDH han advertido esta limitación al pronunciarse sobre la expulsión de personas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana. En su informe anual de 1991, la CIDH indicó que el Estado dominicano había violado el inciso 5 del artículo 22 con ocasión de la expulsión masiva de personas de ascendencia haitiana que habían nacido en República Dominicana. En esa oportunidad, el Estado alegó que los expulsados no eran nacionales, pues a pesar de que habían nacido en el territorio dominicano, eran hijos de extranjeros ilegales. Al respecto, la CIDH constató que las excepciones al *ius soli* previstas en la Constitución de República Dominicana únicamente se referían a “a los hijos legítimos de extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén en tránsito en él” y advirtió que los expulsados no encajaban en ninguna de estas hipótesis pues se trataba de hijos de haitianos que no estaban de tránsito en el país.⁸² Así, a pesar de que el Estado dominicano pretendió justificar las expulsiones a partir de una tergiversación de sus propias disposiciones sobre la nacionalidad, resultaba claro que los expulsados eran nacionales y que, por tal razón, el Estado había violado la prohibición absoluta de expulsarlos.

En el año 2014, la Corte IDH se refirió nuevamente a esta problemática al pronunciarse sobre un caso de expulsión de varias familias compuestas por migrantes irregulares haitianos y sus hijos, muchos de ellos nacidos en República Dominicana.⁸³ En esta ocasión, sin embargo, el marco normativo era distinto en relación con el que estaba vigente cuando la CIDH produjo su informe. El 26 de enero de 2010 se introdujo una reforma constitucional que añadió como una tercera excepción a la adquisición de nacionalidad por *ius soli* el ser hijo de extranjero que resida ilegalmente en el territorio dominicano. Posteriormente, el Tribunal Constitucional de República Dominicana, en la sentencia TC/0168/13 relativa a una persona nacida en 1984 en República Dominicana de padres haitianos, determinó que la excepción constitucional al *ius soli* existente con anterioridad a la reforma constitucional de 2010, aplicaba a los hijos de extranjeros que carecían de permiso de residencia legal o que habían entrado ilegalmente al país. El Tribunal otorgó además efectos generales a su sentencia, al disponer que se efectuara una auditoría minuciosa al registro civil para hacer una lista de los extranjeros que habían sido inscritos en los libros-registros de nacimientos del Registro Civil de República Dominicana.

La Corte IDH determinó que “la irregularidad migratoria de los padres extranjeros como un motivo de excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius soli* resulta discriminatoria y por lo tanto vulnera el artículo 24 convencional”,⁸⁴ ya que la medida fue adoptada en un contexto de discriminación a la población dominicana de ascendencia haitiana, y además afectaba desproporcionadamente a esta población.⁸⁵ Con base en esta consideración, la Corte IDH determinó que la expulsión de personas dominicanas de ascendencia haitiana que no contaban con documentación oficial o a las cuales no se les dio siquiera la oportunidad de exhibir sus documentos de identidad,⁸⁶ violó el artículo 22 inciso 5 de la CADH. Preciso además que en estos casos se privó a las personas de ingresar legalmente al país del cual son nacionales, también en violación de la misma disposición.

Además de determinar medidas de reparación para las familias a las que les fueron conculcados sus derechos, la Corte IDH dispuso, como garantía de no repetición, que el Estado debía adoptar las medidas legislativas, y si fuera necesario, constitucionales, para “asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su

81 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 214 y 318.

82 CIDH. *Informe anual 1991*, op. cit.

83 En la siguiente sección sobre los límites a las expulsiones colectivas nos referiremos con mayor detalle a la manera como estas ocurrieron. En esta sección nos ocuparemos únicamente de los aspectos relativos a la expulsión de nacionales.

84 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 469.

85 *Ibidem*, párr. 318.

86 Por ejemplo, una de las personas expulsadas fue conducida desde su lugar de trabajo a un bus que lo llevó a territorio haitiano, sin darle la oportunidad de exhibir su cédula de identidad dominicana, la cual dijo tener en su vivienda. Como consecuencia de esto, la persona expulsada tuvo que ingresar posteriormente a su país de manera ilegal. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 220 y ss.

ascendencia u origen y de la situación migratoria de los padres”.⁸⁷ La decisión de la Corte IDH de instar al Estado a adoptar incluso reformas constitucionales es una evidencia clara de los límites que el marco internacional de derechos humanos impone a la soberanía estatal. Si bien en un principio la CIDH se basó en las propias normas constitucionales del Estado dominicano para determinar la violación de la garantía de no expulsión de los nacionales, la decisión de la Corte IDH negó la conformidad de la reforma constitucional del 2010 con la CADH. La discrecionalidad de los Estados para definir quiénes son sus nacionales es todavía amplia, pero la garantía de igualdad y no discriminación, especialmente en contextos de migraciones masivas y de crecientes sentimientos xenófobos que conducen a la discriminación sistemática de migrantes, particularmente de aquellos que se encuentran en una situación irregular, constituye una importante limitación a la soberanía estatal.

2.4.2. Límites a la expulsión de los extranjeros

Finalmente, el derecho a la libertad de circulación y residencia comporta una serie de garantías en relación con la expulsión de extranjeros del territorio de un Estado. Un primer límite a la expulsión de extranjeros se encuentra consagrado en el inciso 6 del artículo 22, el cual dispone que “[e]l extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. La adopción de la decisión de expulsión conforme a la ley implica que, para que sea válida, esta debe respetar un “mínimo de debido proceso”,⁸⁸ a fin de impedir las expulsiones discriminatorias o arbitrarias.⁸⁹ No se trata pues de un mero requisito formal que se agota con la simple existencia de una ley que autorice la expulsión, sino que es preciso que la regulación contemple unas garantías procesales mínimas y, en general, que sus disposiciones sean compatibles con la CADH. Según la CIDH, estas garantías deben incluir:

el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formul[en], y en consecuencia para defenderse ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.⁹⁰

De conformidad con lo anterior, en el caso *Loren Laroye Riebe y otros*, la CIDH determinó que México había violado el inciso 6 del artículo 22 por haber expulsado a tres sacerdotes extranjeros que según el Gobierno estaban realizando proselitismo a favor del EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) e incitando a los campesinos e indígenas de la región de Chiapas a ejecutar actos en contra de las autoridades y los particulares. En este caso, la CIDH constató que ninguna de las garantías señaladas se cumplió, pues el procedimiento administrativo que condujo a la expulsión “se limitó al trámite cumplido en espacio de unas horas en el aeropuerto de Ciudad de México”.⁹¹

Siguiendo el anterior criterio, la CIDH determinó que el Estado de Haití había violado el artículo 22 de la CADH, al expulsar del país a un ciudadano estadounidense a quien “no se le dio audiencia ni administrativa ni judicial a fin de que pudiera defenderse de los cargos que motivaban su expulsión por el Gobierno”,⁹² y quien además fue expulsado por razones políticas.⁹³

Aunque la garantía consagrada en el inciso 6 del artículo 22 se refiere a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, esto no significa que quienes hayan ingresado al país ilegalmente o permanezcan en él más allá del tiempo permitido no gocen de ningún tipo de

87 *Ibidem*, párr. 469.

88 O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 591.

89 Comité DHONU. Observación General n.º 15, *op. cit.*, párr. 10.

90 CIDH. Informe n.º 49/99, *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*, Caso 11.610, 13 de abril de 1999, párr. 71.

91 *Ibidem*, párr. 59.

92 CIDH. Resolución n.º 20/88, caso 9855, Haití, 24 de marzo de 1988, párr. 10.

93 *Ibidem*, párr. 11.

garantía frente a la expulsión. Al respecto, la Corte IDH ha indicado que los migrantes indocumentados o irregulares se encuentran en una situación de vulnerabilidad, pues están más expuestos a violaciones a sus derechos.⁹⁴ Considerando esta situación, la Corte IDH ha interpretado que, al adoptar medidas que afecten a esta población, los Estados deben respetar sus derechos humanos sin discriminación,⁹⁵ lo cual implica el apego estricto a las mínimas garantías procesales ya mencionadas.⁹⁶

La Corte IDH precisó estas garantías en el caso de la familia *Pacheco Tineo vs. Bolivia* relativo a la expulsión de una familia peruana que ingresó a Bolivia de manera irregular, y que buscaba el reconocimiento del estatuto de refugiados. En esta oportunidad, la Corte IDH indicó que las garantías mínimas que deben gobernar los procesos de expulsión coinciden de manera sustancial con las garantías judiciales en procesos penales establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH. En concreto, los extranjeros sometidos a un procedimiento tendiente a su expulsión o deportación están protegidos por las siguientes garantías:

- i) ser informados expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:
 - a. la posibilidad de exponer las razones que los asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra;
 - b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;
- ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y
- iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.⁹⁷

Tratándose de procesos de expulsión en los que hay niños y niñas involucrados, el proceso migratorio debe ajustarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.⁹⁸ Existen, además, unas garantías adicionales en aras de proteger el interés superior de los menores. Siguiendo lo establecido en la opinión consultiva sobre *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte IDH ha especificado que en los procesos de expulsión se debe procurar mantener la unidad familiar en la mayor medida posible, y que toda decisión que implique la separación de los menores de sus familias debe tener en cuenta las particularidades del caso

94 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 112. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 98. La Asamblea General de la ONU también se ha referido a esta condición de los migrantes irregulares: “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”. Asamblea General de la ONU. Resolución A/RES/54/166. *Protección de los migrantes*, 24 de febrero de 2000, Preámbulo, párr. quinto.

95 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 100.

96 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 119. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 100.

97 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 133. Las garantías mínimas también han sido incluidas en el proyecto de artículos sobre la protección de derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de expulsión elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. De acuerdo con este proyecto, las garantías incluyen: “a) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; b) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión; c) derecho a recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir la decisión de expulsión; d) derecho a ser oído por una autoridad competente; e) a estar representado ante dicha autoridad competente; f) derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete, y g) asistencia consular”. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 355.

98 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 114.

concreto,⁹⁹ y debe satisfacer los parámetros del test de proporcionalidad. En este sentido, la decisión de separación de la familia en razón de la situación migratoria de los padres debe obedecer a un fin legítimo, ser idónea, necesaria y proporcionada.

Directamente ligada a esa interdicción de procedimientos arbitrarios, el inciso 9 del artículo 22 establece un segundo límite al prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, *la cual opera con independencia del estatus migratorio de estos*. Según el Comité DHONU, la proscripción de la arbitrariedad de las expulsiones “no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas”,¹⁰⁰ en la medida en que en este tipo de casos es claro que no existe una evaluación de la condición particular de cada extranjero. Al respecto, la CIDH ha destacado que “una expulsión se torna colectiva cuando la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso”.¹⁰¹ En este sentido, el carácter colectivo de la expulsión no se determina en función de la cantidad de personas expulsadas, *sino de la ausencia de un procedimiento que tenga en consideración la situación particular de cada extranjero*.¹⁰² Para este tipo de casos la expulsión se da por el hecho de pertenecer a un grupo, no operan las garantías procesales mínimas que evitan la arbitrariedad, y por el contrario cabe presumir la existencia de un trato discriminatorio.

En el ámbito regional, un ejemplo de estas expulsiones colectivas proscritas por el artículo 22 es precisamente el de la expulsión de dominicanos de ascendencia haitiana y haitianos residentes en República Dominicana, sobre la cual los órganos del SIDH se han pronunciado en distintas ocasiones. En su informe anual de 1991, la CIDH se refirió a un decreto presidencial que ordenó la repatriación de extranjeros menores de 16 años de edad y mayores de 60 años de edad que hubieran ingresado a la República Dominicana para trabajar en la industria azucarera. La CIDH determinó que la aplicación de este decreto “impuso una expulsión colectiva”, pues el mismo desató “una persecución indiscriminada contra los haitianos y sus descendientes, nacidos o no en República Dominicana, para sacarlos del país”.¹⁰³ En efecto, la CIDH constató que la primera etapa del procedimiento de repatriación consistía en una redada dirigida solo a personas que parecían ser haitianas en razones de sus características físicas. Aquellos que carecían de documentos que acreditaran su nacionalidad dominicana eran expulsados sin contar con ninguna posibilidad de defensa.¹⁰⁴ La CIDH determinó que estos hechos comportaban una violación del derecho a la libertad de circulación y residencia, en la medida en que se produjo una expulsión colectiva de haitianos que comportaba en sí misma un procedimiento arbitrario proscrito por el inciso 9 del artículo 22. Más de veinte años después, la Corte IDH se pronunció nuevamente sobre las expulsiones de los haitianos de República Dominicana. En el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte IDH determinó que la expulsión de una familia detenida y conducida en un bus hasta la frontera constituyó una expulsión colectiva contraria a la CADH. Como sustento de esta determinación, la Corte IDH adujo las condiciones de su detención y traslado a la frontera en compañía de otras personas que al parecer estaban en la misma situación, el corto tiempo en que la expulsión se llevó a cabo (48 horas), y el hecho de que el Estado no aportó prueba de la existencia de un proceso migratorio en el que se hubiera evaluado la situación migratoria de cada persona.¹⁰⁵

99 De acuerdo con la Corte IDH, este análisis incluye la consideración de los siguientes factores: “a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger”. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 357.

100 Comité DHONU. Observación General n.º 15, *op. cit.*, párr. 10.

101 CIDH. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, *op. cit.*, párr. 404. Cfr: CIDH. *Informe anual 1991*, *op. cit.*

102 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 361.

103 CIDH. *Informe anual 1991*, *op. cit.*

104 *Idem*.

105 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 382-384.

Finalmente, el inciso 8 del artículo 22 consagra un tercer límite a la expulsión de extranjeros al disponer que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. Se trata del llamado principio de “no devolución”, usualmente conocido por su expresión francesa de *non refoulement*, el cual se encuentra previsto en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados,¹⁰⁶ y en las convenciones contra la tortura, tanto de Naciones Unidas como del SIDH.¹⁰⁷ Este principio prohíbe expulsar incluso a los extranjeros en situación irregular, si la devolución se hace a un país en donde corre riesgo su vida, su libertad personal debido a su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas, o si existen fundamentos para creer que pueden ser sometidos a tortura.¹⁰⁸ La CIDH ha resaltado que la obligación de no devolución “es absoluta y no depende de la condición del reclamante como refugiado”.¹⁰⁹ Del mismo modo, el Comité contra la Tortura de la ONU ha indicado que esta obligación opera incluso frente a aquellas personas que pudieron haber cometido delitos en el pasado. Así por ejemplo, en el caso *Cecilia Rossana Núñez Chipana vs. Venezuela*, el Comité contra la Tortura de la ONU determinó que el Estado venezolano había violado el principio de no devolución pues había extraditado al Perú a la peticionaria, a pesar de que esta había objetado su extradición, por cuanto en ese momento podía ser torturada en ese país debido a que se consideraba que pertenecía al grupo guerrillero Sendero Luminoso.¹¹⁰ La CIDH también ha indicado que el principio “no reconoce limitaciones geográficas”,¹¹¹ y por tanto se aplica también cuando la persona es devuelta de alta mar al territorio del cual huyó, es decir, incluso cuando no ha pisado aún el territorio del Estado al cual pretende llegar para buscar refugio. Así lo interpretó al pronunciarse sobre el alcance del derecho a buscar y recibir asilo en el caso sobre la interceptación de haitianos en alta mar.

El principio de no devolución, en conjunto con el derecho a buscar y recibir asilo que, como ya se indicó, ha sido en buena medida absorbido por el derecho internacional de los refugiados, e interpretado por la Corte IDH a partir de este marco normativo. Las directrices de ACNUR han sido en particular tomadas en cuenta por la Corte IDH al decidir casos que involucran estos derechos. Siguiendo estas directrices, la Corte IDH ha especificado que las personas que solicitan refugio deben tener acceso a un procedimiento para la evaluación de su situación en el que se le garantice el debido proceso. Esta garantía incluye el derecho a contar con asesoría legal y servicio de intérprete si es del caso, así como a recurrir la decisión, la cual debe estar debidamente motivada. El recurso de apelación tiene efectos suspensivos de tal modo que la persona tiene derecho a permanecer en el país hasta que el recurso sea decidido.¹¹² Como puede advertirse, los extranjeros que buscan refugio o asilo tienen garantías procesales más robustas que las de otro tipo de extranjeros que se enfrentan a una posible expulsión.

Teniendo en cuenta las anteriores garantías, en el caso de la *familia Tineo Pacheco vs. Bolivia*, la Corte IDH determinó que el Estado violó tanto el derecho a la no devolución como el derecho a buscar asilo. La familia ingresó irregularmente a Bolivia procedente de Perú, en donde existía una orden

106 El artículo 33 señala lo siguiente: “Prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*). 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

107 El artículo 3 de la CCT. “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”. El artículo 13 de la CIPST señala “[...] [n]o se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente”.

108 Ver la sección ‘4.5. Abstención de expulsar a países en donde exista riesgo de sometimiento a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes’, del comentario al artículo 5 (derecho a la integridad personal) a cargo de Nash.

109 CIDH. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, op. cit.

110 Comité contra la Tortura. *Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana vs. Venezuela*, Comunicación n.º 110/1988.

111 CIDH. Informe n.º 51/96, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de marzo de 1997, párr. 157.

112 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 159.

de captura en su contra por su presunta participación en actividades guerrilleras. La familia ingresó a Bolivia con el objeto de llegar a Chile, en donde planeaba tramitar la solicitud de asilo. Dado que los integrantes de la familia Tineo habían vivido con anterioridad en Bolivia en calidad de refugiados, pero voluntariamente habían decidido regresar al Perú permaneciendo allí por tres años, el Estado boliviano asumió que aquellos habían renunciado a su condición de refugiados, y procedió entonces a deportarlos a Perú. Según la Corte IDH, el Estado boliviano decidió sumariamente su expulsión, sin darles la oportunidad de exponer su situación, presentar pruebas, o controvertir argumentos. La decisión sobre su deportación no fue debidamente notificada ni se concedió la posibilidad de impugnación.¹¹³ En virtud de esto, la Corte IDH declaró la violación tanto del derecho a buscar y recibir asilo, como del principio de no devolución.

113 *Ibidem*, párr. 174.

Artículo 23. Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C n.º 11. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. F. 1991.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n.º 117. En adelante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184. En adelante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C n.º 197. En adelante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. En adelante: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C n.º 233. En adelante: Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C n.º 266. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 268. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C n.º 269. En adelante: Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Comunicado de prensa 49/09, “CIDH condena enérgicamente golpe de Estado en Honduras”, 28 de junio de 2009.

CIDH. *Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 55, 30 de diciembre de 2009.

CIDH. *Observaciones Preliminares de la Comisión IDH sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 3 de junio de 2010.

CIDH. *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 2011.

Resoluciones emitidas por cortes y tribunales nacionales

México

Poder Judicial de la Federación. Tesis P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XV. *Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes*.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-461/2009.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-1154/2010.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organización de las Naciones Unidas

Comité DHONU. Observación General n.º 25, artículo 25. *La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*. 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1996.

Comité CEDAW. Recomendación General n.º 23, 16º período de sesiones, 1997.

Referencias académicas

AGUILAR CAVALLO, G. “Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas”, en Von Bogdandy, A., et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México, IIJ-UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010.

AGUILAR RIVERA, J. A. *Igualdad democrática y medidas afirmativas. ¿Equidad y cuotas?* México, TEPJF, México, 2011.

ARAGÓN CASTRO, L. L. *Alcances y límites de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en los órganos electorales*. TEPJF, México, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, y L. ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011.

CABALLERO OCHOA, J. L. “Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos” en *Comentarios a la Sentencia SUP-JDC-695/2007 del TEPJF*. Número 3 de la serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, TEPJF, México, 2008.

CABALLERO OCHOA, J. L. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos en España y México*. Porrúa, México, 2009.

CÁRDENAS, J. “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IIJ-UNAM, n.º 116, México, 2006.

CARMONA, J. U. “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IIJ – UNAM, t. IX, México, 2009.

COOPER, A., LEGLER, T. “The OAS Democratic Solidarity Paradigm: Questions of Collective and National Leadership” *Latin American Politics and Society*, vol. 43, n.º 1, 2001.

CUÉLLAR, A. y GARCÍA, I. *Equidad de género y representación: la regla de alternancia para candidaturas de representación proporcional*. TEPJF, México, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, E. y SILVA, F. *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa - IIJ-UNAM, México, 2009.

FIX-FIERRO, H. *Los derechos políticos de los mexicanos*. IIJ-UNAM, México, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, en VON BOGDANDY, A., et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*. IIJ-UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, México, 2010.

GARGARELLA, R. “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”. Ponencia, disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf (fecha de último acceso 28 de junio de 2017).

GONZÁLEZ MORALES, F. “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1969-1990)” *Revista IIDH*, n.º 46, julio-diciembre, San José, 2007.

MEZA FLORES, J. *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.

MORALES ANTONIAZZI, M. “¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en VON BOGDANDY, A., et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. IIJ-UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, México, 2010.

NOLI, M. M. “Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 1, n.º 1, 2001.

PELAYO MÖLLER, C. M. y VÁZQUEZ CAMACHO, S. “El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, t. IX, IIJ-UNAM, México, 2009.

SALAZAR, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica-IIJ UNAM, México, 2006.

Contenido

1. Introducción	674
1.1. La primera fase de desarrollo no convencional: la Carta de la OEA y la DADDH	674
1.2. Reconocimiento convencional e interpretación por los órganos interamericanos	678
1.3. Los derechos políticos en otros instrumentos interamericanos	679
2. La jurisprudencia de la Corte IDH sobre el artículo 23 de la CADH	683
2.1. Artículo 23.1.a.: derecho a la participación política (derechos políticos <i>lato sensu</i>)	683
2.2. Artículo 23.1.b.: derecho al voto y derecho a la participación político-electoral en condiciones de igualdad y no discriminación (derechos políticos <i>stricto sensu</i>)	686
2.3. Artículo 23.1.: ejercicio continuo y en condiciones de igualdad de derechos políticos	690
2.4. Artículo 23.1.c.: acceso y permanencia en condiciones de igualdad a los cargos políticos	692
2.5. Las calidades de los sujetos en la protección de los derechos políticos (el margen de apreciación nacional)	692
2.6. Inhabilitaciones y derechos políticos	696
2.7. La vigencia del orden democrático y la garantía de la función jurisdiccional en un Estado constitucional de derecho	697
3. Cuestiones conflictivas de derechos político-electorales sobre las que podría pronunciarse el SIDH	698
3.1. Suspensión de derechos políticos y las personas privadas de la libertad	698
3.2. Derechos políticos, personas en condiciones especiales de protección y acciones afirmativas	700
4. Conclusión	703

1. Introducción

1.1. La primera fase de desarrollo no convencional: la Carta de la OEA y la DADDH

Los derechos político-electorales merecen un especial reconocimiento dentro del SIDH, pues además de la CADH, son abordados de manera especial tanto en la Carta de la OEA como en la DADDH desde la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948. Adicionalmente, los derechos político-electorales, y en general la democracia como forma de gobierno, han merecido una regulación específica a través de un instrumento interamericano, que es la Carta Democrática Interamericana, la cual fue adoptada al inicio del siglo XXI.¹

¹ Aprobada en sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

Los principios democráticos, y con ellos la protección de los derechos político-electorales, fueron una preocupación presente desde la fundación de la OEA. Si bien el momento histórico en el que nace la Carta Americana no fue el más afortunado políticamente en la región, y la aspiración democrática parecía más bien buenos deseos en una América plagada de regímenes autoritarios y de intervenciones extranjeras, el propio preámbulo de la Carta Americana, parecía referirse a la democracia representativa como un anhelo más que como una realidad en los países americanos y como condición indispensable para la estabilidad, paz y el desarrollo en la región. De hecho, en los propósitos de la Carta Democrática, se le otorga un rol a la OEA de promoción y consolidación de la democracia representativa.² Más aún, la Carta de la OEA parece vincular pobreza y democracia, al señalar que la eliminación de la primera es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa.³

Esta vocación democrática de la OEA se ve reforzada en la Carta Democrática a través de una serie de referencias a la cooperación hemisférica en asuntos de promoción de la democracia participativa.⁴ Pero es quizá en el tema de la suspensión de miembros en el que la cuestión de la democracia participativa, y en especial la cláusula democrática, tiene un mayor desarrollo. En principio, la disposición es simple, un Estado miembro de la OEA, cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza, puede ser suspendido de sus derechos de participación en los órganos de la OEA.⁵ Sin embargo, el ejercicio de la suspensión ha sido uno de los aspectos más polémicos de la OEA y que más consecuencias políticas y controversias ha causado. De hecho, en un continente largamente aquejado –en especial durante las décadas de los sesenta y setenta–, por los cuartelazos, golpes de Estado y otras suspensiones *de facto* de la regularidad constitucional, solo dos Estados han sido suspendidos por este medio: Cuba en 1962 y Honduras en 2009.

Los cambios en los sistemas políticos de los Estados miembros de la OEA, y en general un proceso de democratización relativamente reciente, trazan un paralelo con la construcción normativa y jurisprudencial de los derechos político-electorales en el SIDH. Más aún, se puede decir que son a la vez producto y catalizador de dicho proceso.⁶ Debido a esto, y al mandato general de OEA, el SIDH está llamado a interpretar de manera más amplia la participación política dentro del contexto de democratización electoral en América Latina.

Si bien su enfoque hacia los aspectos que podemos denominar democracia formal o representativa, es entendible en función de los recientes procesos de transición democrática, las nacientes exigencias sociales para impulsar estos procesos, pueden verse plasmadas en nuevas peticiones relativas a las formas de democracia participativa. Sin embargo, su concreción en los llamados mecanismos de democracia directa no es igual en todos los Estados americanos. Un pequeño ejercicio comparativo puede dar una buena idea de cómo en los nuevos constitucionalismos latinoamericanos predomina una idea de democracia participativa, frente a los anquilosados sistemas constitucionales que reducen al mínimo la expresión democrática encasillándola reduccionistamente a la democracia representativa electoral.⁷ En

2 Artículo 2.b.

3 Artículo 2.f.

4 Artículo 31 que habla de los principios democráticos que informan la cooperación entre los Estados de la OEA, el artículo 45 que se refiere a la consolidación del régimen democrático y el artículo 95 que subraya el fortalecimiento de la conciencia cívica de los pueblos americanos, como fundamento del ejercicio efectivo de la democracia y la observancia de los derechos y deberes de la persona humana.

5 Artículo 9, se requiere el voto de dos terceras partes de los Estados miembros para suspender a otro miembro.

6 El contexto en el que se desarrollaron los principales instrumentos e instituciones de protección regional de derechos humanos es el de la transición de regímenes autoritarios militares a sistemas de representación electoral. Es decir, si bien la genealogía del SIDH es paralela a los procesos de democratización, el punto de partida son los sistemas autoritarios. Ver González Morales, F. “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1969-1990)” *Revista IIDH*, n.º 46, julio-diciembre, San José, 2007, pp. 123-157. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. Voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 1.

7 Al respecto, ver los debates relacionados con la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*, y las críticas que esta ha recibido en torno a la injerencia que pudo representar en las decisiones adoptadas democráticamente. Gargarella, R. “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”. Ponencia, disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf (fecha de último acceso 28 de junio de 2017)

la región, las nuevas constituciones, como la de Bolivia, no solamente distinguen entre democracia participativa y representativa, sino que añaden la forma democrática comunitaria.⁸ A este amplio abanico de opciones democráticas, se oponen sistemas electorales cerrados como el mexicano, todavía atrapado en el monopolio de lo político por el ámbito estrictamente electoral.⁹

Por lo que respecta a la DADDH, si bien sus considerandos y preámbulo no hacen referencia directa al sistema democrático o a la participación política, el artículo XX se refiere específicamente a este tema:

Artículo XX - derecho de sufragio y de participación en el gobierno. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno del país directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

El esbozo que hace el artículo XX de la DADDH, que junto con la Carta de la OEA, enmarcarían el desarrollo posterior, por vía convencional, que hace el artículo 23 de la CADH. Ya se prevén algunos de los puntos esenciales para el desarrollo de los derechos político-electorales en el sistema interamericano, como: el principio de universalidad de la participación pasiva y activa, si bien sujeta a restricciones legislativas y algunos requisitos de participación formal en los procesos electorales (elecciones por voto secreto, genuinas, periódicas y libres).

Esta primera etapa de desarrollo se caracteriza por la falta de anclaje vinculante, y solamente hay un esbozo en términos muy generales, de los derechos políticos electorales. Asimismo, la DADDH no da luces en el artículo XX sobre las cualidades que se deben tener para acceder al ejercicio de los derechos político-electorales, dejándolas a la discreción de los Estados partes su desarrollo legislativo. El único límite que surge, se basa en una lectura integral de la DADDH y, en concreto, del principio de igualdad ante la ley del artículo 2.¹⁰ Dentro de esta primera referencia a los derechos político-electorales, los Estados partes parecen más interesados en establecer reglas básicas para la conducción de procesos electorales —lo cual al momento de negociación de la DADDH estaba muy lejos de ser cumplidos en los Estados Americanos—, que en realmente garantizar la participación no discriminatoria en las actividades políticas, incluyendo una dimensión extra-electoral. La DADDH prevé, sin embargo, el listado de un número importante de derechos íntimamente relacionados con los derechos político-electorales y cuya lectura integral y sistemática ayuda a robustecer los alcances del artículo XX.¹¹

8 El artículo 11 de la constitución boliviana define: La democracia participativa se identifica como la directa e incluye formas como el referendo, la iniciativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. A las asambleas y cabildos les otorga además el carácter de deliberativas. Por lo que se refiere a la democracia representativa, esta se da por la elección de representantes por voto universal, directo y secreto. Finalmente, la democracia comunitaria, se da por medio de elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas y originarios campesinos.

9 Existen algunos enclaves de apertura como, por ejemplo, la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal del 2004.

10 Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna.

11 Además del ya mencionado artículo II, de manera no taxativa, sino meramente ilustrativa, se incluyen los siguientes derechos de especial relevancia para el ejercicio de los derechos político-electorales: artículo VIII, derecho de residencia y tránsito (para efectos de poder realizar proselitismo y campañas políticas, así como cambiar de residencia y gozar de los derechos político-electorales); artículo X, derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia (para efectos de poder realizar campañas políticas sin la injerencia de otros competidores); artículo XVII, derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles, (para cumplir con los requisitos para la participación político-electoral); artículo XVIII, derecho de acceso a la justicia (para recurrir acciones que limiten el ejercicio de los derechos político-electorales); artículo XIX - derecho a la nacionalidad (al igual que el artículo XVII para cumplir con los requisitos para la participación político-electoral); artículo XXI - derecho de reunión (indispensable para mítines políticos y reuniones partidistas); artículo XXII - derecho de asociación (fundamento para la constitución de asociaciones y partidos políticos); y artículo XXIV - derecho de petición (para efectos de conocer la reglamentación electoral y la motivación de ciertas acciones estatales en materia político-electoral).

Desarrollados los contenidos mínimos de los derechos político-electorales en la DADDH, la misma se da a la tarea de mencionar algunos asuntos del mismo orden que encajan dentro de los Deberes. El primero es el deber de sufragio:

Artículo XXXII - deber de sufragio. Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitado para ello.

Una vez más, la DADDH remite al desarrollo normativo de los Estados partes, las cualidades para acceder al voto, estableciendo la obligación de participar en los comicios electorales. En cuanto al desempeño de cargos públicos, se extiende la misma obligatoriedad que en el caso del voto:

Artículo XXXIV - deber de servir a la comunidad y a la nación. Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y su conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz. Asimismo el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le corresponden en el Estado de que sea nacional.

El común denominador de los deberes de participación política activa y pasiva, es que está mediado por el requisito de ostentar la nacionalidad del Estado en el que se pretenden ejercer actividades políticas. De ahí, la importancia del derecho a la nacionalidad del artículo XIX, como primer condición subjetiva mencionada como legítima para acceder plenamente al ejercicio de los derechos político-electorales. Siguiendo esta misma línea que se concentra en la nacionalidad como condición fundamental para la participación política, la DADDH incluye en su lista de deberes, el deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero:

Artículo XXXVIII - deber de abstenerse de actividades políticas en el extranjero. Toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que, de conformidad con la Ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero.

La centralidad que la DADDH le da a la nacionalidad frente a otros criterios como los de residencia permanente, parece más bien fruto de las condiciones históricas en las que se encontraban los Estados partes de la OEA en el momento, caracterizados por lo general por una xenofobia a veces fundada en dolorosos episodios de intervención extranjera en los asuntos internos.¹² No obstante, el momento constitucional americano actualmente muestra una creciente aceptación de los extranjeros residentes como actores políticos legitimados en los recientes ordenamientos.¹³

12 El caso más contundente es el mexicano, en el que el artículo 33 de la Constitución Política de 1917, prohíbe a los extranjeros inmiscuirse en los asuntos políticos del país. Si bien dicho artículo ha sido matizado con la reforma del 10 de junio del 2011, para establecer ciertas garantías de debido proceso (específicamente la garantía de audiencia) en el caso de expulsión de extranjeros, la prohibición de participación en los asuntos políticos sigue intacta, incluyendo a residentes permanentes. Otro caso interesante es el de la Constitución de Costa Rica en el que el voto no solo se limita a costarricenses, sino que los ciudadanos naturalizados solo podrán sufragar hasta un año después de obtener la carta de naturalización (artículo 94). Una disposición similar de prohibición de la participación de extranjeros en actividades políticas se encuentra en la Constitución hondureña de 1982 (artículo 32).

13 Una de las primeras constituciones que abrieron esta posibilidad, derivada de su historia migratoria, fue la uruguaya que en su artículo 78 extiende el sufragio a extranjeros, “sin ciudadanía legal, de buena conducta, con familia en la República Uruguaya, que posean capital en giro o propiedad en el país, o que profesen ciencia, arte o industria y tengan por lo menos quince años de residencia”. Las constituciones de nuevo cuño como la venezolana de 1999 admite en su artículo 64 segundo párrafo, el voto en elecciones parroquiales, municipales y estatales a extranjeros mayores de edad, con más de diez años de residencia. La Constitución guatemalteca de 1985 (reformada en 1994), si bien no permite el voto más que a ciudadanos, prevé la adquisición de nacionalidad preferente por parte de los nacionales por nacimiento de las Repúblicas que constituyeron la Federación de Guatemala, con la sola adquisición de domicilio y la manifestación de su deseo de adquirir la nacionalidad guatemalteca (artículo 145). La Constitución colombiana de 1991 deja que la ley interna regule la forma en que los extranjeros residentes en Colombia ejerzan el voto en elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital. La misma tendencia se puede observar en los más recientes ejercicios constitucionales como el de Bolivia del 2009, en el que se permite a las extranjeras y extranjeros residentes sufragar en comicios municipales bajo el principio de reciprocidad internacional (artículo 27). Por último, también la Constitución de 2008 del Ecuador extiende los derechos de voto para elecciones de presidenta o presidente y vicepresidente o vicepresidenta a extranjeros residentes durante cinco años más (artículo 63).

1.2. Reconocimiento convencional e interpretación por los órganos interamericanos

Originalmente, dentro del proyecto de CADH, los derechos político-electorales se contemplaban en el artículo 21 y no en el 23.¹⁴ De manera general, el artículo 21 del proyecto se asemeja mucho al actual 23 de la CADH, del cual se distingue más bien por la inclusión de su segundo párrafo. En este sentido, en las actas y documentos de negociación durante los trabajos preparatorios de la CADH, se muestra que la primera delegación que estableció algunos comentarios sobre dicho artículo, fue la de República Dominicana.¹⁵ Dentro de los comentarios al entonces artículo 21, uno de ellos se refería a una preocupación que sería retomada posteriormente, relativa al hecho de que la redacción permitía excepciones al ejercicio de los derechos político-electorales con base en la ley nacional, lo cual era demasiado amplio y podía restringir la participación de varios sujetos. También se objetó que no se reconocían específicamente los requisitos normales del sufragio, como la edad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental y se proponía incluir excepciones taxativas que fueran más limitadas y específicas. Con anterioridad a la discusión del entonces artículo 21, se nombró una comisión para proponer otra redacción para someterse a la votación de los delegados a la Conferencia. Dicho texto se refería a la preocupación expresada en los comentarios de República Dominicana e incluía limitaciones específicas para el ejercicio de los derechos político-electorales.¹⁶ Sin embargo, el representante de la comisión, Justino Jiménez de Aréchaga sugirió la inclusión de la nacionalidad dentro del texto de los supuestos de exclusión taxativos del entonces artículo 21.2. Otra propuesta, fue la inclusión, dentro de las excepciones permitidas por el Pacto, de las personas que fueran suspendidas de derechos políticos por condena de juez competente en materia penal, formulada por el delegado brasileño y que, finalmente, se incorporó en la CADH.¹⁷ Es interesante que el párrafo 1.4., del entonces artículo 2, incluyera la participación en los partidos políticos, a lo que algunas delegaciones se opusieron, como es el caso de México y que al fin y al cabo no quedó en el texto definitivo.¹⁸

Por último, como resultado, el artículo 23 de la CADH no desarrolla de manera especial el tema de la democracia interna de los partidos políticos, pero sí considera una connotación amplia de participación en asuntos públicos, los derechos políticos *lato sensu*, y propiamente el ejercicio de los

14 El texto del artículo 21 era el siguiente: “1. Todos los ciudadanos gozarán, con las excepciones que establezcan sus leyes nacionales, las que no pueden comprender ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 22 (igualdad y no discriminación equivalente al actual 24), de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) de acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país”. Doc. 5 de 22 de septiembre de 1969, resolución aprobada por el Consejo de la OEA en la sesión celebrada el 2 de octubre de 1968, en Actas y Documentos OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

15 Observaciones y comentarios al proyecto de Convención sobre protección de Derechos Humanos presentados por el gobierno de la República Dominicana, 20 de junio de 1969. OEA. Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 50.

16 El texto propuesto quedaba de la siguiente manera: “1. Todos los ciudadanos de un Estado parte gozarán de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos políticos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal o igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) de tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país; d) de pertenecer libremente a partidos políticos, cuyo funcionamiento la ley debe proteger. 2. La ley podrá reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refieren los incisos a) y b) del párr. anterior exclusivamente por razones de edad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil y mental según el caso”. Acta de la décima tercera sesión de la Comisión “I”, Doc. 54 de 18 de noviembre de 1969, en OEA. Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 253-254.

17 OEA. Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 254.

18 Dicho texto fue sometido al voto de los delegados y fue rechazado. A favor de incluirlo se pronunciaron los delegados de Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Chile, Uruguay y Venezuela; en contra, el delegado de Trinidad y Tobago. Se abstuvieron los delegados de El Salvador, Honduras, Paraguay, Panamá, Argentina, Brasil, México, Guatemala, Nicaragua, Perú y Costa Rica. OEA. Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 257.

derechos político-electorales *stricto sensu*:¹⁹ votar y ser votado, así como el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, lo que la asemeja en su contenido a la consagración de este derecho en los otros grandes tratados sobre derechos civiles y políticos.²⁰ Sin embargo, en gran medida la interpretación del SIDH, principalmente por vía jurisdiccional, se centra en la dimensión político-electoral *stricto sensu*.

Encontramos, además del punto central de enunciar los derechos político-electorales, la serie de condiciones taxativas ya aludidas para su debida regulación, mediante un adverbio de modo que condiciona el conjunto de posibles límites al ejercicio de estos derechos a prácticamente siete causales. Estos son eminentemente subjetivos en razón de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. De tal manera que se reduce considerablemente el marco de interpretación, al tratarse de una regla prescriptiva y no de un principio, como es propio de las normas sobre derechos humanos. Incluso el haber incorporado esta regla ha sido una parte de la *litis* que los representantes de la víctima han intentado hacer valer en alguno de los casos presentados ante la Corte IDH, como señalaremos en su momento.²¹

1.3. Los derechos políticos en otros instrumentos interamericanos

Los últimos pasos en el marco de tratados, que ha tomado la evolución del SIDH se refieren a mencionar el ejercicio de los derechos político-electorales dentro de dos instrumentos creados para la protección de grupos específicos de personas. Por un lado, las mujeres, con la Convención de Belém do Pará y, por otro lado, las personas con discapacidad, a través de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Asimismo, tanto la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²² como la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia,²³ –dos de los instrumentos de más reciente creación en el SIDH– confieren una protección específica a los derechos políticos, que termina por robustecer la protección que este tipo de prerrogativas tiene en la región.

Otro instrumento de gran importancia, que si bien no goza del revestimiento de ser un tratado internacional, es la mencionada Carta Democrática Interamericana. Al ser una resolución de la Asamblea General de la OEA, la misma no goza de carácter vinculante, ni mucho menos otorga jurisdicción a los órganos interamericanos, sin embargo, a pesar de estas limitaciones, se puede decir que la Carta

19 Sobre los derechos políticos como derechos fundamentales y la distinción entre estos y los de carácter electoral, ver Fix-Fierro, H. *Los derechos políticos de los mexicanos*. IJ-UNAM, México, 2006, pp. 26 y ss.

20 Así, el PIDCP establece: “Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos políticos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. También se menciona en el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: “Artículo 3. Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”. Finalmente, en la Carta de Banjul: “Artículo 13. 1. Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley. 2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país. 3. Todo individuo tendrá derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley”.

21 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFR. 2008.

22 OEA. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su 45º periodo ordinario de sesiones, Washington, DC, 15 de junio de 2015, artículo 27.

23 OEA. Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su 43º periodo ordinario de sesiones, Washington, DC, 5 de junio de 2013, artículo 9.

Democrática Interamericana enumera y amplía el campo en el cual se desarrolla la actividad de promoción y consolidación de la democracia representativa en la región.

Al igual que la Carta de la OEA, la mención a la democracia representativa parece un poco restrictiva, dado su carácter ampliado en la práctica socio-política reciente, por ejemplo en su configuración en los momentos constitucionales más recientes. Sin embargo, la Carta Democrática Interamericana rebasa considerablemente el concepto estricto de democracia procedimental electoral, al establecer un nexo obligatorio con el combate a la pobreza y el respeto y garantía de los derechos humanos.²⁴ La definición de los elementos esenciales de la democracia representativa en la Carta Democrática aparece en el Preámbulo, incorporando y desarrollando conceptos de la Carta de la OEA, como la lucha contra la pobreza y la desigualdad, pero también de instrumentos propios del ámbito de los derechos humanos, como el Protocolo de San Salvador y el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales.²⁵ También existen menciones a anteriores declaraciones relativas a la adopción de cláusulas democráticas y derechos laborales.

Quizá la mayor aportación de la Carta Democrática Interamericana es la relación que hace entre democracia representativa y Estado de derecho.²⁶ Además, la Carta Democrática –como ha confirmado el voto concurrente de uno de los jueces de la Corte IDH– *ha aportado el dispositivo teórico del derecho humano a la democracia*.²⁷ También enuncia los elementos esenciales de la democracia representativa, entre ellos: respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, acceso al poder y su sujeción conforme al Estado de Derecho, celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y la separación e independencia de los poderes públicos.²⁸ Para efectos del desarrollo de los derechos político-electorales, podemos deducir ciertos principios de la Carta Democrática de la OEA aplicables a la contienda electoral sobre los que se desarrollan las obligaciones contenidas en el artículo 23 de la CADH. Así, se puede extraer la necesidad de mantener normas electorales previas para efectos de participación política, el carácter universal y secreto del voto y la obligación del Estado de mantener un sistema plural de partidos.

Además de estas características internas del proceso democrático electoral, la Carta Democrática Interamericana delinea el ‘clima’ en el cual se desarrollan dichos procesos. En este sentido, se refiere a los componentes para el ejercicio de la democracia: la transparencia, probidad y responsabilidad en

24 Para algunos observadores, la Carta Democrática Interamericana marca un hito en la concepción de la democracia en el hemisferio. Por ejemplo, para Mariela Morales Antoniazzi, la misma: “[a]barca múltiples alcances, sentando nuevos paradigmas: en lo político se pasa de una versión minimalista electoral a un concepto amplio basado en la dignidad humana, en lo histórico, ve hacia el futuro desde su pasado y antecedentes, en lo social aspira a satisfacer el derecho a la democracia que sienten los pueblos de América y en lo jurídico, aunque se trata de una Resolución y no de un Tratado, su condición es particular al entenderse como instrumento de actualización e interpretación de la carta fundacional de la OEA”, *cfr.* Morales Antoniazzi, M. “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en Von Bogdandy, A., et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. IJ -UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, México, 2010, p. 213.

25 Sobre la labor de la OEA en temas de democracia con anterioridad a la Carta Democrática Interamericana, *ver* Cooper, A. y Legler, T. “The OAS Democratic Solidarity Paradigm: Questions of Collective and National Leadership”. *Latin American Politics and Society*, vol. 43, n.º 1, 2001, pp. 103-126.

26 Por ejemplo, el artículo 2 señala que: “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”.

27 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 7. En su voto, el juez García Sayán, al hablar del derecho que los pueblos de América tienen a la democracia, señala que la Carta Democrática Interamericana consagra verdaderamente dicho derecho.

28 Artículo 3, Carta Democrática de la OEA.

el ejercicio de las funciones públicas, respeto a los derechos sociales y a la libertad de expresión y prensa.²⁹

Si bien dentro de la CADH no se incluyeron disposiciones específicas sobre los partidos políticos, la Carta Democrática Interamericana retoma el tema al señalar su importancia, así como de otras organizaciones políticas, en la democracia.³⁰ Las referencias a los partidos y a las condiciones en que se desarrollan las elecciones son importantes, más solo sugieren tímidamente una definición más robusta que la tradicional democracia representativa electoral. Solamente dentro del artículo 6 se puede observar una tendencia hacia un concepto de democracia más como un proceso que no solo se limita al ejercicio electoral, sino concretamente a la definición de los programas de desarrollo.³¹

Otro avance presentado en la Carta Democrática, es la relación entre la eliminación de discriminación y la democracia.³² Dado que el principio de no discriminación es considerado como *ius cogens* dentro del SIDH, además de existir un desarrollo tanto en la Carta de la OEA como en el Pacto de San José, la innovación consiste en mencionar la necesaria correlación con los principios democráticos, además de incluir categorías sospechosas de discriminación, como son los pueblos indígenas y los migrantes en cuanto a los derechos políticos. El resto de las disposiciones de la Carta Democrática, se refieren a la relación entre democracia, desarrollo integral y pobreza, la democracia y las misiones de observación electoral, y la promoción de la cultura democrática.³³

Una mención especial merece el procedimiento establecido en el Título IV para el fortalecimiento y la preservación de la institucionalidad democrática. Básicamente, dicho procedimiento permite a los órganos de la OEA, y a su Secretario General, implementar una serie de medidas para preservar la democracia en los países miembros, en los casos en que pueda existir un riesgo o interrupción a la normalidad democrática de dichos Estados. Para efectos de la Carta Democrática, se entiende que el peligro versa sobre un proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder. Si bien la ambigüedad de los conceptos parece dar pie a un uso discrecional de la Carta Democrática, presenta un avance considerable a las suspensiones, concretamente la de Cuba, operadas bajo el esquema aún más general de la Carta de la OEA.

Quizá el momento más importante para verificar la verdadera capacidad de la Carta Democrática, y el compromiso de los Estados partes con la misma, fue el golpe de Estado en Honduras en 2009. Si bien los procedimientos establecidos en ese instrumento fueron llevados a buen puerto, ya que culminaron en la suspensión de Honduras después del golpe de Estado, lo más interesante fue la acción contundente que tuvo la CIDH, al agotar todas sus vías políticas de presión en este caso: comunicados de prensa, visitas, informes especiales, además de un inusitada concesión de medidas provisionales a un número importante de opositores al golpe, y funcionarios del gobierno electo democráticamente. Mediante estas vías, la CIDH tuvo un papel fundamental; los medios políticos utilizados comenzaron desde el momento mismo del golpe de Estado el 28 de junio del 2009.³⁴ La primera acción fue a través de una enérgica condena por medio de un comunicado de prensa, en el que se hacía referencia a la Carta Democrática Interamericana.³⁵ Asimismo, la CIDH solicitó una visita *in loco* a los titulares de los poderes hondureños que continuaban sin alteración después del golpe de Estado, la Suprema Corte de

29 Artículo 4, Carta Democrática de la OEA.

30 *Ibidem*, artículo 5.

31 Fuera del ámbito interamericano, el concepto de participación en proyectos de desarrollo goza de un desarrollo normativo y jurisprudencial más contundente, concretamente en el caso de pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa dentro del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

32 Artículo 9, Carta Democrática de la OEA.

33 Título III, V, y VI, respectivamente.

34 Para un listado de las medidas políticas tomadas por la CIDH, ver Noli, M. M. "Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras" *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 1, n.º 1, 2001, pp. 219-239.

35 CIDH. Comunicado de prensa 49/09, "CIDH condena enérgicamente golpe de Estado en Honduras", 28 de junio de 2009.

Justicia y el Congreso Nacional, y de dicha visita produciría un informe especial.³⁶ En 2010, la CIDH realizó otro viaje a Honduras para realizar un seguimiento a su informe, con motivo de lo cual preparó un segundo informe especial.³⁷

Finalmente, por lo que respecta a la relación entre la Carta Democrática Interamericana y el avance progresivo de los derechos político-electorales, de conformidad con el voto concurrente del juez García Sayán en el caso *Yatama*,³⁸ se puede concluir que la Carta Democrática aporta dos elementos fundamentales para la interpretación del artículo 23.³⁹ Primero, *no solo el acceso al poder está sujeto al Estado de Derecho, sino también el ejercicio del mismo*, lo que permite superar una visión limitada al principio de legitimidad de origen del SIDH, que se concentraba solamente en el momento adquisitivo del poder y no en la permanencia. Esta visión de democracia se ve ampliada y analizada en dos casos de la Corte IDH en contra del Estado de Ecuador, los cuales representan una ampliación conceptual y jurisprudencial importante en torno a la protección de los derechos políticos en la CADH. Segundo, con respecto a la anteriormente señalada referencia –excluida específicamente en las negociaciones del artículo 23 de la CADH–, de la importancia de los partidos y organizaciones políticas.

Señalado el *corpus iure* interamericano referente a derechos político-electorales, se analizará específicamente el contenido de los derechos político-electorales a la luz de la jurisprudencia interamericana, y que deberá ser tomado en consideración y aplicado por los operadores jurídicos nacionales, especialmente por los jueces en su papel de jueces interamericanos, como ha ido reiterando la Corte IDH en su doctrina sobre el control de convencionalidad, y que ha afinado a partir del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.⁴⁰

Antes de iniciar con el análisis hay que tomar en consideración que estamos ante un tema ‘sofisticado’, ya que es hasta una etapa reciente que la Corte IDH ha comenzado a generar jurisprudencia al respecto. Este tejido fino jurisprudencial se ha documentado en las sentencias que declaran la violación al artículo 23 de la CADH, e inicia con el caso *Yatama vs. Nicaragua* en 2005, el cual es el *leading case* en la materia y que ha constituido la referencia jurisprudencial primordial sobre este derecho en la CADH.⁴¹ De igual forma, la profusión de casos resueltos entre 2009 y 2011: *Reverón Trujillo vs. Venezuela*,⁴² *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*,⁴³ *Manuel Cepeda Vargas y otros vs. Colombia*,⁴⁴ *López Mendoza vs. Venezuela*.⁴⁵ Otro caso importante en la materia –aunque no se determinó la violación del artículo 23–, es el caso *Castañeda Gutman vs. México*,⁴⁶ de 2008, en el que se generó una jurisprudencia muy importante respecto al derecho al sufragio pasivo. En contraste, un caso previo en que la Corte IDH determinó la violación al artículo 23 por una ejecución extrajudicial por razones de carácter político, pero que no construyó jurisprudencia ante el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, es el caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*.⁴⁷

36 CIDH. *Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 55, 30 diciembre de 2009.

37 CIDH. *Observaciones Preliminares de la Comisión IDH sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 3 junio de 2010.

38 Sobre el alcance del caso *Yatama vs. Nicaragua* en relación con otras disposiciones de la CADH, ver los comentarios al artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo, y al artículo 24 (igualdad ante la ley) a cargo de Uprimny y Sánchez.

39 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 23.

40 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. En especial, ver el voto particular del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Asimismo ver el comentario al art. 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), a cargo de Ferrer y Pelayo.

41 Ver, por ejemplo, su desarrollo en Burgogue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011, pp. 589-612.

42 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

43 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

44 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

45 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011.

46 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

47 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. FRC. 2004. En este caso nos parece que la Corte IDH no terminó de valorar la necesidad de emitir su propia jurisprudencia; una reflexión que ha ido madurando consistentemente

En el marco de esta evolución jurisprudencial, nuevos horizontes han comenzado a abrirse en relación con el ejercicio y protección de los derechos políticos. En sus últimos pronunciamientos, particularmente en los casos *Luna López vs. Honduras*,⁴⁸ y *Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*,⁴⁹ la Corte IDH se pronunció sobre la relación existente entre la labor de defensa de los derechos humanos y el ejercicio de los derechos políticos. Asimismo, en el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*,⁵⁰ la Corte IDH analizó la posible restricción de derechos políticos a través del empleo de mecanismos derivados del derecho penal.

Estos casos documentan que la Corte IDH se encuentra en una segunda etapa de su función jurisdiccional, como ha señalado el anterior juez Sergio García Ramírez,⁵¹ en la cual se ha ido ampliando el abanico de derechos tutelados, lo que resultó complicado en su periodo incipiente sencillamente porque tuvo que hacer frente a violaciones más graves y sistemáticas, mayormente en el contexto de regímenes autoritarios; de esta manera, incluso el viraje hacia los derechos político-electorales en los casos que llegan al sistema, se debe a un contexto de transiciones a la democracia.⁵²

2. La jurisprudencia de la Corte IDH sobre el artículo 23 de la CADH

2.1. Artículo 23.1.a.: derecho a la participación política (derechos políticos *lato sensu*)

La primera disposición del artículo 23 de la CADH señala la universalidad de participación en los asuntos políticos, directamente o por medio de representantes debidamente elegidos. Antes de analizar la práctica de la Corte IDH respecto al derecho de participación política considerado de manera amplia, resulta obligado hacer una comparación con el artículo 25 del PIDCP.

Como se estableció anteriormente, ambos instrumentos comparten elementos y una redacción muy similar, el artículo 23.1.a. de la CADH prácticamente es idéntico al artículo 25.a. del PIDCP; ante ello es importante analizar la interpretación que ha realizado el Comité DHONU sobre dicho artículo en su Observación General n.º 25 sobre *la participación en los asuntos políticos y el derecho al voto*.⁵³ Así, los derechos político-electorales son descritos fuera de la cerrada definición de la contienda electoral, y se mencionan casos en los que la participación directa de los ciudadanos se encuentra garantizada por dichos derechos,⁵⁴ estos incluyen: la elección o modificación constitucional, referendos y otros procesos electorales; también menciona el derecho de los ciudadanos a participar directamente en asambleas populares para adoptar decisiones sobre cuestiones locales o sobre los asuntos de determinada comunidad. La Observación General, por tanto, obliga a los Estados a aplicar el principio de no discriminación

hacia la doctrina del control de convencionalidad. Algunos años después, en el caso *Kimel vs. Argentina*, en el que también se presentó el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la Corte IDH estimó que analizar los elementos de fondo contribuiría a “los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párrs. 28 y ss.

48 Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013.

49 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

50 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

51 García Ramírez, S. “Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, en Von Bogdandy, A, *et al.* (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?* IIJ-UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, México, 2010, p. 336.

52 En esta diversificación ulterior de derechos tutelados, García Ramírez señala a los de: la personalidad jurídica, asociación, honra y dignidad, circulación y residencia, derechos políticos, suspensión de garantías, conciencia y religión, protección a la familia, nacionalidad, e igualdad ante la ley. García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 337.

53 Comité DHONU. Observación General n.º 25, artículo 25. *La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*. 57º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1996.

54 Comité DHONU. Observación General n.º 25, *op. cit.*, párr. 6.

y de no imponer restricciones excesivas en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos.

En la órbita de la Corte IDH, los dos casos más representativos de violación al artículo 23.1.a. de la CADH son los casos *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* y *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Ambos casos implican una violación ‘radical’ a los derechos políticos, pues entrañan otras graves violaciones a los derechos humanos, en el primero, la desaparición forzada de personas y en el segundo, el asesinato sistemático de miembros de una fuerza política colombiana. Si bien en ambos casos se limita también el acceso y permanencia a cargos públicos, estas graves y sistemáticas violaciones durante conflictos armados internos, representan también la cancelación de la participación política de grupos determinados.

El caso *Chitay Nech* aborda una violación a los derechos políticos relacionados con la desaparición forzada de un dirigente político maya, Kaqchikel, guatemalteco, por lo que estamos ante un acto de enorme gravedad, no solo por los efectos que trae sobre la víctima directa, sino por el carácter de amenaza que pesa sobre las desapariciones de líderes sociales y políticos. En este sentido, cabe señalar que el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional, específicamente ante la violación de los derechos políticos.⁵⁵ La razón por la que este caso es representativo de una violación a los derechos políticos en sentido amplio, es que el Señor Chitay Nech participaba en la política electoral, pero también era una líder comunitario independientemente de sus funciones públicas.

La desaparición del Señor Florencio Chitay Nech tuvo lugar en 1981, durante el gobierno militar de Romeo Lucas García, presidido bajo la doctrina de la seguridad nacional, en el que se desarrolló la noción del “enemigo interno”,⁵⁶ y ante un contexto especialmente álgido de conflicto armado. Entre 1980 y 1983, se cometieron diversos actos para debilitar el sistema de organización indígena, entre los que se incluyó la desaparición forzada de líderes⁵⁷ —como ocurrió con el Señor Chitay— quien se había desempeñado como Alcalde de San Martín Jilotepeque en sustitución del alcalde anterior, también desaparecido. La utilización del terror trataba de amedrentar a la comunidad, lo que estaba en sintonía con los señalamientos colectivos por parte de los órganos del Estado de calificar a ciertas comunidades indígenas como “guerrilleras”. De esta manera, la Corte IDH concluyó que el Señor Chitay fue desaparecido debido a que se le consideraba un “enemigo interno”, por sus actividades como líder cooperativista y dirigente político.⁵⁸

En la sentencia, la Corte IDH desarrolló la noción de desaparición forzada como forma de represión absoluta de los derechos políticos. La desaparición de líderes indígenas formó parte del *modus operandi* de las fuerzas estatales y paramilitares que operaban en Guatemala durante el conflicto armado interno. De esta forma, la Corte IDH consideró que se presentaba una doble violación de los derechos políticos. Por un lado, la privación completa de su ejercicio individual y, por otro, la aniquilación de las estructuras políticas. Los representantes de la víctima alegaron, así, que se había violado el derecho de la comunidad indígena Quimal de San Martín Jilotepeque de una forma similar al de la Comunidad Yatama, *al haberse afectado el derecho de participación política de la comunidad*.⁵⁹ De esta forma, mediante la carga probatoria, la Corte IDH encontró que el móvil de la desaparición del Señor Chitay fue la desarticulación de la forma de representación política en función de preservar la Doctrina de Seguridad Nacional imperante en Guatemala.⁶⁰

Asimismo, la Corte IDH entendió que la representación política es un pre-requisito para la realización de aspectos básicos de la inclusión de grupos en condiciones de desigualdad, así como para

55 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 13.

56 *Ibidem*, párr. 64.

57 *Ibidem*, párr. 66.

58 *Ibidem*, párr. 3.

59 *Ibidem*, 105.

60 *Ibidem*, párr. 108.

garantizar su autodeterminación y el desarrollo de los pueblos indígenas dentro de un Estado plural y democrático.⁶¹

El caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* se refiere igualmente a una forma radical de violación de los derechos políticos, con la variante de que esta violación se cometió mediante una ejecución extrajudicial. El señor Manuel Cepeda Vargas realizaba actividades de liderazgo político en el partido Comunista Colombiano y de la Unión Patriótica.⁶² Su ejecución también se enmarcó en un patrón sistemático de violencia en contra de miembros de dichos partidos, a través del denominado “plan golpe de gracia”. Más grave aún fue que el señor Cepeda se desempeñaba como Senador y era el último representante de la Unión Popular electo mediante votación. De manera similar al caso *Chitay Nech*, el Estado llevó a cabo un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, en el que se incluía la violación alegada por la CIDH de los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la CADH.⁶³

El reconocimiento parcial del Estado no se extendía a todas las violaciones alegadas, ya que se limitó a las perpetradas individualmente en contra de la víctima, negándose la existencia de un patrón de ataque sistemático en contra de miembros y dirigentes de la Unión Patriótica,⁶⁴ más aun cuando ya la propia Corte Constitucional de Colombia se había pronunciado al señalar que la violencia contra esta organización política, “deja[ba] entrever evidentes síntomas de intolerancia política, ausencia de garantías electorales y exterminio sistematizado en contra de dirigentes y militantes de la Unión Patriótica”.⁶⁵

La sentencia también señala la relación entre el ejercicio de los derechos políticos, con las disposiciones de libertad de pensamiento y expresión (artículo 13 de la CADH) y de asociación (artículo 16 de la CADH). Los representantes de la víctima estimaron que en el caso del senador Cepeda *estos tres derechos eran ejercidos de manera continua, simultánea e interrelacionada*, y que la vulneración de los mismos representaba un ataque a los valores de un sistema democrático.⁶⁶ Sobre este punto, la Corte IDH siguió su decisión en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, en el sentido de la importancia que guardan los derechos políticos dentro del SIDH por estar interrelacionados con el juego democrático.⁶⁷ Se introduce, entonces, en la jurisprudencia de la Corte IDH una noción que deriva de la interrelación del ejercicio de derechos políticos, de libertad de pensamiento y expresión y de asociación, que se refiere a la *necesidad de la oposición política en las sociedades democráticas*.

La Corte IDH sostuvo que la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática, debe de ser garantizada por los Estados;⁶⁸ en el caso *Manuel Cepeda Vargas* se trataba de una de las formas más radicales de atentar en contra de los derechos políticos, mediante la eliminación del sujeto a través de la perpetración de una ejecución extrajudicial, con la finalidad de impedir la militancia política tanto del senador Cepeda como de otros miembros de la Unión Patriótica. En este tema, la Corte IDH fue contundente al señalar que: “la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático”.⁶⁹ Sin embargo, la Corte IDH no se pronunció sobre la afectación que dicho asesinato tuvo en los militantes y votantes de la Unidad Patriótica de manera colectiva.⁷⁰

61 *Ibidem*, párr. 113.

62 *Ibidem*, párr. 64.

63 *Ibidem*, párr. 5.

64 *Ibidem*, párr. 19.

65 *Ibidem*, párr. 80.

66 *Ibidem*, párr. 169.

67 *Ibidem*, párr. 170.

68 *Ibidem*, párr. 173.

69 *Ibidem*, párr. 177.

70 Un matiz se establece en el reconocimiento público de responsabilidad como medida de reparación ordenado por la Corte IDH, en el que se ordenó que en el mensaje del presidente de la República se encontrara un miembro de la Unión Patriótica. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 222.

2.2. Artículo 23.1.b.: derecho al voto y derecho a la participación político-electoral en condiciones de igualdad y no discriminación (derechos políticos *stricto sensu*)

El artículo 23.1.b. establece el derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Un primer caso que avanzó en la definición del sufragio pasivo fue el caso *Yatama*, en el que se señala que la regulación mediante ley del derecho a ser elegido, debe garantizar condiciones de igualdad en circunstancias de participación y de representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias.

En el caso *Yatama* la distinción discriminatoria consistió en impedir presencia electoral a organizaciones alternativas a los partidos políticos, que eran propias de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua, lo cual se encuentra indudablemente relacionado con las restricciones establecidas en el artículo 23.2. El asunto se refería a la violación de los derechos políticos-electorales de la organización indígena *Yatama*, a la que el Estado le impidió contender en las elecciones municipales de 2000, a través de candidatos elegidos de conformidad con sus propios usos y costumbres, omitiendo consideraciones particulares sobre la presencia de la comunidad indígena en los municipios vinculados a procesos electorales.⁷¹ Los miembros de la comunidad indígena buscaban presentarse a puestos de carácter local, específicamente como candidatos a alcaldes, vice-alcaldes y concejales representados por el partido político regional indígena *Yapti Tasba Masraka Nanuh Asla Takanka* o *Yatama* (que significa “hijos de la madre tierra”), en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (la “RAAN” y la “RAAS”).

En el caso existía un marco de reconocimiento de la autonomía indígena en Nicaragua que fortalecía el argumento de la CIDH respecto de la violación al artículo 2 de la CADH, debido a que el Estado no había previsto normas de carácter electoral para facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales en la RAAN. De acuerdo con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de dichos pueblos indígenas⁷² diferían considerablemente del proceso de elección de los candidatos en los partidos políticos, al construirse de forma comunitaria,⁷³ con base en asambleas integradas por las *Tawan Aslika* (asamblea de familias) y dirigida por la *Wihta Daknika* (Consejo Comunal).⁷⁴

71 Una síntesis de la controversia, puede leerse en los siguientes párrafos: “[p]or otra parte, la Ley Electoral n.º 331 de 2000 sólo permite la participación en los procesos electorales a través de partidos políticos [...] Esta forma de organización no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Se ha probado que *Yatama* logró obtener personalidad jurídica para participar como partido político en las elecciones municipales de noviembre de 2000, cumpliendo los requisitos correspondientes [...] Sin embargo, los testigos Brooklyn Rivera Bryan y Jorge Teytom Fedrick, y la perito María Dolores Álvarez Arzate, enfatizaron que el requisito de transformarse en partido político desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por *Yatama*, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica [...] El artículo 82 de la Ley Electoral de 2000 dispone como requisito para participar en las elecciones municipales que los partidos políticos presenten candidatos al menos en el 80% de los municipios de la respectiva circunscripción territorial y respecto del 80% del total de las candidaturas [...] En este caso, el Consejo Supremo Electoral decidió no registrar a los candidatos propuestos por *Yatama* en la RAAS consideró que, al quedar excluido el partido que se presentó en alianza con *Yatama*, este último, por sí solo, no cumplía el requisito de haber presentado candidatos en el 80% de los municipios de la circunscripción territorial [...] Esta exigencia de la Ley Electoral de 2000 n.º 331 constituye una restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por *Yatama* para las elecciones municipales de noviembre de 2000. No se toma en cuenta que la población indígena y étnica es minoritaria en la RAAS, ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párrs. 214, 221 y 223.

72 *Ibidem*, párr. 2.

73 *Ibidem*, párr. 111. En referencia al peritaje antropológico hecho por María Dolores Álvarez.

74 *Ibidem*, párr. 124.

Es importante destacar que Yatama ya había participado bajo fórmulas permitidas en la legislación electoral anterior, concretamente como asociación de suscripción popular, figura que desapareció debido a una reforma a la Ley Electoral en 2000, la cual pretendía privilegiar el monopolio de los partidos políticos que representan formas de participación política que no encajan con el concepto de “democracia comunitaria” de Yatama.

A partir de la sentencia *Yatama*, la Corte IDH ha presentado a la *igualdad como condición indispensable para el ejercicio de los derechos político-electorales*, al tratarse además, de la conducción de las vidas de las personas a través de la actividad política, como apuntó en su momento el juez Sergio García Ramírez.⁷⁵ Ante este estado de cosas, la Corte IDH señaló que el derecho al sufragio pasivo al regularse mediante ley, debe garantizar condiciones de igualdad en circunstancias de participación y de representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias, como ha sido impedir presencia electoral a organizaciones alternativas a los partidos políticos, que eran propias de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua. Conclusión a que arriba a pesar de que el Estado había presentado excepciones preliminares en el sentido de que los requisitos incumplidos por Yatama se comprendían dentro de los parámetros del artículo 23.2. de la CADH, y, por tanto, no habría violación alguna a la CADH.

La situación que permitió que la Corte IDH observara la violación al artículo 23 de la CADH por vía del principio de igualdad como prohibición de discriminar, ha sido la exclusión injustificada de la Comunidad Yatama en las elecciones, ante el común denominador que ostentaba con los partidos políticos, esto es, ser entidades con una base importante de representación popular.⁷⁶

El ejercicio del derecho al sufragio pasivo encuentra una limitación importante ante el derecho de la ciudadanía a la representación y lo condiciona desde luego; los Estados democráticos tienen este principio como sustento del acceso al poder, en donde cobra particular relevancia la figura de los partidos políticos como instituciones que posibilitan la representación nacional. Como ha advertido la propia Corte IDH:

Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa.⁷⁷

Estamos ante la tensión siempre presente entre el ejercicio de derechos individuales y su defensa constitucional, y, por otro lado, la necesidad de fortalecer las instituciones de la democracia participativa.⁷⁸

El Estado, al estimar que la Comunidad Yatama no acreditaba la base representativa específica de los partidos políticos, *hizo nugatorio el derecho de sus miembros al sufragio pasivo*. La Corte IDH, por su parte, consideró que esta situación legal constituía un “límite innecesario”, agravado además ante la situación de vulnerabilidad y marginalidad que han enfrentado esas comunidades⁷⁹ y que, sin duda, la base representativa propia de las comunidades indígenas correspondía a su forma de organización particular.

75 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

76 Esta situación quedó evidenciada en el testimonio del representante de Yatama, Señor Centuriano Knight, al señalar que la exclusión de este colectivo de las elecciones, implicaba excluir a las comunidades RAAN y RAAS de la representación popular, al tener la primera un ochenta por ciento de indígenas en su población, veinte por ciento la segunda, y al sumar los indígenas un quince por ciento de la población total de Nicaragua. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 110.

77 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 206.

78 Para un estudio a profundidad sobre esta temática, especialmente entre constitucionalismo y la democracia, ver Salazar, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica-III UNAM, México, 2006.

79 Como lo ha expresado la propia Corte IDH: “[a]l analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en este caso, se debe tomar en consideración que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad [...]”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 202.

Para fortalecer esta ruta argumentativa que permitiera abonar a que la representación popular obtenida por la Comunidad Yatama era suficiente para ejercer su participación en los comicios, sin necesidad de que se ajustara a lo previsto por ley en relación con los partidos políticos, la Corte IDH se refirió inicialmente a atender el propio elenco taxativo de condiciones de regulación previsto en la disposición;⁸⁰ condiciones en las que no encuadraban las que había opuesto el Estado para restringir la participación de la Comunidad Yatama, no teniendo justificación alguna, por lo que la Corte IDH consideró que se trataba de una *exclusión discriminatoria*.

Posteriormente, recurrió a los criterios que marcaron el análisis de fondo, y que son primordiales en la resolución de casos sobre derechos humanos por parte de las cortes internacionales:

- a) Criterio consensual.- es el criterio de apreciación mediante el cual el tribunal internacional acude a las figuras de derecho interno para la aplicación de los tratados; al marco normativo doméstico, especialmente de tipo constitucional, de tal suerte que atenderá al contexto de esta legislación para verificar la amplitud o restricción de determinado derecho.⁸¹

Lo anterior quedó claramente expresado en la sentencia de la siguiente manera:

De conformidad con lo establecido en el artículo 29.b) de la Convención Americana, la Corte consider[ó] que para garantizar la efectividad de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica, como lo son las presuntas víctimas en este caso, Nicaragua deb[ía] tomar en cuenta la protección específica establecida en los artículos 5, 49, 89 y 180 de la Constitución Política y en el artículo 11.7. del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica.⁸²

- b) Criterio de interpretación pro persona.- las normas sobre derechos humanos se consideran como un conjunto de estándares mínimos que generan sistemas normativos de reenvíos hacia otros ordenamientos con los que se integran en la medida que se amplía su cobertura a favor de las personas; es el sentido de la integración en un “bloque de constitucionalidad”, y del “principio de interpretación conforme”, que han sido asumidos por una buena parte de las constituciones de la región,⁸³ y el criterio que, en función de estos diseños normativos, permite determinar la norma prevalente en caso de antinomias. Las cláusulas que posibilitan este reconocimiento se han establecido en las cartas fundamentales sobre derechos humanos –tratados internacionales o constituciones– y en el caso concreto implicaría que la CADH remite a los ordenamientos nacionales si encuentra fundamento protector en ellos, como establece el criterio interpretativo del artículo 29.b).⁸⁴

La exclusión de los candidatos presentados por la organización Yatama a las elecciones para alcaldes, vicealcaldes y concejales en los comicios de 2000 en Nicaragua no acreditó los requisitos para una distinción que se mantuviera en los parámetros de las condiciones de igualdad, sino que incurrió en discriminación, a juicio de la Corte IDH. De esta forma, reiterando su jurisprudencia constante con respecto a las restricciones permisibles a los derechos humanos mediante reglamentación, señaló que

80 La Corte IDH señaló que “[d]e acuerdo al artículo 23.2 de la CADH se p[odía] reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a los que se ref[er]ía el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 206.

81 Ver Caballero, J. L. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos en España y México*. Porrúa, México, 2009, p. 214.

82 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 205.

83 Por ejemplo, Colombia (artículo 93), Venezuela (artículo 23), Bolivia (artículo 13.4), República Dominicana (artículo 74.3), Haití (artículo 19), Ecuador (artículo 417), Argentina (artículo 75.22), Perú (artículo 3), Brasil (artículo 5.LXX-VII.2), México (artículo 1, párrs. primero y segundo).

84 De lo cual da cuenta también el citado párrafo 205 de la sentencia Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. El artículo 29 de la CADH sobre las normas de interpretación de la CADH establece: “[n]inguna de las disposiciones de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de cualquiera otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]”.

esta debe atender a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad,⁸⁵ tal y como lo ha venido desarrollando desde el inicio de su labor jurisprudencial. La Corte IDH encontró de inicio que no se acreditó la necesidad de la medida, sino que por el contrario, simplemente se restringió indebidamente el derecho a ser elegido a cargos de elección popular.⁸⁶

Además, en el caso *Yatama*, la Corte IDH amplió su jurisprudencia porque señaló que ante la exclusión de Yatama de las elecciones sin una justificación objetiva y razonable, estaba de por medio también la contravención al artículo 24 (sobre el derecho a la igualdad frente a la ley),⁸⁷ y que la vulneración de ambos dispositivos –23 y 24– de la CADH,⁸⁸ constituían una violación al principio de igualdad como prohibición de discriminar, categoría que “ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”, como lo ha señalado a partir de la jurisprudencia dictada en la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.⁸⁹ Así, la jurisprudencia emitida en *Yatama* ha servido para determinar el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 23.1. de la CADH en condiciones de igualdad, y ha servido para documentar la construcción de casos nacionales aplicando el control de convencionalidad.⁹⁰

De esta forma, el caso *Yatama* se ha conducido más allá del ámbito de los derechos políticos para situarlo en el terreno de la igualdad. La Corte IDH entendió que las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua enfrentaban una situación de marginalidad y vulnerabilidad que hacía indispensable que el Estado tomara medidas específicas para su completo acceso a la participación en procesos electorales.⁹¹ En este sentido, es importante observar cómo los representantes de las víctimas argumentaron que la falta de representación política tuvo efectos directos en las decisiones que tomaron las posteriores autoridades municipales en lo referente al uso y manejo de recursos.⁹²

Sobre este aspecto es esclarecedor el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, quien resaltó la necesidad de superar una mera igualdad formal, que deja intacta o solo disimula la discriminación. El concepto que ha tratado de desarrollar en su voto es el de una igualdad que supere la simulación de lo que ha definido como declaraciones de igualdad inexistentes e inaplicables,⁹³ siendo necesario “crear

85 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 206.

86 “La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas [...] que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran Yatama”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 218. (énfasis agregado)

87 El artículo 24 de la CADH relativo a la igualdad ante la ley señala: “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

88 “Como ha señalado el resolutivo cuatro: “[e]l Estado violó los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la ley consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma [...]”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, parte resolutive.

89 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

90 En México, en el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano SUP-JDC-695/2007, resuelto el 6 de julio de 2007, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, decidió revocar la sentencia emitida por el organismo electoral del Estado de Baja California, que hizo nugatorio el derecho del demandante para contender por la gubernatura de esa entidad federativa. A juicio de la Sala Superior, se aplicaron disposiciones legales restrictivas; que no encontraban justificación objetiva y razonable y, por tanto, eran discriminatorias, contrarias a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, de conformidad con la sentencia en el caso *Yatama vs. Nicaragua*. Para una reflexión sobre este caso, ver: Caballero Ochoa, J. L. “Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en *Comentarios a la Sentencia SUP-JDC – 695/2007 del TEPJF*. Número 3 de la serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, TEPJF, México, 2008.

91 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párrs. 201 y 202.

92 *Ibidem*, párr. 179.

93 *Ibidem*, párr. 27, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

una circunstancia” para que sea posible alcanzar los objetivos que persiguen los derechos humanos en el terreno político.⁹⁴

2.3. Artículo 23.1.: ejercicio continuo y en condiciones de igualdad de derechos políticos

Además de los casos analizados, durante los últimos años la Corte IDH se ha visto en la necesidad de pronunciarse sobre la relación que existe entre el ejercicio de los derechos políticos y el derecho a defender los derechos; este último derecho, si bien no se encuentra expresamente reconocido en la CADH, ha tenido un importante desarrollo en el escenario internacional.⁹⁵

En el marco del litigio que caracterizó a los casos *Luna López*, y *Defensor de Derechos Humanos y otros*, ambos contra el Estado de Guatemala, la CIDH y la respectiva representación de las presuntas víctimas, sostuvieron en sus alegatos ante la Corte IDH que el *análisis del derecho a la participación política debía darse en relación con el trabajo de defensa y la promoción de los derechos humanos que las víctimas desarrollaban al momento en que se cometieron las violaciones a sus derechos humanos*.

Este nuevo enfoque de argumentación resulta relevante para el análisis del artículo 23 en la medida en que permite una interpretación amplia del alcance de los derechos políticos, y comienza a tejer una relación importante con el derecho a defender derechos humanos, situación que sin duda contribuye a su desenvolvimiento teórico y jurisprudencial.

El caso *Luna López vs. Honduras* se refería a la privación de la vida del señor Carlos Luna López, quien al momento de los hechos se desempeñaba como regidor de la Corporación Municipal de Catacamas, Departamento de Olancho, en Honduras, desde el cual continuaba ejerciendo labores de defensa de derechos humanos, especialmente del derecho al medio ambiente, a través de la denuncia de diversos actos de corrupción por parte de empresas dedicadas a la extracción de recursos madereros. En el análisis del caso, uno de los argumentos principales por parte de la defensa del señor Luna López era que la privación de la vida de la víctima estuvo íntimamente relacionada con el ejercicio de su labor de defensa de los derechos humanos, misma que desempeñaba desde su cargo de regidor. Todo ello, a juicio de la representación se traducía en una vulneración a los derechos políticos del señor Luna López.

La Corte IDH, pese a haber declarado la responsabilidad internacional de Honduras por el incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la vida del señor Luna López al no haber actuado con la debida diligencia para evitar su muerte, determinó que Honduras no podía ser considerado responsable por la violación a sus derechos políticos en la medida en que no se había demostrado la participación directa de agentes del Estado en su muerte. Al respecto, la Corte IDH determinó:

[...] de los hechos del [...] caso la Corte [IDH] encuentra que primeramente no se acreditó la responsabilidad de agentes del Estado en el asesinato de Carlos Luna López, lo que en todo caso, derivó en la responsabilidad del Estado por la violación de la obligación de “garantizar” su derecho a la vida y no así de la obligación de “respetar” dicho derecho. Es decir, el Estado no fue considerado responsable en este caso por violar, a través de sus agentes, el derecho a la vida del señor Luna López. Además, [...] no se acreditó una vulneración directa deliberada por parte del Estado a los derechos políticos de Carlos Luna López en relación con su labor como Regidor Municipal y defensor del medio ambiente. Por el contrario, la posible afectación a sus derechos políticos es consecuencia lamentable de su muerte, afectación que no necesariamente puede ser atribuible al Estado, para los efectos del presente caso.⁹⁶

94 *Ibidem*, párr. 31, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

95 Ver Meza Flores, J. *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011. Asimismo, ver CIDH. *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, 2011.

96 Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013, párr. 144.

Un año después, la Corte IDH se vio frente a la necesidad de analizar un caso similar relacionado con la defensa de derechos humanos y el ejercicio de derechos políticos, esta vez en contra de Guatemala. El caso *Defensor de Derechos Humanos* planteaba una problemática similar al caso *Luna López*, es decir, la investigación en torno al homicidio del señor A. A. quien se desempeñaba como alcalde del Consejo Comunitario de Desarrollo y se dedicaba a la promoción de derechos sindicales y en general de los derechos económicos, sociales y culturales. A diferencia del caso *Luna López*, en esta ocasión la Corte IDH consideró que no contaba con elementos suficientes para determinar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de garantizar el derecho a la vida del señor A. A. toda vez que ni la CIDH ni la representación de las víctimas habían aportado información suficiente que permitiera determinar que el Estado tenía o debía tener conocimiento del riesgo al que se enfrentaba el señor A. A. Siguiendo el criterio emitido en el caso *Luna López*, la Corte IDH precisó que en el caso, al no contar con elementos suficientes para declarar un incumplimiento por parte del Estado de su deber de proteger el derecho a la vida del señor A. A. en el ejercicio de sus labores como defensor de derechos humanos, tampoco se contaban con elementos suficientes para establecer que el Estado había incumplido su deber de garantizar el ejercicio de sus derechos políticos.⁹⁷

Sin embargo, además del señor A. A., una víctima adicional figuraba en el caso, lo cual permitió a la Corte IDH realizar un pronunciamiento en torno a la relación entre la defensa de derechos humanos y el ejercicio de derechos políticos. La señora B. A. –hija del señor A. A.– se desempeñaba como vicepresidenta de la Red de Mujeres de Escuintla, como oficial de Organización Social del Municipio de Santa Lucía y, posteriormente, como secretaria del COCODE. Tras el homicidio de su padre y después de haber denunciado una serie de actos de intimidación en su contra y de su familia, la señora B. A. tuvo que desplazarse a la ciudad de Escuintla, y aun cuando hizo de conocimiento del Estado tales actos, este no tomó ninguna medida tendiente a brindarle protección. Por tal razón, la Corte IDH concluyó que Guatemala había incumplido con sus obligaciones derivadas del artículo 22 de la CADH (sobre el derecho de circulación y de residencia), así como con su obligación de garantizar el derecho a la integridad de la señora B. A. y su familia, al no haber actuado con la debida diligencia para evitar su desplazamiento y cualquier posible daño a su integridad.

Debido a este nexo causal (la omisión de garantizar el derecho a la integridad personal de la señora B. A. y su desplazamiento forzoso), la Corte IDH pudo analizar la vulneración de los derechos políticos protegidos por el artículo 23 de la CADH. A juicio de la Corte IDH, el hecho de que la señora B. A. hubiera tenido que dejar su lugar de residencia en el que comúnmente desempeñaba cargos políticos a causa del riesgo en el que se encontraban ella y su familia, se tradujo en un obstáculo para el ejercicio continuo y en condiciones de igualdad de sus derechos políticos. De manera puntual, la Corte IDH señaló que:

[...] en [dichas] circunstancias, debido a la naturaleza de las funciones que realizaba la señora B. A. como Oficial de Organización Social en la Municipalidad de Santa Lucía Cotzumalguapa, dicho desplazamiento necesariamente implicó una interrupción de sus labores desde este cargo político, a las cuales no pudo reintegrarse sino hasta el 16 de febrero de 2006. Por otro lado, dado que para ejercer su cargo de Secretaria dentro del COCODE del Cruce de la Esperanza, la señora B.A. debía residir en dicha aldea, a la cual aún no ha podido retornar, la Corte IDH consider[ó] que aquella no pudo continuar en el ejercicio de sus derechos políticos a partir de este cargo público. Por lo anterior, la Corte IDH consider[ó] que el Estado no garantizó las condiciones necesarias para que la señora B. A. pudiera continuar en el ejercicio de sus derechos políticos desde los cargos políticos que ostentaba.⁹⁸

Pese a que con los casos *Luna López*, y *Defensor de Derechos Humanos y otros*, la Corte IDH amplió el criterio de análisis y valoración de los derechos políticos hacia su necesaria relación con el derecho a defender derechos humanos, puede señalarse que la clase de teoría que la Corte IDH comenzó

97 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 149.

98 *Ibidem*, párr. 188.

a generar en torno al nexo causal que se requiere para la acreditación de la vulneración de derechos políticos en relación con el derecho a defender derechos humanos y otros derechos, como el derecho a la vida o a la integridad, requiere un análisis detallado en futuras ocasiones, toda vez que parece trazar un camino demasiado estrecho para la configuración de tales violaciones y, por tanto, propiciar un escenario inaccesible para la justicia internacional por este tipo de actos.

2.4. Artículo 23.1.c.: acceso y permanencia en condiciones de igualdad a los cargos políticos

El caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* aborda la destitución arbitraria de la juez María Cristina Reverón Trujillo en octubre de 2004 de la Sala Político-administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Si bien, la CIDH no incluyó dentro de los artículos que consideraba violados de la CADH al artículo 23, los representantes solicitaron su inclusión,⁹⁹ alegando su violación en virtud de que la Señora Reverón fue tratada de manera desigual frente a su derecho a ingresar y permanecer en funciones públicas, en este caso al negársele participar en el proceso en que podría haber adquirido el carácter de jueza titular.¹⁰⁰

Siguiendo su jurisprudencia en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH reiteró que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, implicaba también el acceso directo a la participación en las funciones públicas, refrendando así su criterio de que los Estados deben de generar condiciones e implementar mecanismos para que los derechos políticos se ejerzan de manera efectiva, con respeto al principio de igualdad y no discriminación.¹⁰¹

Dado que el caso se refería al cese de una funcionaria, el Estado en su momento alegó que la protección del artículo 23.1.c. no se extendía a la permanencia en el servicio público. Sin embargo, la Corte IDH, siguiendo al caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*,¹⁰² señaló que el derecho se extiende a la permanencia, ya que solo garantizar el acceso sería insuficiente. En este mismo tenor, la Corte IDH estimó que la diferencia de trato entre jueces titulares y provisionales no respondía a un criterio de razonabilidad y, por tanto, se había violado el artículo 23.1.c. de la CADH en relación con las obligaciones de respeto y garantía del artículo 1.1. del mismo instrumento.¹⁰³

2.5. Las calidades de los sujetos en la protección de los derechos políticos (el margen de apreciación nacional)

Es importante señalar que en un análisis minucioso de estos derechos por vía jurisdiccional en el SIDH, los casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. México*, representan una reivindicación desde sujetos que no encuadran en el tradicional sistema de representación electoral. En el primer caso, las comunidades indígenas como entidades de participación política no partidista y, en el segundo, como un candidato independiente buscando espacios en el terreno de la contienda electoral monopolizado por los partidos políticos, aunque, desde luego, a diferencia del primero, “sin representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones [...]”,¹⁰⁴ como lo consideró la Corte IDH en su momento. En este sentido, ambos casos han buscado abrir espacios a nuevos actores dentro de un panorama dominado por los partidos como única vía de acceso al poder, aunque en los últimos años existe una tendencia de mayor apertura, ante la brecha de representatividad entre aquellos y la sociedad civil.

99 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 4.

100 *Ibidem*. 2009, párr. 131.

101 *Ibidem*. EPFRC. 2009, párr. 139.

102 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 206.

103 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 141.

104 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 172.

El caso *Castañeda Gutman vs. México* ha sido un foco rojo, ya que evidencia la dificultad para ampliar distintas formas de ejercicio del sufragio pasivo, mediante excepciones a la normativa interna que no se han considerado discriminatorias para efectos de la CADH. Se trataría de una colisión entre los derechos contenidos en el artículo 9 (derecho de asociación) y el 35, fracción II (derecho al sufragio) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; esto es, si el derecho al voto pasivo requiere necesariamente la dimensión asociativa, como se desprende de la legislación en la materia, concretamente el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales [COFIPE] (de la normativa interna mexicana) que señalaba en su artículo 176, párr. 1 (actualmente artículo 218.1), que “corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular”.¹⁰⁵

Ahora bien, la Corte IDH realizó una construcción jurisprudencial abundante del tema¹⁰⁶ porque, además de abordar el punto fundamental de la acción en vía de recursos internos, fue invocada por los representantes en ejercicio de *locus standi*.¹⁰⁷ El punto fundamental era que la prohibición de las candidaturas independientes en el sistema jurídico mexicano, efectivamente contravenía el artículo 23 de la CADH, al prever un tipo de limitación no contemplado en el tratado.

El artículo 23.2. de la CADH ha establecido una serie de condiciones taxativas para la regulación de los derechos políticos, que no admitirían una consideración ulterior por vía de interpretación, al tratarse de una regla y no de un principio –como acontece también con el artículo 13.2., relativo a la prohibición de censura–,¹⁰⁸ lo que se hizo valer enfáticamente por los representantes.¹⁰⁹

Sin embargo, la argumentación de la Corte IDH siguió otra ruta: estimando que el artículo 23 de la CADH “debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica”,¹¹⁰ y que el párrafo relativo a las causales de regulación tiene como fin evitar la discriminación,¹¹¹ realizó el test de condiciones y requisitos para regular y restringir los derechos en la CADH según su propia jurisprudencia:¹¹² a) legalidad de la medida restrictiva; b) finalidad de la medida restrictiva; c) necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva.

La conclusión de la Corte IDH, además de que las causales taxativas de regulación pueden permitir ampliaciones compatibles con la CADH, ha sido que los modelos electorales que permiten o prohíben las candidaturas independientes, no vulneran la CADH siempre y cuando se garantice “el derecho y oportunidad a ser votado previsto en la C[ADH] en condiciones de igualdad”.¹¹³

105 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 134 - 205.

106 *Ibidem*, párrs. 135 - 136.

107 “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a.- el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o, b.- la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

108 Los representantes de la víctima alegaron que “[c] marco jurídico mexicano, al exigir como requisito indispensable para que una persona pueda participar en una contienda electoral en que la postulación sea presentada exclusivamente por un partido político, es violatoria del segundo párrafo del artículo 23 de la CADH, el cual, establece que la ley puede reglamentar los derechos políticos exclusivamente por las razones allí previstas. Dichas restricciones son taxativas, no enunciativas, por lo que el derecho interno no puede incluir otras no previstas expresamente en dicha norma, dado que dicho precepto utiliza la palabra ‘exclusivamente’.” Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 151.

109 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 153.

110 *Ibidem*, párr. 155.

111 De conformidad con los criterios marcados, particularmente, a partir de la opinión consultiva sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

112 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 201 y ss.

113 Así lo aprecian Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva con respecto a este caso: “[I]a Corte IDH ha desestimado el planteamiento de violación a los derechos de participación democrática al dar a entender que las candidaturas independientes todavía no constituyen un derecho fundamental dimanante de aquellos, de manera que los Estados miembros cuentan con un margen de apreciación para establecerlas o no dentro del sistema jurídico nacional”. Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva, F. *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa-III-

Nos encontramos, sin lugar a duda, frente a la figura del margen de apreciación nacional, que la Corte IDH ha sido reticente a aceptar en su desarrollo jurisprudencial, pero que vemos con toda claridad en esta resolución. A través de este principio se permite que el Estado establezca sus propios criterios de actuación respecto a temas no muy desarrollados aún por el derecho común inherente a los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos.¹¹⁴ De esta suerte, empleando este principio, para la Corte IDH un sistema que prohíbe, o que permite las candidaturas sin vinculación a partido político alguno, puede ser compatible con la CADH:

Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en [el] artículo 23 de la [CADH]. La Corte [IDH] considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente, de cómo se regulen los aspectos mencionados anteriormente de las candidaturas independientes o de la regulación de las candidaturas presentadas por partidos.

[...]

Finalmente, la Corte [IDH] considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la C[ADH] y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales.¹¹⁵

No obstante, cuando un tratado internacional establece una regla dura prescriptiva y no un principio, los márgenes de interpretación y de ponderación se reducen, como ocurre con las cláusulas de prohibición de discriminar. Estamos ante una cuestión compleja y que no ha sido aceptada pacíficamente. La Corte IDH no ha podido operar plausiblemente en torno a los estrechos márgenes que le ha dejado la CADH, más aún si consideramos que en el caso *Yatama* acudió a las limitaciones taxativas de la disposición precisamente para argumentar sobre la discriminación del colectivo indígena.

Cabe recordar que en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH señaló que las condiciones para limitar el ejercicio de los derechos políticos por vía de regulación son necesariamente las contempladas en el artículo 23.2. de la CADH, por lo que no fue posible establecer que la pertenencia a un partido político constituyera un requisito *sine qua non* para acceder a las contiendas electorales. Sin embargo, no sostuvo lo mismo en el caso *Castañeda Gutman*, en el que, a pesar de que la controversia se resolvió por vía de declarar la vulneración del artículo 25 de la CADH, la Corte IDH no determinó una condena contra el Estado mexicano por violación al artículo 23 de la CADH.¹¹⁶ Precisamente, debido a que la asociación en un partido no es condición taxativa de regulación, lo que fue el origen de la *litis*.

El tema ha sido controvertido y ha llevado a cuestionar, no solo el elenco de causales previstas en el tratado, sino su interpretación.¹¹⁷ Debido a que se incorporó al instrumento una regla dura en el

UNAM, México, 2009, pp. 44-45. Con relación al margen de apreciación nacional, ver el comentario al artículo 14 (derecho de rectificación o respuesta), a cargo de Sagüés.

114 “De acuerdo con el artículo 23.2. de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso”. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 206.

115 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 200 y 204.

116 Por ejemplo, Amaya Úbeda de Torres ha señalado: “[a]dicionalmente, no sólo es la lista de restricciones al derecho al voto bajo el artículo 23.2. exhaustiva, pero también se le ha dado una interpretación limitada por los órganos del [SIDH]. A pesar de que los criterios de lenguaje, nacionalidad, edad, y educación no han sido controvertidos, [el criterio de] nacionalidad ha conllevado dificultades debido a que con frecuencia es empleado para limitar de forma arbitraria el derecho al voto”. Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *op. cit.*, p. 597. (traducción libre)

117 En México se ha publicado una importante reflexión académica en torno a este caso. Ver, por ejemplo, Ferrer MacGregor, E. y Silva, F. *op. cit.*; Carmona, J. U. “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la

ordenamiento –las limitaciones son exclusivamente por ciertas causales– con pocas posibilidades de permitir ejercicios de ponderación como ocurre en el caso de la mayoría de las normas sobre derechos humanos, en cuanto a principios.

No obstante, el caso *Castañeda Gutman* ha develado la necesidad de incluir el acceso a la justicia como condición indispensable para el ejercicio de los derechos políticos.¹¹⁸ Si el caso *Yatama vs. Nicaragua* evidenció que estos derechos deben ser ejercidos en condiciones de igualdad, en el caso *Castañeda Gutman* la Corte IDH precisó que también deben ejercerse en condiciones de plena justicia.

Si bien es cierto no hubo una condena por violaciones al artículo 23 de la CADH al estimar la Corte IDH que la prohibición de candidaturas independientes no constituía una violación a esa disposición, sí desarrolló las condiciones del derecho de acceso a un recurso judicial efectivo para dotar de contenido las condiciones de ejercicio de los derechos políticos de cara a este derecho previsto en el artículo 25 de la CADH.¹¹⁹ De esta forma, la Corte IDH consideró que la falta de un recurso para el demandante:

podiese cuestionar, no solamente el acto de autoridad administrativa que le había impedido contender como candidato independiente por la Presidencia de la República en México, sino la constitucionalidad de la norma secundaria, en este caso, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en que se basó dicho acto, constituía una violación, al incumplirse dos condiciones indispensables para la efectividad de un recurso judicial: el acceso al mismo; y, que el tribunal competente para resolver tuviese las facultades necesarias para la restitución de la víctima en el goce de sus derechos.¹²⁰

Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, t. IX, IJ-UNAM, México, 2009. Pelayo Möller, C. M. y Vázquez Camacho, S. “El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, t. IX, IJ-UNAM, México, 2009.

118 La narrativa del caso en sede interna da cuenta de la ‘tortuosidad’ que en México enfrentaba la justiciabilidad de los derechos políticos. Se trata del amparo en revisión 743/2005 promovido por Jorge Castañeda Gutman ante la imposibilidad legal de contender como candidato independiente a la Presidencia de la República para los comicios del 2 de julio de 2006, y que fue sobresido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La acción se dirigía a combatir la posible inconstitucionalidad de la legislación electoral, así como los actos derivados de su aplicación. A pesar de la trascendencia del asunto, la Suprema Corte no entró al fondo del asunto, en pocas palabras, porque los derechos políticos no alcanzaban en el país la categoría de *garantías individuales* y no podían ser tutelados por vía de amparo. Además, en este mismo sentido, fue consecuente también con la imposibilidad de que este juicio se constituyera como vía idónea para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes electorales, para lo cual debía acudir a la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 105, fracción II, recurso en el que los particulares no contaban con legitimación activa, sino únicamente los órganos de poder público. El problema se complicaba, en ese entonces, porque si el particular accedía al medio que se supone idóneo para la defensa de los derechos políticos, esto es, el Juicio para la Protección de los Derechos Político-electorales del Ciudadano, de cualquier forma no podía impugnar la inconstitucionalidad de una ley en la materia, toda vez que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no era competente para este tipo de control.

119 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 103 y ss.

120 Ver, por ejemplo, Poder Judicial de la Federación. Tesis P/J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. De lo dispuesto en los artículos 99 y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por un lado, que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y es el órgano especializado en el Poder Judicial de la Federación, cuya competencia es la de garantizar la especialización, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de esa función jurisdiccional, así como la custodia de los derechos políticos electorales de los ciudadanos, y verificar que los actos y resoluciones que al respecto se dicten, se ajusten al marco jurídico previsto tanto en la propia Constitución Federal, como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y, por otro, que a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde en forma exclusiva conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución Federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna está claramente limitada, por mandato constitucional, al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral solo puede manifestarse respecto de algún acto o resolución, o sobre la interpretación de un precepto constitucional,

De esta manera, un entramado normativo y jurisprudencial se había construido para hacer nugatoria la posibilidad de promover un recurso para contrastar la norma secundaria posiblemente violatoria del derecho al sufragio pasivo —el COFIPE— con la Constitución mexicana. Por un lado, el juicio de amparo, instrumento para la protección de los derechos humanos, y mecanismo idóneo para obtener una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, fue sobreseído, tanto ante el Juzgado de Distrito como en su revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación al estimarse que las leyes electorales no podían impugnarse por este medio, sino por las vías conducentes en la jurisdicción electoral, sin que esta pudiera pronunciarse en temas de constitucionalidad.¹²¹ Se evidenció, así, una trampa a la justicia que la Corte IDH hizo patente desautorizando este sentido de la jurisprudencia constitucional emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹²²

El caso también es aleccionador porque documenta lo que sucede ante medidas cautelares que no se han cumplido;¹²³ o bien, cuando se está ante recursos que pretendidamente no han sido agotados, porque no hay la forma de acceder a ellos, como se hizo valer en la tercera excepción preliminar, resuelta en el fondo.

2.6. Inhabilitaciones y derechos políticos

Sobre el rubro de las inhabilitaciones y los derechos políticos, el caso *López Mendoza vs. Venezuela* es particularmente importante. A diferencia del resto de los casos analizados, el centro de la disputa recae sobre las restricciones a postularse a cargos públicos debido a la inhabilitación de la Contraloría y sin la condena firme de un juez penal competente de conformidad con el artículo 23.2. de la CADH, lo que según la CIDH, significaba una restricción al derecho al sufragio pasivo.¹²⁴

El caso versaba sobre la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por vía administrativa del señor López Mendoza y su subsecuente participación en las elecciones regionales del año 2008.¹²⁵ Las víctimas también ampliaron las violaciones en lo que se refiere al artículo 23 de la CADH, para incluir el derecho a ser elegido por voto secreto que garantizara la libre expresión de la voluntad de los electores, y la no limitación de los derechos políticos más que por sentencia definitiva emitida por juez competente y bajo las reglas del debido proceso.¹²⁶ Leopoldo López Mendoza se desempeñaba como alcalde del municipio de Chacao, del 2000 a 2008 periodo en el que ganó dos elecciones.¹²⁷ Posteriormente, buscó postularse para la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas; sin embargo, pendían sobre él dos sanciones de inhabilitación impuestas por la Contraloría, una por su participación en la empresa estatal Petróleos de Venezuela S. A. y otra por su labor como alcalde.¹²⁸

El hecho de que la inhabilitación proviniese de la Contraloría —órgano administrativo y no judicial o de carácter jurisdiccional penal—, fue uno de los argumentos centrales esgrimidos tanto por la CIDH como por los representantes de la víctima.¹²⁹ Como resume de manera muy acertada la Corte IDH, en este caso estamos ante una restricción de los derechos políticos contenidos en el artículo 23.1. (sufragio

siempre que esta no sea para verificar la conformidad de una ley electoral con el propio ordenamiento supremo, ya que de lo contrario estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde. Contradicción de tesis 2/2000 – PL, entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de mayo de 2002. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

121 Tal y como lo aprecian Ferrer Mac-Gregor y E., Silva, F. *op. cit.*, p. XXI.

122 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, cuarta excepción preliminar, párrs. 37 y ss.

123 *Ibidem*, párrs. 77-133.

124 *Ibidem*, párr. 95.

125 *Ibidem*, párr. 2.

126 *Ibidem*, párr. 5.

127 *Ibidem*, párr. 30.

128 *Idem*.

129 *Ibidem*, párrs. 101-102.

pasivo concretamente), sin tomar en cuenta los requisitos del artículo 23.2.¹³⁰ Por tanto, estamos ante una interpretación integrada de la disposición. El voto concurrente razonado del juez Diego García Sayán, se desmarcó de la apreciación taxativa del artículo 23.2., al señalar que la referencia a un juez penal no es taxativa, y que otros órganos –entre ellos menciona específicamente la justicia electoral–, pueden establecer restricciones a los derechos políticos de conformidad con la CADH.¹³¹

Debido a que la Corte IDH señaló que se vulneraron los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza, dentro de las reparaciones se incluía su rehabilitación política y, por consiguiente, que se garantizara la posibilidad de que participara en los próximos comicios electorales.¹³²

2.7. La vigencia del orden democrático y la garantía de la función jurisdiccional en un Estado constitucional de derecho

Un aspecto particular surge de dos sentencias emitidas por la Corte IDH en 2013 en contra de Ecuador. En los casos *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)* y *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)*, la Corte IDH determinó la existencia de una afectación al artículo 8 de la CADH en relación con el artículo 23 de la misma. Ambos casos se relacionan con la misma problemática: la destitución arbitraria de las y los magistrados que integraban las dos cortes más importantes de Ecuador. De ahí, la razón de que sean dos sentencias con los mismos criterios pero enfocadas a instituciones diversas.

En los casos de referencia, la Corte IDH analizó la vulneración del artículo 23 en relación con el artículo 8 de la CADH toda vez que una cantidad importante de jueces fueron destituidos de sus cargos en la estructura judicial del Estado. De acuerdo con la Corte IDH, este tipo de actos de destitución generaron como consecuencia una afectación directa a la independencia judicial en su vertiente subjetiva, es decir, en relación con las y los jueces que ejercían dicha función. A juicio de la Corte IDH, cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1. de la CADH, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c. del mismo instrumento.¹³³

Sin embargo, y alejándose un tanto de la línea jurisprudencial que marcó la resolución de los casos venezolanos anteriormente analizados, en estos dos casos ecuatorianos la Corte IDH amplió a una dimensión objetiva el concepto de independencia judicial. De acuerdo con este último enfoque, la independencia judicial se relacionaba con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia.¹³⁴ Lo interesante de este pronunciamiento es el análisis que la Corte IDH realiza en torno a la vigencia de la función jurisdiccional con la estabilidad democrática del Estado a la luz del artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana. A juicio de la Corte IDH, la división de poderes dentro de un Estado constituye un elemento esencial de toda democracia, por lo que cualquier atentado directo o indirecto de uno de los poderes en contra de cualquiera de los otros dos genera, en sí mismo, una desestabilización del contexto armónico que la democracia debe representar para las personas.

Así, en uno de los párrafos tal vez más emblemáticos de esta decisión, la Corte IDH determinó que el haber destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema constituyó un atentado contra la independencia judicial, alteró el orden democrático, el Estado de Derecho e implicó que en ese momento no existiera una separación real de poderes. Además, implicó una desestabilización tanto del poder judicial

130 *Ibidem*, párr. 105.

131 *Ibidem*, párr. 16, voto concurrente razonado del juez Diego García Sayán. Esto en línea con lo que señaló el mismo juez en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, al precisar que el sistema electoral del Estado puede restringir los derechos políticos y ser también compatible con la CADH.

132 *Ibidem*, párr. 217.

133 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 154.

134 *Idem*.

como del país en general y desencadenó que, con la profundización de la crisis política, durante siete meses no se contara con la Corte Suprema de Justicia, con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos.¹³⁵

La emisión de este par de decisiones en el sentido en el que fueron resueltas por la Corte IDH marcan una línea de separación interesante en la jurisprudencia que caracterizaba el análisis del artículo 23 de la CADH. Ello es así toda vez que la Corte IDH toma distancia de la visión tradicional en la que consideraba el estudio de los derechos políticos como un elemento particular de una democracia procedimental asociada al ejercicio de derechos específicos como el voto.

3. Cuestiones conflictivas de derechos político-electorales sobre las que podría pronunciarse el SIDH

3.1. Suspensión de derechos políticos y las personas privadas de la libertad

La suspensión de los derechos políticos se encuentra contemplada en varias de las constituciones de los Estados americanos.¹³⁶ También tal restricción se encuentra en sintonía con la posibilidad de restricción temporal de ciertos derechos a las personas privadas de la libertad, de conformidad con el Principio VIII sobre derechos y restricciones de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas.¹³⁷ No obstante, la extensión en que las restricciones, ya sean administrativas o judiciales, derivadas de procesos penales o de otro tipo de inhabilitaciones políticas, sean compatibles con la CADH, es un terreno aún no definido del todo. Un dato es que Uruguay realizó una reserva al artículo 23 respecto a las personas privadas de la libertad en los siguientes términos: “[e]l artículo 80, numeral 2 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece que la ciudadanía se suspende ‘por condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaria’ ”.

Esta limitación difiere de la establecida por el artículo 23.2. de la CADH, la cual se refiere a condena, por juez competente en un proceso penal. Aquí aparecen varios problemas, el primero de ellos es definir si la suspensión de derechos políticos a personas sujetas a proceso es compatible con la CADH. En principio, el artículo 23.2. se refiere a condena, y también a un proceso de tipo penal y no administrativo. A estos requisitos habría que añadirles los de debido proceso establecidos principalmente en los artículos 8 (garantías judiciales), 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 24 (igualdad ante la ley), y 25 (protección judicial) de la CADH.

Resulta fundamental el principio de presunción de inocencia del artículo 8.2., y de su lectura conjunta con el 23.2. se puede concluir que el estándar marcado por la CADH es que *se requiere una sentencia condenatoria, emanada de un juez penal competente, con el cumplimiento de las garantías*

135 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, párr. 221.

136 En la Constitución venezolana se prevé la interdicción civil o inhabilitación política, tanto para ejercer el voto (artículo 64), como para optar por un cargo de elección popular, cuando dichas personas hayan sido condenadas por delitos durante el ejercicio de sus funciones o cuando afecten el patrimonio público (artículo 65). De la misma manera, la Constitución peruana de 1993 toma como casos de suspensión de ciudadanía por: resolución judicial de interdicción, sentencia privativa de la libertad o por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos (artículo 33). En lo que respecta a la Constitución de El Salvador de 1983, existen dos supuestos en los que se limitan los derechos políticos: la suspensión (artículo 74) y la pérdida (artículo 75). La suspensión opera cuando exista auto de formal prisión, enajenación mental, interdicción judicial o cuando la persona se niegue a desempeñar, sin causa justificada, un cargo público. La pérdida de los derechos deriva de conducta notoriamente viciada, condena por delito, de la compra y venta de votos en las elecciones, la suscripción de actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República o los funcionarios, autoridades y agentes que coarten la libertad de sufragio. En el caso de pérdida de derechos político-electorales, estos se pueden recuperar por vía de rehabilitación suscrita por la autoridad competente.

137 Documento aprobado por la CIDH, en su 131º periodo ordinario de sesiones celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

de debido proceso, para efectos de suspender los derecho político-electorales. Si bien hasta ahora la Corte IDH no se ha pronunciado al respecto, existen casos nacionales interesantes como el del desafuero de uno de los principales contendientes a las elecciones de 2006 en México, Andrés Manuel López Obrador, por encontrarse sujeto a un proceso penal pendiente de fallo judicial.¹³⁸ Si bien, dicho proceso no llegó a sentencia, debido a la gran presión social articulada por miles de ciudadanos mexicanos que se lanzaron a las calles para manifestarse en contra del desafuero, el uso incorrecto del procedimiento de juicio de procedencia y sobre todo el tema de la suspensión de derechos políticos aparecían en el centro de las discusiones jurídicas y políticas. Para analistas como Jaime Cárdenas, la interpretación del artículo 38.II. según la cual se suspenden los derechos políticos de un ciudadano o una ciudadana mexicana antes de dictarse sentencia definitiva que amerite pena privativa de libertad, supone una violación tanto al artículo 23 de la CADH, como al artículo 25 del PIDCP.¹³⁹

En el año 2014, la Corte IDH emitió la sentencia del caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile* en la que condenó al Estado por la violación a los derechos al debido proceso, al principio de legalidad, a la libertad de expresión, a la presunción de inocencia y a los derechos políticos, entre otros, en perjuicio de diversos dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche. A juicio de la Corte IDH, la ilegalidad de las disposiciones penales aplicadas, así como los diversos errores surgidos a lo largo de la tramitación de los procesos seguidos en su contra, generaron como consecuencia diversos impactos a otros derechos, en especial a los derechos políticos de los integrantes del pueblo indígena Mapuche.

Los integrantes del pueblo Mapuche quienes habían participado en diversas marchas y manifestaciones para solicitar la reivindicación de sus territorios ancestrales, habían sido procesados, juzgados y condenados por el estado chileno en aplicación de la Ley n.º 18.314 o también conocida como “Ley Antiterrorista”. Dicha legislación fue considerada contraria a la CADH por la Corte IDH dada la ambigüedad en los términos que incluía para la determinación estricta del tipo penal de terrorismo.

Una de las principales cuestiones que caracterizan el caso es que la condena, derivada de los procesos seguidos en contra de los integrantes y dirigentes del pueblo indígena Mapuche, incluía la imposición de penas accesorias de inhabilitación que restringían el ejercicio de derechos políticos y la libertad de expresión. Respecto de este punto, el artículo 9 de la Constitución de Chile, así como el artículo 28 del Código Penal, señalaban la posibilidad de imponer en algunos casos penas perpetuas y, en otros, hasta por 15 años, de inhabilitación para el ejercicio de funciones o cargos públicos relacionados con la enseñanza pública, la conducción de medios de comunicación, e incluso para la dirección de organizaciones políticas educativas, profesionales, empresariales, estudiantiles o sindicales. A juicio de la Corte IDH, la imposición de las referidas penas accesorias, en las que se afectaba el derecho al sufragio, la participación en la dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas, incluso con carácter absoluto y perpetuo o por un término fijo y prolongado, resultaba contraria al principio de proporcionalidad de las penas y constituía una gravísima afectación de los derechos políticos.¹⁴⁰

En el caso particular, tales penas habían sido aplicadas en contra de los integrantes y dirigentes del pueblo indígena Mapuche, situación que fue considerada por la Corte IDH como una consecuencia desproporcionada que afectó de manera particular los derechos indígenas de las víctimas y de sus comunidades. Este pronunciamiento dual por parte de la Corte IDH es una de las mayores virtudes de la sentencia, pues siguiendo con la línea de protección que había venido trazando desde el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH determinó que la imposibilidad dirigida a dirigentes de pueblos y comunidades indígenas para el ejercicio de derechos políticos y electorales constituye una afrenta desproporcionada no solo para los individuos que ejercen tales derechos, sino también para las comunidades a las

138 Al respecto, ver Cárdenas, J. “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 116, IJ-UNAM, México, 2006, pp. 371-403. Tal caso subrayó los problemas de la aplicación del artículo 38, fracción II, en el que se suspenden los derechos o prerrogativas de los ciudadanos, cuando se encuentren sujetos a procesos criminales por delitos que merezcan pena corporal, desde el auto de formal prisión.

139 Cárdenas, J., *op. cit.*, pp. 397-398.

140 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 383.

que representan. De manera particular, la Corte IDH precisó que por la condición de líderes y dirigentes mapuches de los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao (Lonkos), así como del señor Ancalaf Llaupé (Werkén), la restricción de los derechos políticos de estos también afectó a las comunidades de las cuales eran miembros puesto que, por la naturaleza de sus funciones y su posición social, no solo su derecho individual resultó afectado sino, también, el de los miembros del pueblo indígena Mapuche a quienes representaban.¹⁴¹

Además de las personas privadas de la libertad, algunas constituciones de los Estados partes de la CADH, prevén otras limitaciones subjetivas como los derechos políticos de los ministros de culto, o también a miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional.¹⁴² Pese a la existencia de este primer pronunciamiento por parte de la Corte IDH, en el caso del *Pueblo Indígena Mapuche*, es importante precisar que las consideraciones expresadas guardaron una relación estrecha con el análisis particular de las condiciones y contexto indígena que caracterizaban a las víctimas, por lo que queda aún por ver si las limitaciones al ejercicio de derechos políticos derivadas de la imposición de penas en contextos distintos a aquellos de naturaleza indígena resultan compatibles con el artículo 23 de la CADH.

3.2. Derechos políticos, personas en condiciones especiales de protección y acciones afirmativas

3.2.1. Participación política y género

Una creciente utilización de acciones positivas para incluir a grupos históricamente relegados en el ejercicio de sus derechos político-electorales, ha sido motivo de polémica tanto desde la teoría, como en los congresos, y ante los tribunales de los Estados partes. El caso más claro es el de las cuotas de género y participación político-electoral de las mujeres. Los derechos de las mujeres, han sido robustecidos en el SIDH a partir del caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*.¹⁴³ En este, por primera vez, la Corte IDH aplicó la Convención de Belém do Pará; posteriormente en fechas más recientes, en tres casos en contra de México se ha desarrollado la jurisprudencia en el tema: *González y otras ("Campo Algodonero")*,¹⁴⁴ *Fernández Ortega y otros*,¹⁴⁵ y *Rosendo Cantú y otra*.¹⁴⁶ También de forma incipiente se empieza a desarrollar la defensa jurisdiccional ante discriminación por orientación sexual en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.¹⁴⁷

Ya en el caso específico de los derechos político-electorales, la obligación de establecer esquemas de ampliación de la participación política de las mujeres se contempla específicamente en la Convención de Belém do Pará, la cual se refiere a los derechos político-electorales dentro de los derechos listados en su artículo 4. Específicamente se incluye el derecho a tener acceso a las funciones públicas del país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.¹⁴⁸ Si bien, dichos derechos se encuentran fuera de los incluidos como tutelables ante el SIDH en el artículo 7, la Convención de Belém do Pará también se refiere a la obligación de los Estados de ofrecer a las mujeres que han sufrido

141 *Ibidem*, párr. 385.

142 En el caso de la Constitución del Perú, (artículo 34) que si bien permite el voto y a la participación ciudadana a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, les prohíbe postularse a cargos de elección popular, participar en actividades partidarias o manifestaciones, no realizar actos de proselitismo mientras se encuentren en servicio activo. Este artículo fue reformado por Ley n.º 28480 de 20 de marzo de 2005 para matizar la prohibición total de participación política de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, incluyendo el voto. Sin embargo, antes de la reforma tales sujetos podían participar políticamente si se encontraban en situación de retiro. En el caso de la Constitución de Ecuador, también se restringe el voto a los miembros de la fuerza pública en servicio activo (artículo 27).

143 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

144 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

145 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

146 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

147 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

148 Convención de Belém do Pará, artículo 4.j.

violencia, programas de rehabilitación y capacitación que les permita participar plenamente en la vida pública, privada y social, lo cual puede incluir la participación política.¹⁴⁹ La obligación de los Estados de promover el acceso a espacios políticos a las mujeres no es tan clara en la Convención de Belém do Pará, por lo que habría que recurrir a las disposiciones de la CEDAW y su comité vía la Recomendación General n.º 23 sobre vida política y pública.¹⁵⁰

La situación cambia considerablemente en los ordenamientos jurídicos de origen nacional en los Estados americanos. En ellos se han constitucionalizado o legalizado las acciones positivas tendientes a fomentar la participación de las mujeres en la política. Los Estados han optado por una fórmula tripartita que involucra las cuotas de género para efectos de ampliar la participación política de las mujeres:¹⁵¹ la reserva de un número determinado de curules, cuotas partidistas y cuotas legislativas. Esta última opción es la que predomina en América Latina.

Un caso particularmente interesante es el de Argentina,¹⁵² pues no solamente existe el reconocimiento constitucional de las acciones positivas en materia de igualdad de género en el marco político-electoral, sino que también dichas acciones se extienden más allá de la elección de mujeres a cargos de elección popular, a la vida interna de los partidos políticos. En este caso se combinan tanto la opción por las cuotas partidistas como las cuotas legislativas, de tal manera que abarque el acceso a cargos públicos por parte de las mujeres de manera integral, desde el partido y hasta las elecciones parlamentarias.

En el caso de México, la legislación electoral por medio del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, ha comenzado progresivamente a incorporar un sistema de cuotas. Si bien el sistema tiene más de una década, ya que fue implementado en 1996, fue hasta 2002 que se estableció una cuota máxima del setenta por ciento de candidatos de elección directa y una fórmula para aquellos de representación proporcional.¹⁵³ Actualmente, y desde 2007, el sistema de cuotas se ha incrementado hasta establecer que el máximo de sesenta de las candidaturas serán integradas por personas del mismo género, obligando a que el cuarenta restantes sean del otro, sin distinguir alguno en específico.¹⁵⁴ Un problema que se ha mantenido desde 2002 es que se excluyen de dichas cuotas aquellas candidaturas que han resultado de un proceso de elección democrático de conformidad a los estatutos de cada partido.¹⁵⁵ Esta excepción se presentaba como el talón de Aquiles de las reformas, y ha sido interpretada derivada de procesos de impugnación ante los órganos electorales mexicanos. Concretamente, el Consejo General del Instituto Federal Electoral, el 7 de octubre de 2011, sostuvo que se podrían presentar 180 candidatos o candidatas a la Cámara de Diputados (de 300 de representación directa, es decir, el 60 por ciento), y 38 al Senado de un mismo género (de un total de 64 de representación directa, es decir, el 60 por ciento). El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación modificó dicho criterio y estableció que se debería respetar la cuota de género del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.¹⁵⁶ Así, solo se podrían presentar 120 candidaturas para diputados, y 26 al Senado, del mismo género. Sin embargo, para algunos, a pesar de la implantación de cuotas de género, los partidos continúan discriminando otorgando candidaturas a mujeres en distritos en los que no tienen fuerte presencia electoral.¹⁵⁷

Una figura más perversa, utilizada por los partidos políticos para la perpetuación del patriarcado, ha sido la designación de candidatas a quienes, una vez ganada la diputación o senaduría, se les obliga

149 *Ibidem*, artículo 8.f.

150 Comité CEDAW. Recomendación General n.º 23, 16º periodo de sesiones, 1997.

151 Ver Aguilar Rivera, J. A. *Igualdad democrática y medidas afirmativas. ¿Equidad y cuotas?* TEPJF, México, 2011, p. 33.

152 El artículo 37 garantiza la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios por medio de acciones positivas de regulación de los partidos políticos y del régimen electoral.

153 E. COFIPE, artículo 175.

154 *Ibidem*, artículo 219.

155 *Idem*.

156 SUP-JDC-126240/2011 y acumulados.

157 Ver Aguilar Rivera, J. A., *op. cit.*, p. 37.

a renunciar para que tome posesión el suplente varón. También, en el caso de listas de representación proporcional, el orden y alternancia en que se presentan candidaturas de varones y mujeres. El tema ha sido objeto de una acción judicial por parte de una candidata en el que el método de alternancia en las listas (en el que a una mujer le seguían dos varones y después una mujer) era cuestionado.¹⁵⁸ La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió a favor de la candidata y ordenó la modificación del orden de la lista electoral para que quedara alternada de manera continuada entre ambos géneros, lo que implicaba subir un lugar en la lista para la candidata.

La extensión del sistema de cuotas de género a aspectos de la vida interna de los partidos políticos, también ha sido un tema tratado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y puede dar algunas luces respecto a futuros casos ante la Corte IDH. En este sentido, se resolvió si las cuotas de género se extendían también a las representaciones de los partidos políticos ante los Consejos Distritales del Instituto Federal Electoral, encargados en buena medida de la organización y vigilancia de la jornada electoral.¹⁵⁹ Existía una obvia discriminación en la que la inmensa mayoría de los representantes ante los Consejos en dicha elección eran varones, mientras que la militante era propuesta como suplente.

3.2.2. Artículo 23 de la CADH y derecho a la consulta libre, previa e informada/ de los pueblos y comunidades indígenas y tribales

Además de las discriminaciones en razón del género, otro grupo de especial protección jurídica han sido los pueblos indígenas. De igual forma, los distintos tipos de víctimas se han ido visibilizando en los casos más recientes. A partir de su actividad jurisdiccional, la Corte IDH ha protegido a miembros de comunidades indígenas por violaciones a sus derechos, como documenta el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*,¹⁶⁰ ante una matanza perpetrada por agentes del Estado. Es, fundamentalmente, a partir del emblemático caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*,¹⁶¹ (en el que propiamente se va iniciando una jurisprudencia en relación con los pueblos y comunidades indígenas y tribales como sujetos colectivos de derecho),¹⁶² que se afirma la necesidad de crear un mecanismo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas de conformidad con sus usos y costumbres. Seguirán, entre otros, los casos *Comunidad Moiwana vs. Surinam*,¹⁶³ *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*,¹⁶⁴ el propio caso *Yatama vs. Nicaragua*, y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*.¹⁶⁵

Particularmente, el caso *Yatama* se centró en los derechos políticos de los pueblos indígenas, ya que el acceso y delimitación de sus territorios guarda una amplia relación con sus derechos políticos, pues ambas son formas de autonomía. Esta línea interpretativa se robusteció en 2015, con la sentencia del caso *Kaliña Lokono vs. Surinam*,¹⁶⁶ relacionada con la solicitud de reivindicación de territorios ancestrales por parte de diversos pueblos y comunidades indígenas de Surinam. Pese a la aparente similitud de este caso con otros en la materia, como el de *Saramaka*, en esta ocasión la Corte IDH amplió de manera importante sus criterios interpretativos a favor de la garantía de los derechos políticos de pueblos y comunidades indígenas.

158 Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-461/2009. Para un comentario a dicha sentencia, ver Cuéllar, A. y García, I. *Equidad de género y representación: la regla de alternancia para candidaturas de representación proporcional*. TEPJF, México, 2010.

159 Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-1154/2010. Para un comentario a dicha sentencia, ver Aragón Castro, L. L. *Alcances y límites de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en los órganos electorales*. TEPJF, México, 2011.

160 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. F. 1991.

161 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

162 Aguilar Cavallo, G. "Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas", en Von Bogdandy, A. et al., (coords.), *op. cit.*, p. 19.

163 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

164 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

165 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

166 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Retomando su jurisprudencia constante en materia indígena, la Corte IDH refirió la necesidad de reconocer a los pueblos y comunidades indígenas una personalidad jurídica colectiva que les permitiera hacer exigibles sus derechos, no solo de propiedad, sino también de participación. Es decir, si bien la Corte IDH en ocasiones anteriores había enfatizado la necesidad de que los Estados llevaran a cabo consultas libres, previas e informadas en relación con posibles proyectos que pudieran afectar, directa o indirectamente, los territorios indígenas de pueblos y comunidades,¹⁶⁷ en esta ocasión la Corte IDH fue un paso más adelante al reconocer este tipo de ejercicios en el marco del derecho a la participación efectiva a través de un proceso de consulta. De este modo, puede decirse que derivado de este pronunciamiento un ejercicio de consulta previa, libre e informada *representa un mecanismo de protección dual*. Por un lado, protege materialmente los territorios indígenas, y con ello el derecho de propiedad colectiva y comunal y, por el otro, protege también de manera material y procedimental el derecho a participar en la determinación de los asuntos públicos que puedan afectar los derechos de pueblos y comunidades indígenas.

Esta novedosa precisión es, sin duda alguna, un desarrollo congruente de la Corte IDH que termina por redondear los estándares de protección a favor de los pueblos y comunidades indígenas en el SIDH, en la medida en que amplía las condiciones para el ejercicio de la personalidad jurídica reconocida desde algunas sentencias anteriores.

Asimismo, si bien la Corte IDH enfatizó que la participación efectiva de los pueblos deberá ser garantizada por el Estado respecto de cualquier plan de desarrollo o inversión, así como de cualquier actividad nueva de exploración o explotación que pueda originarse en el futuro en los territorios tradicionales de los pueblos, no precisó la manera como el Estado debería de asegurar dicha participación más allá de los estándares ya señalados, ni tampoco generó una vinculación más clara entre este derecho de participación y el ejercicio efectivo del derecho a la personalidad jurídica que les debe ser reconocida a estos pueblos. Probablemente, un pronunciamiento de esta naturaleza habría terminado por confeccionar de manera íntegra y mucho más sólida la naturaleza de los derechos indígenas en su vertiente colectiva como una clase de derechos indivisibles que únicamente pueden ser ejercidos en comunidad.

3.2.3. *Personas con discapacidad*

Otro grupo de personas que ha merecido un desarrollo convencional específico por parte de la OEA, son las personas con discapacidad. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, también se refiere a las obligaciones de los Estados respecto a la participación política de las personas con discapacidad. Dentro de la obligación general de adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de otra índole, para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración, se incluyen las medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades como las políticas y de administración.¹⁶⁸ Más interesantes resultan las obligaciones que tienden a una democracia participativa, sobre todo la participación de personas con discapacidad y sus organizaciones en el diseño de las políticas públicas derivadas de la aplicación de ese instrumento.¹⁶⁹

4. Conclusión

Ante los avances en la implantación de un modelo electoral liberal en América Latina, la Corte IDH, en los casos de derechos políticos, está llamada a jugar un papel que trascienda un modelo estrictamente afinado en la participación electoral, hacia uno más amplio y efectivo de participación política. Los

167 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

168 Artículo III.1.a.

169 Artículo V.

casos *Castañeda Gutman vs. México* y *Yatama vs. Nicaragua*, ya nos hablan del rumbo a tomar, en el que la Corte IDH estará llamada a abrir espacios a sectores tradicionalmente excluidos tanto de la participación electoral como política en general. El avance en la consolidación de los sistemas de participación indígena en la toma de decisiones políticas, que comenzó en Nicaragua, pero que muestra un mayor avance en Bolivia, Colombia, Ecuador y Guatemala, parece ser un terreno en el que no todo está dicho.

Los nuevos embates a la participación electoral, como los procesos de inhabilitación descritos en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, también tienen resonancia en actos como el intento de desafuero del anterior regente capitalino de la Ciudad de México en 2004. Sin embargo, paradójicamente, también la lucha por fortalecer procesos de rendición de cuentas en la región, hace de la inhabilitación una herramienta necesaria para el sistema democrático.

El futuro más alentador sería el desterrar los casos extremos de violación de los derechos políticos, como los casos *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* y *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, del recuento de la historia de los regímenes autoritarios en nuestra América. Sin embargo, para poder lograr este objetivo, el SIDH debe ser sensible ante regresiones de corte autoritario que pasan por alto un avance democrático en la región que no debe admitir marcha atrás, como la actuación de poderes fácticos al margen de los Estados; un golpe de Estado inadmisible como el que tuvo lugar en Honduras en 2009; o, la cada vez más grande brecha entre los partidos políticos y los electores. Este tipo de esfuerzos parecen ir consolidándose con la apertura expresada por la Corte IDH en sentencias importantes como aquellas que resolvieron los casos del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, y de la *Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, en donde la Corte IDH no solo protege la visión tradicional de democracia, sino que además comienza a ampliar las condiciones de protección para el aseguramiento de otros derechos que resultan indispensables para el contexto democrático de los Estados como la libertad de expresión, la protesta pacífica, la división de poderes y la independencia judicial.

Artículo 24. Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C n.º 152. En adelante: Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C n.º 234. En adelante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n.º 257. En adelante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Repara-

ciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 73/00, *Marcelino Hanríquez et al. vs. Argentina*, Caso 11.784, 3 de octubre de 2000.

CIDH. Informe n.º 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, 19 de enero de 2001.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968.

TEDH. *Caso Abdulaziz vs. United Kingdom*, 25 de abril de 1985.

TEDH. *Caso Johnston y otros vs. Irlanda*, Sentencia 18 de diciembre de 1986, vol. 112, Serie A.

TEDH. *Caso Inze vs. Austria*, 28 de octubre de 1987.

TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. n.º 33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000.

TEDH. *Caso of Thlimmenos vs. Greece* (Application n.º 34369/97), 6 de abril de 2000.

TEDH. *Caso Glor vs. Switzerland*, 30 de abril de 2009.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

Colombia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-230 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093 de 2001.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 2007.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-029 de 2009.

Estados Unidos

U.S. Supreme Court. *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 US 144, April 25, 1938.

U.S. Supreme Court. *Korematsu vs. United States*, 323 US 214, December 18, 1944.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización Internacional del Trabajo

OIT. Convenio n.º 11 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958.

Organización de las Naciones Unidas

Asamblea General

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 3 de junio de 2008.

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 4 de junio de 2009.

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 8 de junio de 2010.

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 7 de junio de 2011.

Comité DESCONU

Comité DESCONU. Observación General n.º 16, *la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 3 del PIDESC) 2005.

Comité DESCONU. Observación General n.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC) E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

Comité DHONU

Comité DHONU. *Caso Broeks vs. los Países Bajos*. Comunicación n.º 172/1984, 9 de abril de 1987.

Comité DHONU. Observación General n.º 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989.

Comité DHONU. *M. J. G. vs. los Países Bajos*, Comunicación n.º 267/1987, UN Doc.CCPR/C/OP/2, 1990.

Comité DHONU. *Toonen vs. Australia*, Comunicación n.º 488/1992, CPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992.

Comité DHONU. *Jacobs vs. Bélgica*, Comunicación n.º 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004.

Comité de Derechos del Niño ONU

Comité de los Derechos del Niño ONU. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de febrero de 2001.

Otros órganos y organismos

Comisión DHONU. “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, Informe presentado por la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de conformidad con la Resolución 2002/30 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Misión en la República Dominicana. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1.

Referencias académicas

BAYEFSKY, A. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990.

COURTIS, C. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010.

DULITZKY, A. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos* n.º 3, Santiago de Chile, 2007.

EIDE, A. y TORKELO, O. “Equality and non discrimination”, en *Publication*, n.º 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 1990.

GONZÁLEZ, M. y PARRA, Ó. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, vol. 47, San José, 2008.

PALACIOS, P. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

SHELTON, D. “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.

WEIWEI, L. “Equality and Non- Discrimination Under International Human Rights Law” en *Research Notes*, n.º 03, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2004.

Contenido

1. Introducción	708
2. Ámbito de aplicación	710
2.1. La distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas de igualdad	710
2.2. El artículo 24 de la CADH como cláusula autónoma de igualdad	711
3. Contenido y alcance	712
3.1. La discriminación como distinción arbitraria	715
3.2. El artículo 24 de la CADH con relación a grupos históricamente discriminados	727

1. Introducción

El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación es quizás la disposición formulada con mayor recurrencia en las normas internacionales de derechos humanos. No solo está consagrado expresamente en una amplia variedad de tratados,¹ sino que además se encuentra implícito en las normas que garantizan los derechos humanos a “toda persona”. No resulta por tanto exagerado afirmar que este principio “es la norma común a la mayor parte de los tratados de derechos humanos, tanto del sistema universal como de sistemas regionales”.²

La Corte IDH ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno”,³ y que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”.⁴ Por tal razón, ha reconocido que este principio hace parte del *jus cogens*,⁵ es decir, que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general cuya aplicación no depende del acuerdo de los Estados y que no admite disposición en contrario.⁶ Igualmente, ha indicado que se trata

- 1 Por solo mencionar algunos instrumentos: Carta de la OEA (artículo 3.1.); CADH (artículos 1 y 24); DADDH (artículo II); Protocolo de San Salvador (artículo 3); Convención de Belém do Pará (artículos 4.f, 6 y 8.b); CIEFDPD (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de la ONU (artículo 1.3.); DUDH (artículos 2 y 7); PIDESC (artículos 2.2. y 3); PIDCP (artículos 2.1. y 26); CIEFDR (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1.1., 7, 18.1., 25, 27, 28, 43.1., 43.2, 45.1., 48, 55 y 70); CEFDM (artículos 2, 3, 5, 7 a 16); Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1. y 5); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); CEDH (artículo 14); Carta de Banjul (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).
- 2 Courtis, C. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, p. 106.
- 3 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 185.
- 4 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 101.
- 5 En la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH concluyó “[q]ue el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 185; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 94; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 170.
- 6 El artículo 53 de la CVDT establece que “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Igualmente, el artículo 64 del mismo instrumento dispone que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

de una norma *erga omnes* que debe impregnar todas las actuaciones del Estado y que “genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares”.⁷

Pero el principio de igualdad y no discriminación no solo tiene un carácter fundamental en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, sino que además tiene una enorme complejidad conceptual. La formulación de este principio resulta sencilla y simple en apariencia, en la medida en que recoge un mandato que algunos consideran muy claro, a saber, que se debe tratar a los iguales de la misma manera, y a los distintos de manera distinta. Sin embargo, cuando se profundiza en la comprensión de su sentido y alcance, la simplicidad conceptual se desvanece y el tema se vuelve particularmente resbaloso, lo cual explica la amplitud de las discusiones filosóficas sobre este derecho.

Por un lado, existen distintas concepciones de igualdad, que pueden ser incluso incompatibles entre sí. Por ejemplo, no solo no es lo mismo hablar de igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados, sino que a veces el respeto de uno de estos tipos puede traducirse en la vulneración de otro, como lo muestran los casos de acción afirmativa, en los que resulta necesario desconocer la igualdad de trato para combatir desigualdades de resultados y oportunidades. Por otro lado, dotar de contenido concreto el mandato de tratar igual a los iguales y distinto a los desiguales es una tarea sumamente difícil en la medida en que es preciso determinar, dentro de la infinidad de semejanzas y diferencias que existen entre las situaciones o las personas, a cuáles se les debe dar mayor relevancia para determinar cuándo se puede decir que se debe tratar igual.

El principio fundamental de la igualdad y la no discriminación es transversal en todo el cuerpo normativo de la CADH. Además de que el reconocimiento de los derechos en ella garantizados opera a partir de fórmulas que lo incluyen implícitamente (“toda persona”, “todo niño”, “todos los ciudadanos”), varios artículos relativos a distintos derechos incluyen referencias expresas a la igualdad. Así, el artículo 8.2. sobre garantías judiciales dispone que “[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad” a un determinado conjunto de garantías mínimas; el artículo 17 sobre protección a la familia establece que “[l]os Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo” (art. 17.4.) y que “[l]a ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (art. 17.5.); y el artículo 23 consagra los derechos políticos “de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual [...]” (art. 23.1.b) y “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (art. 23.1.c).

Adicionalmente, la CADH contiene dos disposiciones que se refieren en particular al principio de igualdad. La primera es el artículo 1.1. que consagra la obligación de respetar los derechos, en los siguientes términos: “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. La segunda es el artículo 24 que establece el derecho de igualdad ante la ley: “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En vista de la multiplicidad de referencias al principio de igualdad contenidas en la CADH, es necesario determinar cuál es el estatus específico de la cláusula contenida en el artículo 24. De esta cuestión, nos ocuparemos en el siguiente apartado relativo al ámbito de aplicación del mismo artículo. En este, el lector encontrará una breve descripción sobre el carácter de este artículo como cláusula autónoma de igualdad y en particular sobre su relación con el artículo 1.1. de la CADH que también consagra el principio de igualdad. Una vez abordado este aspecto, nos referiremos en el apartado 3 al contenido y alcance del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24. Este apartado está dividido

7 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 100.

en dos partes. En la primera, se ofrece al lector una presentación detallada de la noción de discriminación como distinción arbitraria y de la metodología de análisis que resulta adecuada para evaluar cuándo un trato diferenciado constituye una vulneración del derecho a la igualdad. Y en la segunda, se especifican cuáles son las obligaciones que se derivan del artículo 24 en relación con los grupos que han sido históricamente discriminados.

2. Ámbito de aplicación

2.1. La distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas de igualdad

Los tratados internacionales de derechos humanos no consagran el principio de igualdad y no discriminación a través de una fórmula única. Así, en términos de su estructura y de su relación con los derechos restantes reconocidos en un determinado tratado, es posible distinguir dos tipos de cláusulas. La primera consagra la igualdad como una garantía accesoria a cada uno de los derechos y libertades establecidos en un tratado de derechos humanos. La segunda establece la igualdad como un derecho independiente que “est[á] garantizad[o] en sí mism[o] y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto”.⁸ En el primer caso se trata de una cláusula subordinada de igualdad, mientras que en el segundo se trata de una cláusula autónoma.

Un ejemplo del primer tipo es el artículo 14 de la CEDH que establece que:

[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación.

Esta cláusula resulta complementaria a las restantes disposiciones de la CADH que consagran los derechos y libertades, y debe por tanto aplicarse en conjunto con estas. Según lo ha indicado la jurisprudencia del TEDH, esta cláusula subordinada de no discriminación debe leerse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención en tanto esta “forma parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades”.⁹

Por su parte, el artículo 26 del PIDCP ofrece un ejemplo de una cláusula de igualdad autónoma:

[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

A diferencia del artículo 14 de la CEDH, esta disposición contiene una prohibición de la discriminación que no se limita a la relativa a la garantía de los derechos y libertades establecidos en el Pacto y, que, en tal sentido, opera con independencia de estos.

Así lo ha indicado el Comité DHONU, que en su comentario general sobre la no discriminación, sostuvo que el artículo 26 “establece en sí mismo un derecho autónomo”,¹⁰ y “prohíbe la

8 Bayefsky, A. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1-34.

9 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (mercits), 23 de julio de 1968, párr. 9.

10 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párr. 12.

discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y protección de las autoridades públicas”,¹¹ y no únicamente en la esfera de los derechos reconocidos en el PIDCP.

2.2. El artículo 24 de la CADH como cláusula autónoma de igualdad

La CADH incluye los dos tipos de cláusulas. En efecto, el artículo 1.1. contiene una cláusula subordinada de igualdad, mientras que el artículo 24 constituye una cláusula autónoma. En uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH se refirió a la relación entre los dos artículos en cuestión. Respecto al artículo 1.1. afirmó que se trata de “una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado”,¹² y precisó que “todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la C[ADH] es *per se* incompatible con la misma”.¹³ Y al referirse al artículo 24 indicó:

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte [IDH] tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley *se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal*. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1. respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la C[ADH], a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.¹⁴

Según esta opinión consultiva, la diferencia entre los dos artículos radica en su alcance, más que en su contenido. Así, mientras la prohibición de discriminación del artículo 1.1. se restringe a los derechos consagrados en la misma CADH, el artículo 24 *extiende esta prohibición a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados partes al condenar todo trato discriminatorio de origen legal*.

En este sentido, la importancia del artículo 24 radica en que cubre aquellas vulneraciones del derecho a la igualdad que no involucran a su vez la violación de otros derechos reconocidos en la CADH y que, por tanto, están por fuera de la órbita de protección del artículo 1.1. Por ejemplo, la CADH no establece un derecho a obtener la nacionalidad de un Estado en el cual no se nació. Sin embargo, si un Estado parte regula el modo como los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad, esta regulación debe respetar el derecho de igual protección de la ley sin discriminación consagrado en el artículo 24. De conformidad con esto, la Corte IDH determinó (en la misma opinión consultiva relativa a la regulación de la naturalización por parte del Estado de Costa Rica), que era incompatible con el artículo 24 establecer condiciones preferentes para facilitar que la esposa extranjera de un hombre costarricense adquiriera la nacionalidad, sin disponer el mismo beneficio para el esposo extranjero de una mujer costarricense.¹⁵

11 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*, párr. 12. Cabe señalar que el PIDCP contiene además una cláusula subordinada de igualdad en su artículo 2.1., el cual dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El Comité DHONU se refirió por primera vez a la distinción entre este artículo y el artículo 26 en el caso *Broeks vs. los Países Bajos*, en el cual indicó que “[e]l artículo 26 no se limita a repetir las garantías establecidas en el artículo 2”, sino que “prohíbe la discriminación en derecho o en la práctica en cualquiera de las esferas reglamentadas y protegidas por autoridades públicas. El artículo 26 se refiere pues a las obligaciones impuestas a los Estados con respecto a su legislación y a la aplicación de la misma”. Comité DHONU. Caso *Broeks vs. los Países Bajos*. Comunicación n.º 172/1984, 9 de abril de 1987.

12 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 53.

13 *Idem*.

14 *Ibidem*, párr. 54. (énfasis agregado)

15 *Ibidem*, párr. 67.

En decisiones posteriores, la Corte IDH ha reiterado este criterio de distinción, precisando aún más la especificidad del artículo 24 como cláusula autónoma. Así, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH sostuvo que este artículo:

no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1. de la [CADH], respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.¹⁶

De conformidad con este criterio, en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH especificó que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1. y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”.¹⁷ Este planteamiento ha sido reiterado en los casos *Rosendo Cantú y otra vs. México*, *Vélez Loor vs. Panamá*, *Fernández Ortega y otros vs. México*, *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* y *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.¹⁸

En virtud de lo anterior, es posible precisar las características del artículo 24 como cláusula autónoma de igualdad. La primera es que consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos en la CADH. La segunda es que, en tanto derecho autónomo, genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados. Y la tercera es que se refiere, específicamente, a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.

Sin embargo, aunque el artículo 24 contiene un ámbito específico de aplicación que lo distingue de la garantía de no discriminación prevista en el artículo 1.1., es importante aclarar que a nivel de contenido existe una fuerte interrelación entre estas dos disposiciones, en tanto ambas constituyen una expresión del principio de igualdad y no discriminación. Por esta razón, tal como se evidencia en el siguiente apartado, las consideraciones realizadas por los órganos del SIDH en relación con el artículo 1.1. resultan pertinentes para dilucidar el sentido del artículo 24.

3. Contenido y alcance

El artículo 24 contiene dos nociones de igualdad. La primera parte del artículo alude a la igualdad ante la ley, mientras que la segunda se refiere a la igual protección de la ley sin discriminación. La forma como está redactada la disposición sugiere que el derecho a la igual protección de la ley es un corolario

16 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 186. El criterio de distinción es reiterado en otras decisiones, ver, por ejemplo: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 44; Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 348; Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 217; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 243.

17 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 209.

18 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 183. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 253. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 199. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 174. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 82. De acuerdo con Palacios, en las cláusulas de igualdad del PIDCP se encuentra un criterio semejante: “las cláusulas de no discriminación contenidas en los artículos 2.1. y 26 tienen ámbitos de aplicación claramente diferenciados e independientes, y no cabe otra explicación que sea coherente con la ubicación de ambas disposiciones en el tratado. Así, el 2.1. se aplica al trato discriminatorio que surge en el reconocimiento o el ejercicio de los derechos contenidos en la tercera parte del Pacto mientras que el artículo 26 se aplicaría a casos que no caen bajo la protección del 2.1.”. Palacios, P. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

de la igualdad ante la ley. En efecto, el artículo 24 presenta el primero como una consecuencia del segundo. Sin embargo, es importante aclarar que cada una de estas nociones expresa una concepción particular acerca del contenido y alcance del derecho a la igualdad, correspondiente cada una, además, a un determinado momento histórico.¹⁹

La igualdad ante la ley corresponde a la noción de igualdad formal prevaleciente durante el siglo XVIII, la cual aparece especialmente ligada a las preocupaciones de la época por limitar la arbitrariedad del poder ejecutivo y por garantizar la igualdad ante los tribunales.²⁰ Esta noción de igualdad “se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características”.²¹ La garantía de este derecho estaba conectada con el principio de legalidad que implicaba, por un lado, que la ley debía ser general y abstracta y, por el otro, que el juez no debía ser más que la boca que pronunciara las palabras de la ley, según la célebre definición de Montesquieu.

El Comité DESCONU en su Observación General n.º 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer, indicó que “los Estados Partes deben respetar el principio de la igualdad en la ley y ante la ley”,²² advirtiendo que la igualdad ante la ley implica que los órganos administrativos y jurisdiccionales “deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres”.²³ De este modo, el Comité DESCONU recoge bien la idea de igualdad ante la ley como aplicación imparcial de la ley.²⁴

Por su parte, el surgimiento de la noción de igual protección de la ley sin discriminación está asociado a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo, como por ejemplo las personas que fueron liberadas con ocasión de la prohibición de la esclavitud en el transcurso del siglo XIX; o de sectores que emergieron a raíz de los procesos de transformación social y que demandaban garantías específicas, tal como la clase trabajadora que surgió con la industrialización.²⁵ Dado que la esclavitud operaba en función de un criterio racial, la extensión de la protección de la ley no solo implicaba cobijar a quienes antes eran considerados y tratados como esclavos, sino garantizar que el factor racial no constituyera un criterio de restricción o exclusión para el goce de derechos. En este sentido, se consideró que la igual protección de la ley debía operar sin consideración a la raza de las personas. Otros criterios, asociados a condiciones de las personas que históricamente han sido un factor de exclusión o restricción para el goce de derechos,

19 El artículo 7 de la DUDH también recoge estas dos nociones de igualdad: “[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Para una explicación del alcance de estas dos nociones en la DUDH, ver Weiwei, L. “Equality and Non- Discrimination Under International Human Rights Law”, Research Notes, n.º 03, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2004, p. 15.

20 Eide, A. y Torkel O. “Equality and non discrimination”, en *Publication*, n.º 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 1990, pp. 7-8.

21 González, M. y Parra, Ó. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, vol. 47, San José, 2008.

22 Comité DESCONU. Observación General n.º 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 3 del PIDESC), 2005, párr. 9.

23 *Idem*.

24 Algunos autores sugieren que la noción de igualdad ante la ley prohíbe todo trato arbitrario por parte de las autoridades públicas, lo cual no solo implica una aplicación imparcial de la ley por parte de los operadores jurídicos administrativos o judiciales, sino una proscripción del establecimiento de clasificaciones injustificadas en la propia ley. Según los autores, la igualdad ante la ley implica que si la ley dispone tratos diferenciados, estos solo pueden obedecer a “criterios estrictamente funcionales” y “deben evitar la arbitrariedad”, por lo cual las clasificaciones deben ser “objetivas y razonables”. Cfr. González, M. y Parra, Ó., *op. cit.*, p. 130. Esta noción más general de igualdad ante la ley se explica por la incorporación que hacen los autores a este concepto, de la idea desarrollada especialmente durante el siglo XX, según el cual no todo trato distintivo establecido por la ley implica *per se* una violación del principio de igualdad y no discriminación. Esta idea se expresa con claridad en la jurisprudencia pionera del TEDH sentada en el caso *relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*. Pero cabe aclarar que este criterio se fijó en relación con el artículo 14 del CEDH que establece la prohibición de discriminación y que no incluye el concepto de igualdad ante la ley. En su sentido primigenio, la noción de igualdad ante la ley se limita a la aplicación imparcial de la ley, mientras que la proscripción de trato arbitrario en virtud de la ley considerada en sí misma se deriva más del concepto de no discriminación.

25 Eide, A. y Torkel O., *op. cit.*, p. 8.

como el sexo, la religión o el origen nacional, llenarían de contenido la noción de igual protección de la ley sin discriminación.

Sin embargo, pese a las diversas nociones de igualdad contenidas en el artículo 24, los términos de igualdad, igual protección y no discriminación han tendido a ser utilizados indistintamente, lo cual responde no solo a una tendencia del sistema interamericano, sino del derecho internacional de los derechos humanos en general.²⁶ Así, es una idea recurrente que los conceptos de igualdad y no discriminación constituyen, respectivamente, la dimensión positiva y la dimensión negativa de un mismo principio.²⁷ De conformidad con esto, la igualdad es entendida como la ausencia de discriminación, al paso que se estima que el respeto del principio de no discriminación conduce a una situación de igualdad. Esto ha implicado que “la igualdad jurídica se defina en el Derecho Internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación”.²⁸

La jurisprudencia de la Corte IDH es depositaria de esta perspectiva. Así, la Corte IDH ha retomado lo dicho por el Comité DHONU,²⁹ al indicar que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”.³⁰ Según la Corte IDH, esta interrelación implica que el “elemento de la igualdad [sea] difícil de desligar de la no discriminación”.³¹ De hecho, de acuerdo con la Corte IDH, la prohibición de trato discriminatorio aparece como una derivación del reconocimiento de la igualdad ante la ley.³²

Del mismo modo, al referirse a la noción de igualdad, la Corte IDH ha planteado que esta

se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.³³

Dos elementos resaltan de esta definición. El primero es el reconocimiento de una conexión esencial e inmediata entre la igualdad y la dignidad humana. Esta conexión evoca la DUDH que en su artículo 1 dispone que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El segundo, que es una derivación del primero, es que el establecimiento de privilegios, por un lado, y el trato discriminatorio, por el otro, constituyen las dos formas básicas de vulneración del derecho a la igualdad, en tanto las mismas resultan incompatibles con esa idea de la dignidad como elemento común al género humano.

26 Shelton, D. “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.

27 En su voto separado en la opinión consultiva sobre la *propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, el juez Rodolfo E. Piza sintetizó, así, el sentido de esta mutua imbricación: “parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, voto separado de Rodolfo E. Piza, párr. 10. Asimismo, ver Bayesky, A., *op. cit.*, p. 7.

28 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, voto separado de Rodolfo E. Piza, párr. 10.

29 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*, párr. 1.

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 83.

31 *Idem*.

32 La Corte IDH ha señalado que: “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 239.

33 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 55.

Como puede apreciarse, la noción de discriminación ha venido a ocupar un lugar esencial de cara a la definición del contenido y alcance del artículo 24, hasta tal punto que en buena medida el concepto de igualdad, tanto en su dimensión de igualdad ante la ley como en la de igual protección de la ley, ha terminado gravitando en torno a la idea de no discriminación. Por esta razón, es importante analizar con detenimiento qué se entiende por discriminación.

3.1. La discriminación como distinción arbitraria

La Corte IDH ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable.³⁴ Esta idea es común a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, los debates que condujeron a la formulación de la prohibición de discriminación en la DUDH ilustran que la noción de discriminación llevaba implícita la idea de trato arbitrario. Según lo explica Shelton:

una de las versiones preliminares de la DUDH prohibía ‘toda discriminación arbitraria’. El término ‘arbitrario’ se eliminó porque la mayoría de los delegados estaban de acuerdo que, en derecho, la discriminación se refiere a distinciones dañinas o injustas (arbitrarias) y no a todas las diferenciaciones.³⁵

Del mismo modo, el TEDH al interpretar el alcance del artículo 14 del CEDH que establece que todos los derechos deben ser garantizados “sin distinción alguna”, ha indicado que “el principio de igualdad de trato es violado si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable”,³⁶ es decir si la distinción es arbitraria.³⁷

De acuerdo con lo anterior, *no toda distinción de trato comporta una vulneración del derecho a la igualdad*. En palabras de la Corte IDH, “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.³⁸ Así, la Corte IDH ha admitido la legitimidad de algunos tratos diferenciales. Por ejemplo, en relación con los migrantes, ha indicado que “el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, *siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*”.³⁹ Del mismo modo, ha señalado que existen “ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”.⁴⁰ El ejemplo propuesto por la Corte IDH para ilustrar esta situación es el de la limitación de la capacidad civil de los menores de edad o de las personas que no gozan de salud mental, eventos en los cuales el trato diferenciado obedece a la finalidad de proteger precisamente el patrimonio de estas personas.

34 *Ibidem*, párr. 56. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 89.

35 Shelton, D., *op. cit.*, p. 26.

36 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968.

37 Vale la pena advertir que la fórmula de prohibición de la discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH indica que el goce de los derechos debe ser asegurado “sin distinción alguna”. Por su parte, la CADH, que fue adoptada con posterioridad tanto al CEDH como a la referida decisión del TEDH, emplea la expresión “sin discriminación alguna”, tanto en su artículo 1.1. como en el 24. En este sentido, mientras que en el caso de la CADH la interpretación del TEDH condujo a cualificar el alcance de la expresión “sin distinción alguna”, indicando que se trataba de una distinción arbitraria; en el caso de la CADH, la Corte IDH no tuvo que añadir ninguna calificación a la expresión, sino más bien desentrañar un sentido que ya aparecía implícito en la noción de discriminación.

38 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, 1984, párr. 56.

39 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 248. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 119. (énfasis agregado)

40 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 56.

Dado que no toda distinción implica una discriminación, es necesario entonces especificar las condiciones bajo las cuales una diferencia de trato constituye una violación del derecho a la igualdad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.⁴¹

En esta misma línea, la CIDH ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando “a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue”.⁴² Del mismo modo, ha puntualizado que “[u]na distinción basada en criterios razonables y objetivos (1) persigue un propósito legítimo y (2) emplea medios proporcionales al fin que se busca”.⁴³

Con este planteamiento, la CIDH retoma implícitamente algunos de los puntos centrales del test de razonabilidad que fijó el TEDH en el paradigmático caso relativo a *ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de idiomas en la educación en Bélgica*, en el cual el TEDH se pronunció por primera vez sobre el artículo 14 del CEDH que consagra la prohibición de discriminación. En este caso, el TEDH señaló que:

[u]na distinción de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por la C[EDH] no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece claramente que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.⁴⁴

De conformidad con estas pautas, es posible delimitar una metodología para el análisis de los casos que involucren una diferencia de trato. Así, siguiendo lo advertido por la CIDH, en primer lugar, es preciso establecer si la diferencia opera en relación con situaciones análogas o similares. Si es así, corresponde entonces, en segundo lugar, determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la distinción. Para tal efecto, es recomendable utilizar un test que permita racionalizar el análisis de las medidas diferenciadoras. De estos dos puntos nos ocuparemos a continuación.

3.1.1. Tratar igual a los iguales

Uno de los puntos más complejos en el análisis de la discriminación corresponde a la verificación de cuándo estamos ante situaciones semejantes que ameriten, en principio, un trato igual. La igualdad es un concepto relacional que incorpora un mandato claro, que es casi tan viejo como la filosofía y la civilización occidentales, pues ya Aristóteles lo formulaba en sus obras,⁴⁵ a saber, que “se debe tratar a los iguales de la misma manera, y a los distintos de manera distinta”. Un análisis filosófico elemental permite concluir que el mandato aristotélico de “tratar igual a los iguales” es vacío, en la medida en que no precisa cuál es el criterio que permite diferenciar o igualar a las personas o a las situaciones. El problema es que ninguna situación es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación; y, en ese mismo sentido, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos, como puede ser al menos el hecho de que son eventos. En

41 *Ibidem*, párr. 57.

42 CIDH. Informe n.º 73/00, *Marcelino Hanríquez et al. vs. Argentina*, Caso 11.784, 3 de octubre de 2000, párr. 37. ,

43 CIDH. Informe n.º 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625 19 de enero de 2001, párr. 31.

44 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968, párr. 10.

45 Ver, por ejemplo, *Ética a Nicómaco*, Libro V, capítulo 3, párr. 1006.

tales circunstancias, las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas, sino siempre parciales. Esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista. Por ello, algunos analistas han concluido que, en sentido estricto, la igualdad no tiene un significado propio como mandato.⁴⁶

La determinación del carácter análogo de las situaciones o de las personas depende de las circunstancias de los casos concretos y de la finalidad perseguida por las autoridades. En particular, la relevancia de las semejanzas y diferencias debe fijarse con respecto a la norma o situación específica de la cual se deriva el trato distintivo, en tanto el asunto en cuestión consiste precisamente en determinar si dos personas o grupos son lo suficientemente similares para reclamar *prima facie* un trato igual en un asunto en particular, o lo suficientemente distintas para justificar o incluso para exigir un trato diferenciado. *Son pues el tipo de trato realizado y el propósito perseguido por las autoridades los factores que determinan si la situación es o no relevantemente igual.*

La definición de la existencia de supuestos de hecho análogos no resulta problemática en aquellos casos en los cuales es claro que no hay diferencias de peso entre las personas o situaciones comparadas. Un ejemplo de la jurisprudencia interamericana es el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, en el cual la Corte IDH se refirió a la situación de dos niñas nacidas en República Dominicana, ambas con ascendencia haitiana, a las cuales les fue negada la declaración tardía de nacimiento bajo el argumento de no haber presentado la documentación requerida. La Corte IDH constató que la legislación dominicana exige requisitos distintos para el registro según la edad de los menores y advirtió que en este caso el Estado había exigido el cumplimiento de los requisitos previstos para los mayores de 13 años, cuando las menores Yean y Bosico tenían 10 meses y 12 años, respectivamente. Al efectuar el análisis de igualdad, la Corte IDH determinó sin mayor dificultad que “las niñas Yean y Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad”.⁴⁷ Al no existir ninguna diferencia relevante, en relación con las disposiciones de registro entre las niñas Yean y Bosico y el resto de menores dominicanos menores de 13 años, resultaba clara, en este caso, la existencia de supuestos de hecho idénticos, más que similares.

El caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* es otro caso de la jurisprudencia interamericana en el cual las personas involucradas se encontraban en la misma posición en relación con los requisitos exigidos por la normatividad para acceder a determinados beneficios. En este, la Corte IDH se refirió a la situación de cuatro ahorristas uruguayos a quienes les fueron resueltas desfavorablemente sus solicitudes de acceder a ciertas medidas de rescate financiero adoptadas por el Gobierno con ocasión de la crisis del sistema bancario que se presentó en el año 2002, mientras que a otros veintidós ahorristas sí les fueron aceptadas. La Corte IDH determinó que en dos de los casos alegados, los ahorristas se encontraban en los mismos supuestos que fueron determinantes para la aceptación de la solicitud de uno de los casos que sí fue admitido.⁴⁸ En este caso, la evaluación de la identidad de las situaciones se basó en el análisis de la posición que tenían los ahorristas en relación con los requisitos exigidos para acceder a los beneficios. Al encontrar la semejanza de la situación de algunos de los ahorristas, la Corte IDH concluyó que existió un trato discriminatorio, pues no se ofreció ninguna motivación que permitiera constatar que los criterios para la admisión de las solicitudes fueron aplicados de manera objetiva.⁴⁹

Sin embargo, en otros casos el modo de enfocar el análisis del carácter análogo de las situaciones se torna problemático. Algunos ejemplos de la jurisprudencia internacional resultan ilustrativos. Por

46 Ver la polémica en Estados Unidos suscitada por el artículo de Peter Westen “The empty idea of equality”, en *Harvard Law Review*, n.º 95, 1982. Ese texto ha dado lugar a respuestas críticas de Chereminsky y Greenawalt y la discusión no puede ser considerada resuelta, pues se prolonga hasta nuestros días, como lo muestra el volumen 110 de *Harvard Law Review* de abril de 1997, dedicado al tema, con un texto de Christopher Petes en defensa de Westen y una crítica de Greenawalt.

47 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 165.

48 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párrs. 183-184.

49 *Ibidem*, párr. 185.

ejemplo, en el caso *Johnston y otros vs. Irlanda*,⁵⁰ el TEDH determinó que no existía discriminación en el trato distintivo que otorgaba el Estado irlandés en materia de divorcios, consistente en que solo se reconocían aquellos que fueran obtenidos en el extranjero por irlandeses domiciliados fuera del país. Los peticionarios alegaban que esto discriminaba a los irlandeses que por su situación económica no podían establecer su domicilio fuera del país para obtener el divorcio. El TEDH –sin detenerse a explicar las razones– se limitó a indicar que los irlandeses no domiciliados en el exterior no se encontraban en una situación análoga a la de los que sí lo estaban, derivando de esta razón la inexistencia de discriminación.

En este caso existía por lo menos una semejanza y una diferencia evidentes entre los grupos de personas comparados. La semejanza es la nacionalidad irlandesa y la diferencia es la de tener el domicilio fuera del país. Un modo distinto de enfocar el asunto implica partir de la pregunta acerca de ¿qué tan relevante era dicha diferencia en relación con la definición de las reglas relativas al reconocimiento del divorcio?, y ¿por qué dicha diferencia pesaba más que la semejanza para hablar de la existencia de una situación análoga? Sin embargo, el TEDH no se planteó esta cuestión, razón por la cual, a nuestro juicio, su análisis resultó desafortunado. Como lo indicó acertadamente Shelton, en este caso el TEDH “[e]mpleó la mismísima diferencia de trato contra la que se reclamaba para concluir que las dos situaciones no eran análogas”.⁵¹

Otro ejemplo que vale la pena mencionar es el caso *M.J.G. vs. los Países Bajos* que fue declarado inadmisile por el Comité DHONU, en el cual el peticionario era un conscripto objetor de conciencia que fue citado para comparecer ante un Tribunal Militar por desobedecer órdenes en el curso de su servicio militar. En su comunicación individual alegó que existía una distinción injustificada entre civiles y conscriptos, en cuanto en la jurisdicción ordinaria era posible impugnar una citación, no así en la jurisdicción penal militar, que era a la cual se encontraba sometido el peticionario. El Comité DHONU determinó que al caso no le era aplicable el artículo 26 del PIDCP, pues el autor no argumentó “que el procedimiento militar penal de los Países Bajos no se est[aba] aplicando de igual manera a todos los ciudadanos holandeses que presta[ban] servicio en las fuerzas armadas de ese país”.⁵² Esto indica que el Comité DHONU asumió que *no existía una situación asimilable entre civiles y militares para invocar un trato igual en materia de interposición de recursos*. Según el Comité DHONU, *el reclamo solo habría podido fundarse respecto de la aplicación del procedimiento militar a otro soldado*. Al igual que en el caso anterior, el Comité DHONU omitió justificar por qué la diferencia consistente en que una persona es militar y otra civil, pesaba más que la semejanza de ser ciudadanos holandeses, teniendo presente que lo que estaba en juego era la definición de un derecho procesal.

En contraste con las citadas decisiones internacionales, vale la pena referir un caso del ámbito nacional en el cual el análisis sobre el carácter análogo de las situaciones en juego resulta más completo. Se trata de la discusión que se dio en la Corte Constitucional colombiana en relación con el derecho de las parejas homosexuales a contar con un régimen de protección patrimonial como el previsto para las parejas heterosexuales que conviven en unión libre. En un principio, la Corte Constitucional negó el reclamo fundado en la violación del derecho a la igualdad, bajo la idea de que los dos tipos de parejas no se encontraban en una situación asimilable. Según la Corte, las parejas heterosexuales conformaban una familia según la definición constitucional y además tenían la capacidad natural de procrear, lo cual las diferenciaba de las parejas homosexuales que de conformidad con su criterio no encajaban en el concepto constitucional de familia, ni tampoco podían reproducirse.⁵³ Sin embargo, años después reconsideró su posición y determinó que, por razones de igualdad, el régimen de protección patrimonial previsto para las uniones heterosexuales debía extenderse a las uniones homosexuales *pues la orientación sexual de las personas no era un criterio relevante para determinar cuáles parejas ameritaban o no ser beneficiadas de ese régimen de protección patrimonial*.⁵⁴

50 TEDH. Caso *Johnston y otros vs. Irlanda*, sentencia 18 de diciembre de 1986, vol. 112, Serie A.

51 Shelton, D., *op. cit.*, p. 12.

52 Comité DHONU. *M. J. G. vs. los Países Bajos*, Comunicación n.º 267/1987, UN Doc.CCPR/C/OP/2, 1990, párr. 3.2.

53 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-098 de 1996.

54 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007.

En esta segunda decisión, la Corte Constitucional colombiana enfocó la situación a partir del criterio de las necesidades análogas de protección de los dos tipos de pareja. De conformidad con este, la Corte Constitucional determinó que tanto las parejas homosexuales, como las heterosexuales que cohabitaban y compartían un proyecto de vida en común, *estaban en una situación asimilable en relación con las normas que establecían un régimen de protección civil*. En este sentido, las diferencias señaladas en su anterior decisión, pesaban menos que las semejanzas fundadas en los requerimientos semejantes de protección de ambas parejas que surgían en virtud de los rasgos compartidos. Con base en este mismo criterio, posteriormente la Corte Constitucional extendió a las parejas homosexuales múltiples derechos reconocidos inicialmente solo a las parejas heterosexuales.⁵⁵

Como lo muestran los casos citados, la presencia tanto de semejanzas, como de diferencias implica realizar un análisis más detallado para determinar la relevancia de cada una en relación con la situación concreta. De lo contrario, tal como sucedió en los casos internacionales referidos, se corre el riesgo de que se descarte de plano el análisis de razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado, bajo la idea de que los supuestos de hecho no son análogos.

De otro lado, es importante considerar que en algunas circunstancias las distinciones no solo son admisibles a la luz del principio de no discriminación, sino que resultan imperiosas. Considerando que en una sociedad los individuos y grupos se encuentran en posiciones distintas, tratarlos del mismo modo puede conducir a una situación de mayor desigualdad.⁵⁶

En la jurisprudencia interamericana, la idea del trato distintivo como exigencia de no discriminación jugó un papel importante en un caso relacionado con los derechos de comunidades indígenas. En efecto, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH se refirió a la aplicación de una ley electoral en virtud de la cual las comunidades indígenas nicaragüenses tuvieron que organizarse bajo la forma de partidos políticos, así como cumplir otra serie de condiciones para poder presentar candidatos en las elecciones municipales de 2000. La Corte IDH determinó que el Estado había violado los artículos 23 y 24 de la CADH, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma “ya que dispuso y aplicó disposiciones de la Ley Electoral [...] que establecen una restricción indebida al ejercicio del derecho a ser elegido y lo reglamentan de forma discriminatoria”.⁵⁷ Según la Corte IDH, la ley electoral no tuvo en cuenta las características particulares de la población indígena de Nicaragua, y los obligó a adoptar “una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones”,⁵⁸ así como a presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de la circunscripción territorial, desconociendo que “habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo”,⁵⁹ dado que la población indígena era minoritaria en muchos de ellos. Estas circunstancias finalmente impactaron de forma negativa la participación de los candidatos de la población indígena en las elecciones. Como medida de reparación, la Corte IDH dispuso que el Estado debía reformar los dos requisitos de la ley electoral que impidieron la participación de los indígenas en las elecciones municipales y adoptar “las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática”.⁶⁰

Tal como lo ilustra este caso, la igual aplicación de la ley a personas y grupos que se encuentran en situaciones considerablemente diferentes puede conducir a una desigualdad en el goce de los derechos. Según pudo constatar la Corte IDH, antes de la Ley Electoral de Nicaragua, las comunidades indígenas habían participado en las elecciones bajo sus propias formas de organización política, y habían logrado una mejor participación en las elecciones. Pero, la definición de unos requisitos de participación

55 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029 de 2009.

56 González, M. y Parra, Ó., *op. cit.*, p. 133.

57 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 229.

58 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 218.

59 *Ibidem*, párr. 223.

60 *Ibidem*, párr. 259.

electoral sin consideración de las características distintivas de los pueblos indígenas, menguó considerablemente sus posibilidades efectivas de acceso a cargos de elección popular en relación con el resto de la población. En este sentido, resulta claro por qué en ciertas situaciones un trato distintivo resulta no solo permitido, sino necesario para garantizar efectivamente la igualdad.

Otro caso ilustrativo a nivel internacional es *Thlimmenos vs. Greece*, en el cual el TEDH indicó que “el derecho a no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en el Convenio también se conculca cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de modo distinto a personas cuyas situaciones difieren considerablemente”.⁶¹ En este caso, el TEDH se refirió a la situación de un testigo de Jehová, quien fue condenado a prisión por un tribunal militar por haberse negado a portar el uniforme militar en virtud de sus convicciones religiosas. Posteriormente, el peticionario obtuvo el segundo lugar en un examen público para el ejercicio de un cargo, pero no fue nombrado por cuanto había sido condenado por un crimen serio. El TEDH determinó que el Estado incumplió con la prohibición de discriminación por cuanto no existía una justificación objetiva y razonable para no haber otorgado, en el nombramiento del cargo, un trato distinto a las personas condenadas por un crimen serio como resultado de sus creencias religiosas, en relación con el resto de condenados por este tipo de crímenes.

El análisis del carácter análogo de dos o más situaciones implica una revisión juiciosa de las similitudes y diferencias, así como de la posición y el peso que cada una de estas tienen en relación con el asunto particular. Así, si las semejanzas que resultan relevantes respecto al caso concreto son mayores, en principio se impone un tratamiento igual. Si por el contrario, existen diferencias relevantes de peso, no es exigible el mismo trato; de hecho, en algunos casos resulta imperioso un tratamiento diferenciado. Ahora bien, si *prima facie* resulta exigible un trato igual, una distinción solo será legítima si obedece a una justificación objetiva y razonable. Para determinar la legitimidad de una distinción, el test de igualdad constituye una herramienta de análisis adecuada y útil. A continuación nos ocuparemos de explicar sus componentes y la metodología para su aplicación.

3.1.2. El test de igualdad como metodología para determinar el carácter arbitrario de una distinción

De conformidad con el criterio sentado en la jurisprudencia del TEDH y retomado en el ámbito interamericano, *la objetividad y razonabilidad de una distinción implica que esta obedezca a una finalidad legítima y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido*.⁶² Estos dos elementos constituyen el denominado test de igualdad,⁶³ que es una herramienta analítica que somete a un escrutinio judicial escalonado las medidas que establecen una distinción entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares. Tal distinción puede operar por vías distintas, como puede ser, por ejemplo: 1. la fijación de una preferencia a favor solo de algunos, 2. la exclusión de ciertas personas o grupos del goce de un beneficio o derecho, o 3. la definición de condiciones más gravosas para dicho goce en contra de una parte de la población. Pero además, el test también permite evaluar aquellos casos en los que se *omite otorgar un trato distinto a personas o grupos que se encuentran en situaciones significativamente diferentes y que por tanto ameritan la disposición de medidas diferenciadas*.

Este análisis escalonado que establece el test, implica descomponer el estudio de la objetividad y razonabilidad de la medida en dos pasos consecutivos que corresponden a cada uno de los elementos del test. Así, en primer lugar se debe determinar cuál es el fin perseguido por la medida y si el mismo es o no legítimo. Si este paso se supera favorablemente, es decir, si se establece que la medida sí persigue un fin legítimo, se procede entonces a analizar la relación de proporcionalidad entre este fin y los

61 TEDH. *Case of Thlimmenos vs. Greece* (Application n.º 34369/97), 6 de abril de 2000, párr. 44.

62 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968, párr. 10.

63 Como explicaremos más adelante, existen diversos niveles de exigencia de este test. La versión del TEDH responde a un test débil de igualdad.

medios dispuestos para alcanzarlo. Por el contrario, si el primer paso del test no se supera favorablemente, resulta probada la arbitrariedad del trato distintivo, y no es por tanto necesario avanzar hacia el segundo paso del test.

Desde sus primeros pronunciamientos, los órganos del sistema interamericano han considerado los elementos del test para indicar bajo qué condiciones se puede considerar que una distinción es objetiva y razonable, aunque es solo en sus más recientes decisiones que la Corte IDH ha incorporado de manera más explícita un escrutinio escalonado en el que se distinguen los distintos pasos del test.⁶⁴ Esta evolución jurisprudencial hacia una aplicación más sistemática del test de igualdad resulta saludable, pues este constituye una herramienta útil para realizar un control adecuado sobre una cláusula abierta como la de igualdad, que no dice cuál es el criterio de igualación. A nuestro juicio, no existe un mejor modo de determinar si una situación concreta es compatible con el principio de igualdad y no discriminación si no es sometiéndola a un análisis de proporcionalidad a partir del cual se determine cuál es la finalidad del trato diferenciado, si esa finalidad es legítima y si el criterio de diferenciación es adecuado y proporcionado frente a esa finalidad. Por esta razón, en lo que sigue realizaremos una breve presentación del test de igualdad. Para facilitar la exposición, reconduciremos algunos de los análisis realizados por la Corte IDH al esquema del test –aun cuando no haya desarrollado el test explícitamente–, y acudiremos también a algunos casos decididos por el TEDH y el Comité DHONU.

En relación con el primer paso del test, que implica evaluar la legitimidad del fin perseguido por la distinción, la Corte IDH ha destacado que los fines no pueden ser “arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.⁶⁵ En términos más específicos, puede decirse que la *legitimidad de un fin se determina en función de su correspondencia con el marco de derechos y libertades establecidos en los instrumentos internacionales*. La situación más evidente de desconocimiento de esta condición se da cuando la norma, el acto o la omisión, no obedecen a ninguna otra finalidad que no sea la de tratar distinto a ciertas personas o grupos, es decir, cuando el único objetivo que se persigue es precisamente el de discriminar.

El caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* resuelto por la Corte IDH constituye un buen ejemplo de una situación de esta naturaleza. Tal como lo referimos atrás, a las niñas Yean y Bosico se les negó la declaración tardía de nacimiento bajo la idea de que no habían cumplido con unos requisitos que claramente no eran los que exigía la ley para su caso. La Corte IDH concluyó que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley, en tanto no otorgó la nacionalidad a las niñas “por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente”.⁶⁶ En este caso resultaba claro que la única razón que explicaba que a las niñas Yean y Bosico les hubieran negado el registro era que las mismas hacían parte de familias migrantes haitianas.⁶⁷ Esta idea encontraba respaldo en múltiples informes que constataban la discriminación de los haitianos en República Dominicana,⁶⁸ así como de familias haitianas migrantes.⁶⁹ No era posible identificar en este caso que el trato distintivo hubiera obedecido a una finalidad distinta, por lo cual no quedaba más que admitir

64 Ver Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 315-317.

65 *Ibidem*, párr. 57.

66 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 174.

67 La CIDH así lo indicó al afirmar que “el tratamiento que recibieron las presuntas víctimas se debió a consideraciones de su ascendencia, su nombre y el estatus migratorio de sus padres”. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 112.b.

68 Cfr. Comisión DHONU. “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, Informe presentado por la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de conformidad con la resolución 2002/30 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Misión en la República Dominicana. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, párrs. 8-13.

69 Comité de los Derechos del Niño ONU. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de febrero de 2001, párrs. 22 y 26.

que el único objetivo que se persiguió en este caso fue el de discriminar a las menores en razón de su ascendencia haitiana, el cual resulta evidentemente ilegítimo.

En un pronunciamiento más reciente –también relativo a la situación de personas de ascendencia haitiana en República Dominicana–, la Corte IDH se refirió explícitamente a la ausencia de finalidad legítima del trato diferenciado entre hijos de migrantes regulares e irregulares establecido en una sentencia del Tribunal Constitucional dominicano. En el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte IDH determinó que de los argumentos del Tribunal dominicano no era posible establecer cuál era la finalidad de la distinción que tenía como efecto negar la nacionalidad por ius soli a los hijos de migrantes en situación irregular. En palabras de la Corte IDH, dado que tal finalidad no era clara, resultaba imposible “apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la misma”.⁷⁰

Siguiendo el test escalonado de igualdad, la Corte IDH limitó su análisis al primer paso del test, y en vista de la ausencia de finalidad legítima, determinó que la medida constituía una violación al derecho de igualdad ante la ley. Al igual que en el caso de las Niñas Yean y Bosico, puede decirse que el trato distintivo solo obedecía a la ilegítima finalidad de discriminar.

En otros casos, el trato distintivo no se orienta directamente al objetivo de discriminar, pero en todo caso puede obedecer a un fin ilegítimo. Por ejemplo, constituye una finalidad ilegítima tratar de desestimular la afiliación de los trabajadores a los sindicatos a través de la fijación de beneficios laborales a favor de los trabajadores no sindicalizados, pues tal fin comporta una violación del derecho a la libre asociación sindical.⁷¹ Por el contrario, los fines que no desconozcan los derechos y libertades reconocidos en instrumentos internacionales pueden ser calificados como legítimos. Un ejemplo de este tipo se encuentra en el paradigmático caso *relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de idiomas en Bélgica*, en el cual el TEDH resolvió un recurso de un grupo de padres de familia belgas francófonos, que acusaron al gobierno de discriminar a sus hijos e impedir el goce de su derecho a la educación al establecer que la lengua oficial de los colegios públicos de la región en la que habitaban sería el flamenco, que era la lengua predominante. El TEDH encontró que la medida obedecía a un fin legítimo que era promover el conocimiento profundo de la lengua de la región, lo cual, en efecto, no suscita reparo alguno en términos de su adecuación al marco internacional de derechos.

El segundo paso del test, consistente en la relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin buscado, *implica determinar los perjuicios sufridos por quienes son excluidos de la medida y sopesarlos con la importancia del objetivo perseguido*. Por ejemplo, en el ya referido caso contra Bélgica, el TEDH determinó que la ley en cuestión era contraria al artículo 14 del CEDH porque a pesar de perseguir un fin legítimo exigía a quienes querían una educación en francés, sacrificios que resultaban desproporcionados en comparación con la importancia del objetivo perseguido, como el de verse obligados a asistir a colegios por fuera de la región en la que habitaban.

Por otro lado, un tipo de medidas que suelen satisfacer los parámetros del test de igualdad son aquellas que establecen beneficios a favor de quienes se encuentran en una situación desfavorable y que se dirigen precisamente a corregir la desigualdad *de facto*. En la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados*, la Corte IDH indicó como ejemplos de distinciones objetivas y razonables aquellas “basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.⁷² El caso *Jacobs vs. Bélgica*, decidido por el Comité DHONU, constituye un claro ejemplo de la admisibilidad de este tipo de medidas. En este, un hombre reclamó por una violación a su derecho a la igualdad, debido a la aplicación de una ley de cuotas que buscaba favorecer a las mujeres en el acceso a cargos públicos. El Comité DHONU determinó que la

70 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 317.

71 El ejemplo corresponde a un caso decidido por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-230 de 1994.

72 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 89.

distinción hecha entre candidatos en función de su pertenencia a un sexo obedecía a un fin legítimo, a saber, promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos consultivos del Estado; y advirtió que existía una:

*relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo del criterio, a saber la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de los órganos consultivos, el medio utilizado y las modalidades [empleadas], por una parte y, por otra, uno de los objetivos fundamentales de la ley, [era] que el Consejo Superior est[uviera] integrado por personas competentes.*⁷³

Como puede advertirse en la breve explicación precedente, el test de igualdad facilita el análisis de la objetividad y razonabilidad de una distinción y proporciona pautas racionales que reducen el riesgo de que la determinación del carácter arbitrario de una medida sea, paradójicamente, el resultado de un juicio arbitrario.⁷⁴

3.1.3. Los criterios de objetividad y razonabilidad de las distinciones en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el presente apartado exponemos los principales pronunciamientos de la Corte IDH en relación con el derecho a la igualdad y efectuamos algunos comentarios críticos a partir de los criterios metodológicos presentados en los apartados precedentes. De este modo, el lector podrá contar con un panorama general acerca del modo en que la Corte IDH ha analizado los criterios de objetividad y razonabilidad de las distinciones en casos concretos.

El primer pronunciamiento de la Corte IDH relacionado con la prohibición de discriminación es la opinión consultiva sobre la *propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la cual se refirió a una reforma constitucional que establecía requisitos más estrictos para que los extranjeros obtuvieran la nacionalidad costarricense por naturalización. En relación con el derecho a la igualdad, la Corte IDH abordó tres aspectos. El primero era el establecimiento de condiciones preferentes para la adquisición de la nacionalidad en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles (por nacimiento) frente a los demás extranjeros. El segundo era la exigencia de demostrar saber hablar, escribir y leer el idioma español y aprobar un examen de la historia de Costa Rica y de sus valores para adquirir la nacionalidad. Y el tercero era la fijación de condiciones especiales de naturalización para la mujer extranjera que se casara con un costarricense, mas no para el hombre extranjero. La Corte concluyó que no existía una discriminación contraria a la CADH en los dos primeros casos, mientras que esta sí se configuraba en el tercero.⁷⁵

En relación con el primer tema, la Corte IDH indicó:

un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar.⁷⁶

73 Comité DHONU. *Jacobs vs. Bélgica*, Comunicación n.º 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004, párr. 9.5. (énfasis agregado)

74 A nivel de derecho constitucional comparado la discusión sobre el test de igualdad es prolífica y puede enriquecer mucho el derecho internacional de los derechos humanos. Algunas jurisdicciones constitucionales han aplicado un test de igualdad que contiene más pasos y que tiene distintos niveles de intensidad, tal como lo mostraremos más adelante en el apartado sobre el alcance del artículo 24 en relación con grupos históricamente discriminados.

75 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 68.

76 *Ibidem*, párr. 60.

Frente a la segunda cuestión, advirtió que no resultaba “irrazonable e injustificado” que se exigiera un dominio del español y un conocimiento de la historia y los valores de Costa Rica, precisando que la estipulación de tales condiciones se situaba “*prima facie*, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad”.⁷⁷ Finalmente, respecto al privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad mediante el matrimonio con un costarricense, la Corte indicó que el mismo se presentaba “como una consecuencia de la desigualdad conyugal”,⁷⁸ y que por tanto resultaba discriminatoria.

Esta opinión consultiva resulta particularmente interesante no solo porque en esta la Corte IDH establece por primera vez el criterio de que no toda distinción constituye una discriminación, sino porque la Corte IDH evalúa tres diferentes distinciones en relación con la regulación de un aspecto de la vida social en el que se suele reconocer un alto margen de discrecionalidad a los Estados: la definición de los requisitos para que los extranjeros adquieran la nacionalidad. Pero, además resulta interesante porque la opinión tiene varios votos disidentes que critican la manera como la Corte IDH evalúa la objetividad y razonabilidad de algunas de estas distinciones. Así, en relación con el requisito del dominio del idioma, uno de los jueces indicó que si bien encontraba razonable la exigencia de una aptitud para comunicarse en español como requisito para adquirir la nacionalidad costarricense, no ocurría lo mismo con extender la exigencia a hablar, leer y escribir el idioma “porque no es razonable, en función de la naturaleza y fin del instituto de la nacionalidad [...] limitar ese privilegio por razones de nivel educativo —que poco o nada tiene que ver con la incorporación a la comunidad nacional—”.⁷⁹

Aunque en esta opinión, la Corte IDH fija las bases conceptuales para el análisis de casos relativos al derecho a la igualdad, la aplicación de los criterios de objetividad y razonabilidad a las distinciones planteadas no alcanza aún un nivel de desarrollo y precisión suficiente, lo cual puede explicar, en cierta medida, la diversidad de criterios que se evidencian en esta en relación con la validez de algunas distinciones. Por ejemplo, al referirse a la distinción entre centroamericanos, iberoamericanos frente a los demás extranjeros, la Corte IDH no evalúa explícitamente la legitimidad del fin perseguido, ni la relación de razonabilidad entre dicho fin y el medio para alcanzarlo. Aunque puede inferirse de su planteamiento que el fin perseguido con la medida es facilitar el acceso a la nacionalidad a quienes tienen vínculos más estrechos y valores similares con los costarricenses, no resulta ni siquiera implícito el análisis sobre la proporcionalidad del trato preferente a favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento frente a los demás extranjeros. Igualmente, en relación con el requisito del idioma, la Corte IDH concluye que es razonable, pero no especifica si la medida es adecuada y proporcionada en relación con el objetivo perseguido.

Sin embargo, en decisiones posteriores, la Corte IDH avanza en explicar con mayor precisión los criterios de razonabilidad y objetividad de las distinciones. Así, en el ya mencionado caso *Yatama vs. Nicaragua* relativo a las condiciones legales que finalmente limitaron las posibilidades de las comunidades indígenas de participar de modo efectivo en los procesos electorales, la Corte IDH analizó la razonabilidad y objetividad de haber aplicado a los indígenas los mismos requisitos establecidos para el resto de ciudadanos, en lugar de haber otorgado un trato diferenciado que tuviera en cuenta sus particularidades. Tales requisitos implicaban que las agrupaciones indígenas tenían que constituirse como partido político y presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de la circunscripción territorial. La Corte IDH indicó que el Estado no justificó que la medida atendiera a “un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo [sino que por el contrario constituía una] restricción desproporcionada”,⁸⁰ que implicaba “un límite innecesario al derecho a ser elegido”,⁸¹ de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas. Aunque la Corte IDH no presenta

77 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 63.

78 *Ibidem*, párr. 64.

79 *Ibidem*, párr. 25, voto separado del juez Rodolfo E. Piza.

80 *Ibidem*, párr. 223.

81 *Ibidem*, párr. 219.

estas consideraciones a través de la aplicación explícita del test de igualdad, las mismas recogen los elementos básicos de esta metodología, en tanto la Corte IDH finalmente verifica la violación del derecho a la igualdad en la inexistencia de una conexión entre las restricciones y la satisfacción de un interés público imperativo. En otras palabras, en la inexistencia de una relación de adecuación entre la medida y una finalidad legítima.

En otro caso más reciente, la Corte IDH se acercó más a hacer explícitos los componentes del test, aunque tampoco lo aplicó de forma estricta. Se trata del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, en el cual la Corte IDH efectuó un análisis de razonabilidad de la relación entre medios y fines. Como lo advertimos en la parte inicial de este comentario, en este caso la Corte IDH se pronunció sobre la situación de tres de los cinco magistrados de una Corte de Venezuela, quienes fueron destituidos en un proceso disciplinario por haber adoptado una sentencia frente a la cual se declaró la existencia de un error judicial inexcusable. Aunque la decisión fue adoptada unánimemente por los cinco magistrados y todos fueron sometidos al procedimiento disciplinario, la sanción de destitución solo fue impuesta a tres de ellos. La razón por la cual el Estado no aplicó la sanción a dos magistrados es que estas habían cumplido los requisitos para jubilarse y que según una doctrina de la Sala Constitucional, en aras de resguardar el derecho a la jubilación, no podía imponerse la sanción de destitución. La Corte IDH indicó que

[l]a cuestión que se plantea entonces es si el cumplimiento de los requisitos de jubilación *introducía una diferencia razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma*”.⁸² Y al evaluar la relación entre el medio y el fin, determinó “que la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución”,⁸³ de tal modo que “el hecho de que algunos de ellos [de los Magistrados] cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación disciplinaria aplicada, esto es, salvaguardar la idoneidad de los jueces”.⁸⁴

Aunque esta decisión de la Corte IDH se acerca más a una aplicación del test de igualdad, la misma resulta problemática al menos por dos razones. La primera es que aunque la Corte IDH determinó que no había una relación razonable entre el medio y el fin, lo cual implica que la distinción en la aplicación de la sanción fue arbitraria y, en tal sentido, discriminatoria, la Corte IDH no declaró la violación del artículo 24, bajo el argumento de que este no “otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas”.⁸⁵

La segunda tiene que ver con el modo en que la Corte IDH abordó el análisis de la relación entre el medio y el fin, en tanto sopesó la diferenciación con base en el requisito de jubilación (medio), pero no en relación con el fin perseguido con el trato distintivo, sino con el fin de la norma sancionatoria. En este sentido, el análisis no se realizó respecto del fin de garantizar el goce de la jubilación a los magistrados que habían cumplido ya los requisitos para acceder a ella —que es el fin perseguido en este caso con la medida de diferenciación— sino respecto del fin de asegurar la idoneidad de los jueces —que es el buscado por la norma sancionatoria—. El análisis de la relación razonable de proporcionalidad, en los términos que lo exige el test de igualdad, implicaba determinar cuál era la conexión entre la imposición de una sanción de destitución y el goce de la jubilación. Aunque la Corte IDH no planteó directamente esta cuestión, sí indicó en su fallo que era posible aplicar simultáneamente la sanción de destitución y conceder la jubilación.⁸⁶ Así las cosas, resulta claro que la distinción en la aplicación de la sanción no correspondía a un criterio objetivo y razonable, en tanto no existía ninguna conexión entre el fin perseguido y la medida. Por esta vía de argumentación, la violación al artículo 24 resultaba más que evidente.

82 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFR. 2008, párr. 196. (énfasis agregado)

83 *Idem*.

84 *Idem*.

85 *Ibidem*, párr. 200. Para una crítica de esta determinación de la Corte IDH ver González, M., Parra, Ó., *op. cit.*, pp. 142-145.

86 *Ibidem*, párr. 198.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte aplica con mayor claridad los criterios para evaluar la validez de la distinción. De hecho, puede decirse que en este caso la Corte IDH aplica la metodología de análisis escalonado propio del test de igualdad.

El caso se refiere a la remoción de la custodia de las hijas de la señora Karen Atala y el posterior otorgamiento de la tuición provisional a su padre, en razón de la orientación sexual de aquella y de su convivencia con una pareja del mismo sexo. Adicionalmente, la Corte IDH se pronunció sobre un proceso disciplinario adelantado contra la señora Atala en razón de su investidura como jueza, proceso en el cual se recopiló información relacionada con su orientación sexual.

En relación con el primer punto, la Corte IDH comenzó por identificar cuál era el fin perseguido con la remoción de la custodia de las menores. De conformidad con las pruebas aportadas y con los alegatos del Estado, la Corte IDH determinó que el fin en cuestión era la protección del interés superior de las niñas e indicó que este:

es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte [IDH] reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.⁸⁷

Sin embargo, pese a la legitimidad del fin perseguido, la Corte IDH sostuvo que no existía una relación de adecuación entre el logro de este fin y el medio para alcanzarlo, a saber, la remoción de la tuición de las menores en razón de la orientación sexual de la madre. En palabras de la Corte IDH, “[u]na determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”.⁸⁸ Según la Corte IDH, la sola referencia a este fin, “sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona”.⁸⁹ Y puntualizó que “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.⁹⁰

En relación con la investigación disciplinaria adelantada en contra de la jueza Atala, la Corte IDH indicó que no resultaba claro cuál era el fin perseguido con la indagación respecto de la orientación sexual de la jueza, pero que se podía inferir del informe rendido en el marco de dicha investigación que aquella tenía por objeto “proteger la ‘imagen del poder judicial’ ”.⁹¹ Al respecto, la Corte IDH argumentó lo siguiente:

la alegada protección de la “imagen del poder judicial” no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no

87 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 108.

88 *Ibidem*, párr. 111.

89 *Ibidem*, párr. 110.

90 *Ibidem*, párr. 111.

91 *Ibidem*, párr. 221.

existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.⁹²

En este último pronunciamiento en materia de igualdad, la Corte IDH avanzó notoriamente en la decantación de los parámetros metodológicos para definir cuándo una distinción comporta una vulneración del derecho a la igualdad, así como en aplicarlos de modo más preciso al caso concreto. En efecto, en este fallo la Corte IDH presenta de manera más esquemática el análisis de los fines perseguidos con el trato distintivo, así como de la relación de adecuación entre tales fines y la medida controvertida, lo cual constituye a nuestro modo de ver un avance en la racionalización de los criterios de decisión en este tipo de casos. Como veremos en la siguiente sección, en sus más recientes decisiones la Corte IDH ha avanzado hacia una aplicación más sistemática del test de igualdad, y ha incluso incorporado una versión más estricta del test en los casos en los cuales la diferencia de trato se basa en un criterio sospechoso de distinción.

3.2. El artículo 24 de la CADH con relación a grupos históricamente discriminados

Nos hemos referido hasta aquí a la noción de discriminación como distinción arbitraria, y hemos advertido también el modo en que en la época contemporánea, tanto el concepto de igualdad ante la ley, como el de igual protección de la ley, se han convertido en categorías indistintas la una de la otra que además han terminado siendo definidas a partir de la idea de no discriminación. Sin embargo, algunos autores consideran que el término discriminación tiene una dimensión específica que lo distingue del concepto general de igualdad. Por ejemplo, Courtis indica que “[c]uando se habla de discriminación o de medidas antidiscriminatorias, no se está haciendo referencia a cualquier tipo de distinción legal”,⁹³ sino solo a aquella que se basa en “la existencia de preconceitos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social”.⁹⁴ De hecho, el Comité DHONU ha definido la discriminación como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁹⁵

Bajo esta perspectiva, se entiende que la discriminación opera cuando la distinción se basa en un criterio prohibido.⁹⁶ Estos criterios prohibidos, conocidos en la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada como *categorías sospechosas de distinción*, están incluidos en varias cláusulas de igualdad. Así por ejemplo, el artículo 26 del PIDCP, dispone que:

la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En sentido similar, el artículo 14 del CEDH establece que:

92 *Idem*.

93 Courtis, C., *op. cit.*, p. 113.

94 *Idem*.

95 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*

96 Weiwei, L., *op. cit.*, p. 8.

[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en el [CEDH] ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En el contexto interamericano, es el artículo 1.1. el que incluye una lista de criterios prohibidos, no así el artículo 24. En este sentido, un primer aspecto que es importante dilucidar en aras de determinar cuál es el alcance del artículo 24 frente a la protección de grupos históricamente discriminados, es el de la relación entre el artículo 24 y las categorías sospechosas de distinción mencionadas en el artículo 1.1. De otro lado, es preciso identificar cuáles son las obligaciones específicas que se derivan del artículo 24 para los Estados partes en relación con la situación de dichos grupos. De estos dos aspectos nos ocuparemos a continuación.

3.2.1. El artículo 24 de la CADH, los criterios prohibidos de distinción, y el test estricto de igualdad

Pese a que en la CADH la referencia a los criterios prohibidos de distinción se encuentra en el artículo 1.1., y aunque el término discriminación contenido en el artículo 24 ha sido definido preferentemente como una distinción arbitraria que no necesariamente involucra a grupos usualmente excluidos o marginados, la Corte IDH ha señalado que “[e]l sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado [...] a la luz de lo que menciona el artículo 1.1.”. En este sentido, debe entenderse que el concepto de discriminación contenido en el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1. que son, a saber, “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Los criterios prohibidos tienen al menos cuatro características. La primera es que tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación. La tercera es que identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación. Y la cuarta es que no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad.

Es importante anotar que el artículo 1.1. no contiene una lista cerrada de criterios prohibidos de distinción.⁹⁷ En efecto, además de incluir categorías específicas como la raza, el sexo y el origen nacional, el artículo 1.1. alude a “cualquier otra condición social”. De este modo, la lista de categorías sospechosas permanece abierta a la inclusión de otras que no son expresamente mencionadas. Esto es importante en la medida en que tanto la evolución de los estándares de derechos humanos, como la transformación de la vida social conducen a que criterios que en el pasado parecían neutrales o que simplemente no existían, se tornen sospechosos. Un ejemplo es la situación de discapacidad, la cual en el momento en que se aprobó la CADH no se reconocía como un criterio discriminatorio, pero hoy es universalmente reconocido como tal. Igualmente, la Corte IDH ha reconocido como criterios sospechosos la orientación sexual, el origen étnico, y el ser portador del VIH.

El carácter abierto de la cláusula de los criterios prohibidos de distinción fue resaltado por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* en el cual especificó que la orientación sexual constituye una categoría de discriminación prohibida. En este importante fallo, la Corte IDH indicó que:

[I]os criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1. de la C[ADH], no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el

97 Para una crítica de la jurisprudencia interamericana con relación a los criterios prohibidos de distinción, ver Dulitzky, A. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, Santiago de Chile, 2007.

contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas,⁹⁸ [y advirtió que] al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la C[ADH], debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.⁹⁹

De conformidad con estos presupuestos, y luego de dar cuenta de las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género,¹⁰⁰ así como de las decisiones tomadas tanto en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos,¹⁰¹ como por el TEDH,¹⁰² en las cuales se ratifica que la orientación sexual constituye un criterio prohibido de distinción, la Corte IDH declaró lo siguiente:

la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la C[ADH]. Por ello está proscrita por la C[ADH] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.¹⁰³

En sentencias posteriores la Corte IDH ha ampliado los criterios. En el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, relativo a la aplicación de una ley antiterrorista en contra de miembros de ese pueblo, la Corte IDH especificó que la etnia constituye un criterio prohibido de distinción, y que esta categoría “se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales”,¹⁰⁴ e incluye, por ejemplo, a los pueblos indígenas.

En el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH precisó que el VIH es también un criterio prohibido de discriminación,¹⁰⁵ e indicó además que estos criterios prohibidos pueden confluir en forma interseccional, lo cual resulta en una situación aún más gravosa para la persona cuyos derechos están en juego. Por ejemplo, en el caso en comento, las condiciones de ser niña, mujer y carecer de recursos económicos se sumaron a la de portar el VIH, dando lugar a una *discriminación interseccional*. En palabras de la Corte IDH, la discriminación en este caso “no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”. Específicamente, “la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH” y al mismo tiempo dificultó

98 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 85.

99 *Ibidem*, párr. 84.

100 Cfr. Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 3 de junio de 2008. Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 4 de junio de 2009. Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 8 de junio de 2010. Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 7 de junio de 2011.

101 Cfr. Comité DHONU. *Toonen vs. Australia*, Comunicación n.º 488/1992, CPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7. Comité DESCONU. Observación General n.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC) E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

102 TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, n.º 33290/96, sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28.

103 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 90.

104 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 204.

105 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 255.

tó un mejor acceso al sistema educativo y a una vivienda digna. En vista de su condición de niña, la dificultad de acceso a la educación impactó negativamente la superación de los estereotipos de género, a los cuales son más vulnerables las mujeres que no han podido acceder a la educación.¹⁰⁶

El análisis de los casos de igualdad en los cuales la distinción de trato se sustenta en un criterio prohibido debe prestar atención a los impactos diferenciados que operan en cada caso, y las maneras en cómo la intersección entre estos puede dar lugar a nuevas formas de discriminación.

La inclusión de los criterios prohibidos de distinción en el contenido del artículo 24 tiene dos consecuencias directas. La primera es que extiende la prohibición de discriminación por tales criterios prevista en el artículo 1.1. respecto de los derechos y libertades reconocidos en la CADH, a todos los derechos extra-convencionales y en general a todo el ámbito normativo del derecho interno de los Estados partes. La segunda es que implica la incorporación de un test de igualdad más estricto para evaluar las distinciones fundadas en las categorías sospechosas.

En efecto, la capacidad de diferenciación de las autoridades se encuentra severamente limitada cuando están en juego los criterios prohibidos de distinción. Tales casos, de hecho, comportan una *presunción de discriminación que obliga a las autoridades a demostrar que el trato distintivo es el único modo de satisfacer un fin que no solo debe ser legítimo, sino imperioso*. En el caso *Atala Riffo*, la Corte IDH indicó que:

tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.¹⁰⁷

En la misma línea argumentativa, la CIDH –refiriéndose a las distinciones basadas en el sexo–, ha señalado que:

Las distinciones estatutarias basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso. Lo que la Corte y la Comisión Europeas han afirmado también rige para las Américas, es decir, que dado que “el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante”[...] “tendrían que mediar razones de mucho peso” para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo.¹⁰⁸

De acuerdo con lo anterior, una vez establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de los criterios prohibidos de distinción, es al Estado al que le corresponde probar que aquella no constituye una discriminación. Para hacerlo, debe ofrecer razones de mucho peso a través de las cuales demuestre que la distinción obedece a una finalidad no solo legítima, sino imperiosa; que es adecuada y necesaria para lograr esa finalidad y que además es estrictamente proporcional.

La idea de la necesidad de aplicar diversos niveles de escrutinio judicial en casos de igualdad proviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Así, en el caso *Estados Unidos vs. Caroline Products* (1938) la Corte Suprema advirtió que existían distintos niveles de escrutinio en el juicio de constitucionalidad y que en los casos relacionados con minorías que no tienen la protección normal del proceso político, debería establecerse una excepción a la presunción de constitucionalidad y aplicar un escrutinio más estricto.¹⁰⁹ Posteriormente, en el caso *Korematsu vs. Estados Unidos* (1944) la Corte Suprema estableció un test de razonabilidad con escrutinio estricto según el cual

106 *Ibidem*, párr. 290.

107 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*: EPFRC. 2015, párr. 124.

108 CIDH. Informe n.º 4/01, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, 19 de enero de 2001, párr. 36.

109 US Supreme Court. *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, April 25, 1938.

cuando la diferenciación se funde en criterios que la Constitución proscribe, como la raza o el origen étnico, esta solo es constitucional si es indispensable para satisfacer un interés público imperioso.¹¹⁰

La jurisprudencia del TEDH no tiene propiamente distintos test de igualdad, pero ha señalado que se deben presentar razones de mucho peso para justificar una diferencia de trato que se funde en el sexo,¹¹¹ o en el nacimiento extramarital.¹¹² Igualmente, ha señalado que el margen de apreciación de los Estados para establecer un tratamiento jurídico distinto a las personas en situación de discapacidad se encuentra fuertemente reducido.¹¹³

A nivel del derecho constitucional de la región, un ejemplo es la Corte Constitucional colombiana que ha retomado tanto los elementos del test de proporcionalidad desarrollado en el ámbito europeo, como la idea de los diversos niveles de escrutinio del test de igualdad propia de la jurisprudencia norteamericana, y ha adoptado un “juicio integrado de igualdad”. Este juicio incorpora la metodología de análisis escalonado propuesta por el TEDH, pero modula la rigidez de cada uno de los pasos en función de criterios como la naturaleza del derecho afectado con el trato desigual y la posición de las personas que padecen este trato diferenciado. De este modo, la Corte colombiana realiza un escrutinio más estricto cuando el trato desigual afecta el ejercicio de un derecho constitucional fundamental o cuando se funda en un criterio sospechoso de distinción.¹¹⁴

Finalmente, la Corte IDH ha ido avanzando hacia una aplicación más sistemática del test estricto de igualdad. Como lo indicamos, en el caso *Atala Riffo* la Corte IDH indicó que tratándose de criterios prohibidos la distinción de trato debe sustentarse en una argumentación más rigurosa. En una decisión posterior, la Corte IDH determinó de manera más detallada los elementos que deben ser considerados en el examen de este tipo de casos. En el mencionado caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH aplicó un juicio estricto de igualdad para evaluar si la decisión de retirar de una institución educativa a la niña Gonzales Lluy quien era portadora del VIH constituyó una discriminación basada en un criterio prohibido.

En primer lugar, la Corte IDH analizó las razones aducidas por el juez que avaló la decisión de las autoridades educativas que excluyeron a la menor. Según el juez, el retiro de la menor obedeció a la finalidad de proteger la integridad y la vida de los otros niños y niñas de la institución escolar, las cuales se veían amenazadas por el riesgo de contagio de la enfermedad. La Corte IDH determinó que, en abstracto, se trataba de un fin legítimo e imperioso;¹¹⁵ sin embargo, al examinar la idoneidad de la medida adoptada para salvaguardar este fin, esto es, el retiro de la niña del centro educativo y su confinamiento a “una instrucción particularizada y a distancia”, la Corte IDH determinó que *dado que no se especificaron los factores de riesgo que en concreto podían afectar a los menores, no podía calificarse la medida como idónea*.¹¹⁶ Agregó la Corte IDH que tampoco había sustento alguno sobre

110 En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos se refirió a la constitucionalidad de la Executive Order 9066, que dispuso que los japoneses americanos debían ser internados en campos especiales (War Relocation Camps) durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte Suprema aplicó un test estricto, pero determinó que la disposición era constitucional, siendo uno de los pocos casos en que ha llegado a tal decisión luego de aplicar un escrutinio estricto. Cfr: US Supreme Court. *Korematsu vs. United States*, 323 U.S 214, December 18, 1944.

111 TEDH. *Caso Abdulaziz vs. United Kingdom*, 25 de abril de 1985.

112 TEDH. *Caso Inze vs. Austria*, 28 de octubre de 1987.

113 TEDH. *Caso Glor vs. Switzerland*, 30 de abril de 2009.

114 Según lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, “si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la ‘adecuación’ deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que esta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la ‘indispensabilidad’ del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-093 de 2001.

115 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*: EPFRC. 2015, párr. 268.

116 *Ibidem*, párr. 265.

la necesidad de la exclusión de la niña, pues no se examinaron si existían otras medidas que pudieran garantizar la protección de los menores sin tener que retirar a la niña de la escuela. En particular, la Corte IDH señaló que la evaluación del caso se sustentó en prejuicios sobre los riesgos de contagio del VIH, desconociendo que las pruebas aportadas al proceso determinaban que este riesgo era mínimo.¹¹⁷ En último lugar, al analizar la proporcionalidad de la medida, la Corte IDH advirtió las cargas que tuvo que soportar la menor a raíz del estigma generado por la enfermedad y su expulsión, y las dificultades que tuvo que afrontar para poder continuar estudiando.¹¹⁸

En el siguiente párrafo, la Corte IDH sintetiza la aplicación del juicio estricto de igualdad en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, por lo cual vale la pena considerarlo en su integridad:

el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, [la Corte IDH] resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en la valoración de la autoridad interna debía existir suficiente prueba de que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones [...] la decisión [de la autoridad interna] utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.¹¹⁹

La precisión de los elementos que deben examinarse cuando la diferencia de trato se basa en un criterio prohibido dota de contenido el principio, según el cual, la argumentación que sustenta la distinción en estos casos debe ser más rigurosa. La aplicación del test estricto de igualdad en el caso de la menor discriminada por ser portadora del VIH constituye un buen modelo del tipo de análisis que debe adelantarse cuando está en juego una diferencia de trato por razones de sexo, raza, origen étnico o nacional, orientación sexual, discapacidad, u otra condición social que reúna las exigencias previamente señaladas para ser considerada como un criterio prohibido.

En síntesis, es necesario graduar la intensidad del test en la medida en que las autoridades no tienen el mismo nivel de libertad para realizar distinciones. Cuando esta libertad es amplia, el juicio de igualdad debe ser deferente para respetar esa margen de configuración que tiene la autoridad, pero si el propio derecho le ha restringido a la autoridad esa capacidad de diferenciación, diciéndole que, en principio, no puede tratar de manera distinta a las personas por motivos como la raza, el sexo o la orientación sexual, la libertad originaria de la autoridad se ve fuertemente restringida y por eso el control judicial tiene que ser más estricto.

3.2.2. Las obligaciones de los Estados frente a grupos históricamente discriminados

De conformidad con lo descrito hasta este punto, resulta claro que en virtud del artículo 24 surge para los Estados la obligación de no realizar distinciones arbitrarias. Esto incluye evitar la reproducción de estereotipos que alimentan la discriminación en contra de grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, en el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile* relativo a un grupo de indígenas mapuches sometidos a un proceso penal bajo una ley antiterrorismo, la Corte IDH determinó que hubo una

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 271.

¹¹⁸ *Ibidem*, párr. 273.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 274.

violación a su derecho a la igual protección de la ley en vista de los estereotipos negativos,¹²⁰ utilizados por el juez penal en sus razonamientos. En particular, la Corte IDH encontró que hubo una aplicación discriminatoria de la ley penal, en tanto la condena se sustentó en estereotipos que asociaban al Pueblo Mapuche con el terrorismo.¹²¹ La Corte IDH concluyó que:

la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la C[ADH], en relación con el artículo 1.1. del mismo instrumento.¹²²

Se deriva también del artículo 24 la obligación de establecer tratos diferenciados cuando estos resulten necesarios para evitar la profundización o la generación de desigualdades. Así por ejemplo, los Estados tienen la obligación de otorgar a los pueblos indígenas un trato acorde con su diversidad. Una cuestión adicional es si el mandato de igual protección de la ley implica que el Estado asuma un rol aún más activo para asegurar el disfrute pleno de los derechos y libertades a grupos sociales que históricamente han sido discriminados y han padecido la exclusión y la marginación. En este sentido, se trata de determinar si el artículo 24 impone a los Estados la obligación de tomar medidas especiales orientadas a superar condiciones estructurales de desigualdad, para que así la igualdad sea real y efectiva.

Algunos instrumentos internacionales orientados a la lucha contra la discriminación reconocen explícitamente que las medidas especiales de protección que disponen un trato preferente de grupos en situación de desventaja no desconocen el principio de no discriminación. Así, el Convenio OIT n.º 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958) dispone que “las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se considerarán como discriminatorias” (art. 5.1.).¹²³ Igualmente, la CEFDM dispone que “[l]a adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención [...]” (art. 4.1.); y la CIEFDR consagra una norma similar al indicar que:

120 Según la Corte IDH: “los estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 223.

121 Como ejemplo de este tipo de estereotipos, la Corte IDH citó el siguiente fragmento de una decisión judicial proferida en contra de uno de los miembros del pueblo mapuche: “[l]os ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desproporcionadas, hechas bajo presión por grupos beligerantes a los dueños y propietarios, a quienes se les advierte que sufrirán diversos tipos de atentados en caso de no acceder a sus requerimientos, muchas de estas amenazas se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daños y ocupaciones de tierras, que han afectado tanto a los individuos y bienes de diversas personas dedicadas a las actividades agrícolas y forestales de esta zona del país [...] [De acuerdo con el perito que analizó los fallos, las sentencias] utiliza[ro]n expresiones discursivas cuya carga valorativa, moral y/o política, denota[ba] la aceptación y reproducción de estereotipos que inclu[ían] fuertes prejuicios sociales y culturales contras las comunidades mapuche y elementos valorativos en pro de la parte acusadora, [...] una parte importante de la argumentación jurídica [de dichas decisiones judiciales, se desprendía de] estereotipos y prejuicios que reca[yero]n nocivamente sobre [dicas] comunidades, [...] sin que se desprend[iera] de hechos probados en el proceso”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párrs. 227 y 224.

122 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 228.

123 Igualmente dispone que “[t]odo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial” Convenio OIT n.º 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958, artículo 5.2.

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. (art. 1.3.)

Tal como lo indicamos anteriormente, la Corte IDH ha señalado también la admisibilidad de las medidas especiales para corregir desigualdades de facto, al reconocer que las distinciones que estas establecen son objetivas y razonables.¹²⁴ La pregunta que persiste es, si además de admisibles, este tipo de medidas son exigibles.

La CEFDM y la CIEFDR no solo reconocen la compatibilidad de las medidas especiales con el principio de igualdad y no discriminación, sino que demandan su adopción para garantizar a las mujeres y a los grupos raciales discriminados el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.¹²⁵ Igualmente, el Comité DHONU, al referirse a la prohibición de discriminación en el PIDCP, señaló que

el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población.¹²⁶

En el ámbito interamericano, la Corte IDH también se ha referido a la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para corregir desigualdades. Así, en su opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, advirtió que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”.¹²⁷ Asimismo, la Corte IDH ha hecho alusión a esta obligación en casos relacionados con grupos específicos como las comunidades indígenas o las personas en situación de discapacidad.¹²⁸ Por ejemplo, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH indicó que “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.¹²⁹ Igualmente, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte IDH señaló que:

124 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 89.

125 La CEFDM dispone que: “[l]os Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (art. 3). De manera más explícita, la CIEFDR establece que “[l]os Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”. (art. 2.2.).

126 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*, párr. 10.

127 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 104.

128 Courtis, C., *op. cit.*, pp. 127-132.

129 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 162.

[l]as personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.¹³⁰

De manera aún más enfática, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH advirtió:

que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.¹³¹

Por tanto, es obligación de los Estados dismantelar las barreras que impiden el pleno ejercicio de los derechos a las personas en situación de discapacidad.

Adicionalmente, en los casos en los cuales la Corte IDH ha constatado la existencia de una discriminación estructural en contra de ciertos grupos, ha ordenado medidas de reparación orientadas a transformar esta situación. Así, en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, en el cual la Corte IDH se refirió a la responsabilidad del Estado por la desaparición y posterior asesinato de tres jóvenes mujeres en Ciudad Juárez, la Corte IDH indicó que dado que estos actos se enmarcaban en un contexto de discriminación estructural en contra de las mujeres, "las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo repositivo sino también correctivo".¹³² En el mismo sentido, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, luego de constatar que los actos discriminatorios en contra de la señora Atala y sus hijas "se relacionaron con la reproducción de estereotipos [...] asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales",¹³³ determinó que:

algunas de las reparaciones deb[ían] tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas t[uvieran] un efecto no solo repositivo sino también correctivo hacia cambios estructurales [destinados a la] desarticula[ción] [de] aquellos estereotipos y prácticas que perpet[uaban] la discriminación contra la población LGTBI.¹³⁴

De conformidad con lo anterior, el derecho a la igual protección sin discriminación implica no solo la proscripción de todo trato arbitrario, sino que también impone a los Estados el deber de considerar las condiciones particulares de desventaja de ciertos grupos que han sido históricamente discriminados para adoptar acciones positivas orientadas a que la igualdad sea para estos real y efectiva.

130 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 105.

131 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 292.

132 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 450.

133 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 267.

134 *Idem*.

Artículo 25. Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C n.º 20. En adelante: Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 30. En adelante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36. En adelante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 37. En adelante: Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 42. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 43. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C n.º 45. En adelante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de FRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C n.º 48. En adelante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C n.º 56. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C n.º 64. En adelante: Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C n.º 71. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75. En adelante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 80. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C n.º 83. En adelante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de F. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C n.º 91. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C n.º 92. En adelante: Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C n.º 94. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C n.º 95. En adelante: Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C n.º 96. En adelante: Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C n.º 97. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100. En adelante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C n.º 103. En adelante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C n.º 104. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. 2003.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109. En adelante: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C n.º 117. En adelante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C n.º 121. En adelante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C n.º 129. En adelante: Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n.º 132. En adelante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 136. En adelante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C n.º 137. En adelante: Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C n.º 138. En adelante: Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147. En adelante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C n.º 150. En adelante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151. En adelante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C n.º 152. En adelante: Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155. En adelante: Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 164. En adelante: Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 166. En adelante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C n.º 167. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C n.º 168. En adelante: Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n.º 170. En adelante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C n.º 171. En adelante: Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 180. En adelante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184. En adelante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186. En adelante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C n.º 187. En adelante: Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 191. En adelante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192. En adelante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C n.º 196. En adelante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C n.º 197. En adelante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C n.º 198. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro* vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro* vs. Perú. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Garibaldi* vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C n.º 203. En adelante: Corte IDH. *Caso Garibaldi* vs. Brasil. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras* (“*Campo Algodonero*”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras* (“*Campo Algodonero*”) vs. México. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva* vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C n.º 206. En adelante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva* vs. Venezuela. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez* vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207. En adelante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez* vs. Venezuela. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco* vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco* vs. México. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres* vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres* vs. Guatemala. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas* vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas* vs. Colombia. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek* vs. Paraguay. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros* vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros* vs. México. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra* vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra* vs. México. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña* vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C n.º 217. En adelante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña* vs. Bolivia. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor* vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor* vs. Panamá. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman* vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman* vs. Uruguay. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra* vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C n.º 226. En adelante: Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra* vs. Ecuador. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón* vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C n.º 227. En adelante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón* vs. Venezuela. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo* vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C n.º 228. En adelante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo* vs. Ecuador. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros* vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C n.º 229. En adelante: Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros* vs. Argentina. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros* vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros* vs. El Salvador. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros* vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C n.º 234. En adelante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros* vs. Uruguay. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fleury y otros* vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C n.º 236. En adelante: Corte IDH. *Caso Fleury y otros* vs. Haití. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios* vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C n.º 237. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Barrios* vs. Venezuela. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares* vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares* vs. República Dominicana. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 241. En adelante: Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242. En adelante: Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C n.º 244. En adelante: Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 247. En adelante: Corte IDH. *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. EPF. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C n.º 251. En adelante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C n.º 255. En adelante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C n.º 256. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012.

Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C n.º 258. En adelante: Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 267. En adelante: Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C n.º 269. En adelante: Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 271. En adelante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277. En adelante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Brewer Carias vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C n.º 278. En adelante: Corte IDH. *Caso Brewer Carias vs. Venezuela*. EP. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C n.º 281. En adelante: Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 285. En adelante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C n.º 286. En adelante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. En adelante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. En adelante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C n.º 296. En adelante: Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C n.º 297. En adelante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C n.º 300. En adelante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C n.º 301. En adelante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 303. En adelante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C n.º 306. En adelante: Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C n.º 307. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C n.º 308. En adelante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310. En adelante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C n.º 311. En adelante: Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C n.º 312. En adelante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C n.º 314. En adelante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2., 25.1. y 7.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987.

Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2., 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987.

Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (Arts. 46.1., 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 27 de enero de 2009.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 julio de 2009.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 5 de julio de 2011.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 30 de noviembre de 2011.

Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de febrero de 2012.

Documentos adoptados en el seno de Organizaciones Internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referencias académicas

BURGORGUE-LARSEN, L. “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n.º 9, Instituto de Desarrollo Europeo e Integración Regional. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2011.

MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago, 2003.

Otras referencias no académicas

Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington DC, 2009.

Contenido

1. Introducción	744
2. Consideraciones generales sobre el derecho a la protección judicial	746
3. Derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo, que ampare contra actos que violen derechos fundamentales	750
3.1. La sencillez y rapidez del recurso	750
3.2. La efectividad del recurso judicial	751
3.3. Alcances de la revisión que debe realizar un recurso judicial respecto de una decisión administrativa para que sea efectivo	754
4. El amparo y el hábeas corpus como manifestaciones del recurso sencillo, rápido y efectivo reconocido en el artículo 25 de la CADH	755
4.1. El recurso de amparo	756
4.2. El hábeas corpus, recurso de exhibición personal o amparo de libertad	757
5. Compromisos estatales en relación con el derecho a la protección judicial	759
5.1. Compromiso de garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (art. 25.2.a)	760
5.2. Compromiso de desarrollar las posibilidades del recurso judicial (art. 25.2.b)	760
5.3. Compromiso de garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente un recurso: ejecución de las sentencias (art. 25.2.c)	761
6. Consideraciones especiales del derecho a la protección judicial respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH	763
6.1. Con relación a la libertad de expresión: denegatoria de acceso a la información (art. 13)	763
6.2. Con relación al derecho a la propiedad de los miembros de pueblos indígenas y tribales (art. 21)	763
7. La obligación de investigar como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial	766
7.1. Exigencias de la obligación de investigar	767
7.2. El derecho a la verdad y la obligación de investigar	772
7.3. La falta de investigación: impunidad	775
7.4. Incompatibilidad de las amnistías y otros eximentes de responsabilidad con la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos	776
7.5. Consideraciones específicas de la obligación de investigar respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH	783

1. Introducción

El presente capítulo sistematiza los estándares establecidos por la Corte IDH respecto al contenido, exigencias y alcances del derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la CADH. Al igual que el artículo 8 de la CADH (garantías judiciales), el artículo 25 comprende el derecho de acceso a la justicia y, por ende, la correspondiente obligación estatal de garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia para hacer valer sus derechos.¹

¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 169. Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1998, párr. 106. Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999, párr. 61.

Como lo señaló el expresidente de la Corte IDH, Antonio Cançado Trindade, este derecho tiene un origen latinoamericano que es poco conocido. En efecto, su consagración original se encuentra en la DADDH de abril de 1948 (art. XVIII), luego de lo cual fue adoptado en la DUDH de diciembre de 1948 (art. 8) y, a partir de ello, incluido en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 13), el PIDCP (art. 2.3.), y en la CADH.²

No obstante la referida particularidad y distinción del artículo 25,³ corresponde hacer mención al extenso debate que surge de la jurisprudencia y doctrina en cuanto a la vinculación entre ambos artículos y a la necesidad o no de analizarlos de manera conjunta cuando se alegue una violación de derechos humanos en un caso.

Desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* sobre excepciones preliminares, la propia Corte IDH señaló que los Estados partes de la Convención “se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1.)”, dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la CADH a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1.).⁴ A partir de ese momento, y hasta la fecha, es significativo el número de sentencias en las que la Corte IDH ha desarrollado de manera conjunta e indistinta las consideraciones relativas a ambos derechos. Sin embargo, la jurisprudencia presenta también una serie de casos en los que la Corte IDH ha realizado una valoración independiente de los derechos en cuestión, sin que la declaración de responsabilidad internacional de un Estado por la violación de la protección judicial conlleve necesariamente la violación del derecho a las garantías judiciales o viceversa.

Frente a ello, encontramos una posición crítica en la doctrina, surgida incluso de los votos de la expresidenta de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga, quien afirma que los referidos derechos son de distinta naturaleza y su relación es una de substancia a forma,⁵ de manera que “[s]e analiza el artículo 25 con los parámetros del artículo 8 [...] se desvirtúa el sentido del primero”.⁶

La complejidad de la presentación de los estándares específicos del derecho a la protección judicial se torna mayor ya que, en un importante número de fallos, la Corte IDH ha analizado en un mismo apartado, y en algunos casos sin especificar distinciones, el artículo 25 y el artículo 7.6 de la CADH (derecho a la libertad personal) según el cual “[t]oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales [...]”.⁷ De esta manera, con seguridad, será posible identificar estándares compartidos por el derecho a la protección judicial y el derecho a la libertad personal ya que, como lo afirmó el expresidente de la Corte, Sergio García Ramírez,

2 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de FRC. 1997. Voto del juez Antonio A. Cançado Trindade, párr. 19.

3 Ver la primera parte del comentario al artículo 8 (garantías judiciales), a cargo de Ibáñez, sobre la naturaleza y características distintivas del artículo 25.

4 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 91. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 233.

5 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 24. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 148.

6 Ver los votos de la jueza Cecilia Medina Quiroga en los siguientes casos: 1) Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008. 2) Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004. 3) Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004. 4) Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005. 5) Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006. 6) Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006. 7) Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008.

7 El artículo 7.6. de la CADH dispone que “[t]oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

en atención a un caso en el que se analizaba la inobservancia del artículo 25 desde la perspectiva de la violación al artículo 7.6., pese a la separación conceptual, no se puede negar “la estrecha relación que existe entre algunos bienes, los correspondientes derechos y los sucesos en que se lesiona[n] aquellos y se vulneran estos”.⁸ Al respecto, la propia Corte IDH ha señalado que “los artículos 7 y 25 de la Convención, contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso”.⁹

Por otro lado, en el presente capítulo se ha considerado pertinente presentar los estándares desarrollados por la Corte IDH respecto de la obligación estatal de investigar las violaciones de derechos humanos. Ello, porque si bien se trata de una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la CADH,¹⁰ —de conformidad con el artículo 1.1. de la misma— la obligación de investigar debe ser llevada a cabo por las autoridades competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso,¹¹ esto es, las exigencias de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH, respectivamente.

En consecuencia, los jueces, los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y, en general, cualquier autoridad pública,¹² podrán encontrar a continuación los criterios que, en aplicación del control de convencionalidad, deben implementar en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, los miembros de organizaciones no gubernamentales, defensores, presuntas víctimas y todo usuario del SIDH podrá identificar en este texto la interpretación y alcances con los que la Corte IDH ha dotado de contenido al derecho a la protección judicial, así como al deber de investigar las violaciones de derechos humanos.

A partir de lo expuesto, el presente capítulo se estructura en seis apartados: 1) consideraciones generales sobre el derecho a la protección judicial, 2) exigencias específicas del derecho a un recurso sencillo, rápido y/o efectivo, 3) alcances del amparo y el hábeas corpus como manifestaciones del recurso sencillo, rápido y efectivo, 4) compromisos estatales con relación al respeto y garantía del derecho a la protección judicial, 5) consideraciones especiales del derecho a la protección judicial respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH, y 6) obligación de investigar las violaciones de derechos humanos como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial.

2. Consideraciones generales sobre el derecho a la protección judicial

La Corte IDH ha declarado que el derecho a la protección judicial, “constituye uno de los pilares básicos” de la CADH y del propio estado de derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención.¹³ El reconocimiento de dicho derecho a través del artículo 25 “innov[ó] la normativa internacional existente con anterioridad a la adopción de la Convención Americana en tanto establece un recurso que debe ser judicial”, a diferencia de lo que dispone el artículo 2.3.a) del PIDCP, que solo obliga al Estado a proveer un recurso efectivo para “[t]oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el [tratado] hayan sido violados”.¹⁴

8 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004. Voto del juez Sergio García Ramírez.

9 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 152.

10 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 166 y 176. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 167.

11 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 106. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 178.

12 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 124. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párrs. 193 y 239.

13 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 82. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 82. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 228.

14 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 367.

De acuerdo con las actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos –que recoge los trabajos preparatorios de la CADH–, el proyecto de artículo 25, identificado en ese momento con el número 23,¹⁵ incluía un único párrafo que, posteriormente, fue precisado y al cual se añadió un segundo párrafo sobre los compromisos del Estado en lo que concierne a ese derecho. A través del registro de la intervención del presidente de la Comisión I en dicha Conferencia, grupo responsable del debate del actual artículo 25, quedó en evidencia que el proyecto de artículo suponía “la consagración del clásico [d]erecho de [a]mparo”.¹⁶ Sin embargo, conforme lo señaló la jueza Medina Quiroga en su voto parcialmente disidente a la sentencia del caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de la lectura integral de los referidos trabajos preparatorios “puede desprenderse que esta disposición no solo establece el recurso de amparo –simple y rápido– sino también un segundo tipo de recurso que, aunque no sea simple y rápido, sea efectivo”.¹⁷

En efecto, la Corte IDH ha señalado que el texto del artículo 25 “es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”.¹⁸ Si bien la primera versión de esta disposición se limitaba a consagrar la protección judicial solo para los derechos establecidos en la Constitución y las leyes del país respectivo,¹⁹ durante los trabajos preparatorios, el gobierno de Chile planteó que el artículo “e[ra] insuficiente” al no referirse a los derechos reconocidos por la CADH, y propuso la respectiva modificación sobre la base de la formulación del citado artículo 2.3. del PIDCP,²⁰ la cual fue finalmente aprobada.

Igualmente, la Corte IDH ha precisado que la protección judicial supone, “en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”.²¹ De esta manera, al interpretar el texto del artículo 25 de la CADH, la Corte IDH ha sostenido que “la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir [ante estos]”.²² Es decir que, “además de la existencia formal de los recursos, estos de[ben dar] resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes”.²³ Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”.²⁴ Consecuentemente, el sentido de la protección otorgada por el artículo 25:

es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente[,] y capaz de emitir una decisión vinculante[,] determine si ha habido o no una violación a algún

15 OEA. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos*. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), p. 22.

16 OEA, *op. cit.*, p. 261.

17 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga.

18 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987, párr. 32. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 23.

19 OEA, *op. cit.*, p. 22. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga.

20 OEA, *op. cit.*, p. 41.

21 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 91. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 261 y 263. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 238.

22 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 91, 66-68. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 261 y 263. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 238.

23 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 23. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 109.

24 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 117. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 109.

derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.²⁵

Así, no basta con que los recursos estén previstos por la constitución o la ley o con que sean formalmente admisibles, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del artículo 25.²⁶

Por tanto, y como en el caso del derecho a las garantías judiciales,²⁷ la Corte IDH ha señalado que “[e]l artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia”, “norma imperativa de Derecho Internacional”,²⁸ entendido como aquél que :

no se agota con el trámite de procesos internos, sino [que] debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima [o sus familiares] a obtener un control jurisdiccional que permita determinar si los actos de las autoridades [respectivas] han sido adoptados al amparo de [sus] derechos y garantías mínimas.²⁹

Adicionalmente, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*,³⁰ la Corte IDH ha considerado que, precisamente por consagrar el derecho de acceso a la justicia, el artículo 25 de la CADH puede ser vulnerado “independientemente de que exista o no una violación al derecho reclamado o de que la situación que le servía de sustento se enc[uentre] dentro del campo de aplicación del derecho invocado”.³¹ En razón de ello, con independencia de si la autoridad judicial declara infundado el reclamo de la persona que interpone un recurso por no estar cubierto por la norma que invoca, o no encuentra una violación del derecho que se alega vulnerado, “el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos”. Para la Corte IDH sería ‘irrazonable’ establecer dicho recurso “si se exig[e] a los justiciables saber de antemano si su situación será estimada por el órgano judicial como amparada por un derecho específico”.³²

De esta manera, la Corte IDH ha recordado que:

la obligación del Estado de conducir los procesos con apego a la garantía de protección judicial consiste en una obligación que es de medio o comportamiento y que no es incumplida por el solo hecho de que el proceso no produzca un resultado satisfactorio o no se arrije a la conclusión pretendida por la presunta víctima.³³

Por todo lo expuesto, corresponde resaltar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, el derecho a la protección judicial se encuentra íntimamente ligado con las obligaciones generales del Estado reconocidas en los artículos 1.1. (obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH, que “atribuyen funciones de protección al derecho

25 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, 1987, párr. 24. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 100. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 261. Corte IDH. *Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 238.

26 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, 1987, párr. 24. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 185-186. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 149.

27 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 52. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 101.

28 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 131.

29 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 114. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 188.

30 Sobre el caso *Castañeda Gutman vs. México*, los derechos políticos y el acceso a la justicia, ver el comentario al artículo 23 (derechos políticos) a cargo de Caballero, Dorbecker y García.

31 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 52. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 101.

32 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 100.

33 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 122. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 155.

interno de los Estados part[e]”.³⁴ Así, la Corte IDH ha identificado dos responsabilidades concretas del Estado en relación con el derecho a la protección judicial.

La primera obligación se refiere a:

consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas.³⁵

Promover la instancia judicial es requisito necesario para la aplicación del artículo 25.³⁶ De este modo, la inexistencia de un recurso efectivo con dichas características,³⁷ o “[c]ualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una transgresión de la Convención”.³⁸

A efectos de cumplir con esta obligación convencional, la Corte IDH ha establecido que:

los Estados deben promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos [, de manera que] [s]i una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo.³⁹

En esa línea, la Corte IDH ha destacado “la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso”.⁴⁰

No obstante ello, cabe destacar lo señalado por la propia Corte IDH en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, en cuanto a que “los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos”, sean de carácter judicial o de cualquier otra índole, “[p]or razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y [para] la efectiva protección de los derechos de las personas”. De esta manera, la Corte IDH ha considerado que:

si bien [lo]s recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado.⁴¹

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que si un determinado recurso es resuelto en contra de quien lo intenta, ello “no conlleva necesariamente una violación del derecho a la protección judicial”.⁴²

34 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 83. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 65. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párrs. 95 y 104. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 110.

35 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 237. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 110.

36 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 104.

37 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, op. cit., 1987, párrs. 23-24. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 261.

38 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 52. Corte IDH. *Caso Pueblos Kalia y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 237.

39 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 131. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 78 y 106.

40 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 110.

41 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 126. Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 99.

42 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 128. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 201.

De esta manera, dicho derecho no implica que todo recurso deba ser necesariamente acogido, sino que haya, por lo menos, una posibilidad seria de que el recurso prospere.⁴³

La segunda obligación se refiere a: “garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos”.⁴⁴ Ello, porque “[e]l proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de [este]”.⁴⁵

Por tanto, “el Estado tiene la responsabilidad no solo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”.⁴⁶ Ambas responsabilidades son exigibles para todo recurso judicial regulado por el artículo 25 de la CADH.

3. Derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo, que ampare contra actos que violen derechos fundamentales

La formulación original del derecho a la protección judicial en el anteproyecto de la CIDH establecía que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido [...]”,⁴⁷ es decir, que el recurso en cuestión debía cumplir las tres condiciones de manera conjuntiva. En sus observaciones y comentarios al proyecto, el gobierno de la República Dominicana hizo notar que “p[odían] darse casos en que la protección es ‘efectiva’ aunque no sea ni sencilla ni rápida”, en cuyo caso “[e]l único criterio necesario es que el recurso sea ‘efectivo’”. Frente a ello propuso un texto que, posterior al debate de los respectivos delegados, fue aprobado conforme a la redacción actual del párrafo 1 del artículo 25.⁴⁸

Sin embargo, conforme destaca claramente la jueza Medina Quiroga, la discusión en los trabajos preparatorios de la CADH “no fue [...] zanjada con una opinión clara, sino que se dejó así, quizás sin advertir las consecuencias que podía traer”. Por ello, existen “dos maneras de leer el artículo 25”,⁴⁹ y para ambas debe exigirse que el recurso sea efectivo, es decir, conforme lo indicó la Corte IDH en su sentencia de fondo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que sea “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.⁵⁰ Así, tanto el recurso sencillo y rápido, como el no sencillo ni rápido deben, en consecuencia, ser efectivos.

3.1. La sencillez y rapidez del recurso

El artículo 25 de la CADH regula el recurso sencillo y rápido que ampara a los lesionados frente a las violaciones de sus derechos.⁵¹ La Corte IDH no ha desarrollado un concepto específico sobre la sencillez del recurso; no obstante, frente a los hechos de cada caso, la Corte ha analizado los recursos

43 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, p. 372. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 67-68.

44 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 65. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 209. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 110.

45 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. 2003. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 110.

46 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 110.

47 OEA, *op. cit.*, p. 22.

48 *Ibidem*, p. 66.

49 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 4.

50 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 66. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 107. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 241.

51 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 89.

concernidos concluyendo, previa indicación de sus características, si son sencillos o no a la luz de la CADH. Con relación a la rapidez, ha señalado que el recurso debe resolverse “dentro de un plazo que permita amparar la violación [...] que se reclama”.⁵²

Asimismo –conforme se anticipó en la introducción a este comentario– en ciertas oportunidades la Corte IDH ha tomado como base el artículo 7.6. de la CADH, sobre el derecho a la libertad personal, que exige proteger a través de un recurso que sea decidido por un juez o tribunal competente ‘sin demora’. Adicionalmente, en algunas sentencias, la Corte IDH ha evaluado la rapidez mediante el análisis de las exigencias del “plazo razonable”, reconocido en el artículo 8 de la CADH.⁵³

En todo caso, el recurso judicial que se adecue a las exigencias de sencillez y rapidez debe ser, conforme se ha indicado líneas arriba, también efectivo, en los términos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH.

3.2. La efectividad del recurso judicial

El artículo 25 de la CADH consagra el deber estatal de proveer recursos internos eficaces,⁵⁴ incorporando “el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar [los] derechos”.⁵⁵ De manera que, conforme ha sido señalado, no basta que el recurso esté previsto formalmente,⁵⁶ sino que debe ser “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”,⁵⁷ dando respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la CADH, en la Constitución o en las leyes,⁵⁸ lo cual no implica evaluar dicha efectividad en función a una eventual resolución favorable a los intereses de la víctima.⁵⁹ Todo ello es exigible de un recurso no solo en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales.⁶⁰

Concretamente, cuando la Corte IDH ha evaluado la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa,⁶¹ ha indicado que se debe observar si las decisiones han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos, y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la CADH.⁶² Por ello, el derecho a un recurso efectivo implica “que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas”.⁶³

Además, con relación a la efectividad, la Corte IDH ha resaltado que la obligación del artículo 25 supone que el recurso sea “adecuado”, lo cual significa que la función de este dentro del sistema del

52 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 245.

53 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 5.

54 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 103.

55 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24.

56 *Ibidem*, Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 90. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 109.

57 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 66. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 142.

58 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 110.

59 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 67. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 128. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 195.

60 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 186.

61 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 210. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 108.

62 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 108.

63 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 96. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 109.

derecho interno debe ser “idónea” para proteger la situación jurídica infringida,⁶⁴ o para combatir la violación de que se trate.⁶⁵ Ciertamente:

[e]n todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. [...] Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.⁶⁶

Así, por ejemplo, un procedimiento de orden civil como la presunción de muerte por desaparición, cuya función es, *inter alia*, que los herederos puedan disponer de los bienes del desaparecido, no es adecuado para hallar a la persona ni para lograr su liberación si está detenida,⁶⁷ y, por ende, tampoco es efectivo para dichos fines. Consecuentemente, es posible observar en la jurisprudencia de la Corte IDH que, previamente a la verificación de la eficacia de un recurso, la Corte IDH ha analizado si el mismo fue adecuado.⁶⁸ Asimismo, la Corte IDH ha estimado que si bien un recurso pudo ser adecuado para proteger la situación jurídica infringida, careció de efectividad al no remediar la situación planteada y no haber permitido que produjera el resultado para el cual fue concebido,⁶⁹ en contravención con lo dispuesto en el artículo 25.1. de la CADH.

Por tanto, de acuerdo con la Corte IDH, “[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”.⁷⁰ Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, debido a que el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad,⁷¹ porque falten los medios para ejecutar sus decisiones, o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, “como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”.⁷²

En efecto, citando al TEDH en el caso *Akdivar vs. Turquía*, la Corte IDH ha señalado “que la existencia de los recursos internos debe ser suficientemente cierta, no solo en teoría sino también en la práctica, en cuyo caso contrario no cumplirán con la accesibilidad y efectividad requeridas”. De esta manera, ha estimado que “se debe tomar en cuenta tanto la existencia de recursos formales en el sistema legal del Estado en cuestión, como el contexto general legal y político en el cual operan, así como las circunstancias personales de los peticionarios o demandantes.”⁷³

64 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 64. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 142. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 239.

65 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 117. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 142.

66 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 64. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 86. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 239.

67 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 64.

68 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 216. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 98.

69 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 121. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 98.

70 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 109.

71 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 137. Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 247.

72 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 24. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 68. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 107. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 109.

73 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 130. Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 105.

A mayor abundamiento, la Corte IDH ha señalado que “un recurso efectivo puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, o si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades”.⁷⁴

Además, la Corte IDH ha señalado que para que se preserve el derecho a un recurso efectivo es indispensable que este se tramite de acuerdo “a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención”.⁷⁵ Como contrapartida, en el marco de un debido proceso, “a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos” a través de los cuales, *inter alia*, una persona pueda impugnar, por ejemplo, la competencia de las autoridades que ejercen jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales no tienen dicha competencia.⁷⁶

Siguiendo la clasificación propuesta por la jueza Medina Quiroga,⁷⁷ la Corte IDH ha considerado que determinados recursos han sido ineficaces, cuando: 1) la situación del Estado lo determina,⁷⁸ en ese sentido, “[c]omo regla general, se entiende que no hay recursos efectivos cuando existe en el Estado una situación de violaciones masivas y sistemáticas, porque allí la ineffectividad de los recursos es, en realidad, un elemento de la situación”; 2) los afectados han sido impedidos de ejercerlos en los hechos, por ejemplo, en los casos de detenidos clandestinamente;⁷⁹ 3) los agentes estatales han obstaculizado su tramitación, a este respecto en la sentencia del caso *Castillo Páez vs. Perú*, la Corte IDH consideró “que el recurso interpuesto por los familiares de [la víctima] en contra de su detención (hábeas corpus), fue obstaculizado por agentes del Estado con la adulteración del registro de ingresos de detenidos, lo cual impidió localizar al agraviado”;⁸⁰ 4) la propia legislación de un Estado no otorga dicho recurso efectivo, configurándose una “infracción [...] general y clara”, al respecto, en algunos casos en contra del Estado del Perú,⁸¹ en los que las víctimas eran procesadas bajo una normativa específica por los delitos de terrorismo o traición a la patria, la Corte IDH decidió que el hecho de que la legislación peruana prohibiera la interposición del recurso de hábeas corpus para dichos procesados, constituía una violación del artículo 25; y 5) la falta de efectividad específica para un caso, en el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte IDH consideró que la determinación judicial de una tasa de justicia muy alta y de honorarios profesionales muy altos regulados con base en el monto de la litis constituía “un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia”, por lo que sería violatorio de los artículos 8 y 25 de la CADH.⁸²

A dicha lista podemos agregar los casos en los cuales el recurso no es efectivo al haberse transformado “en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad”.⁸³ Al respecto, la Corte IDH ha establecido que la efectividad de los recursos tiene una relación con la denegación del acceso a la justicia, ya que no puede ser considerado efectivo un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, si mediante él no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento.⁸⁴

74 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 66. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 87. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 242.

75 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 91. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 155.

76 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 297. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 167.

77 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, pp. 375, 376 y 378.

78 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 193.

79 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 236. Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998, párrs. 166-167.

80 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 81.

81 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párrs. 49-55. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 179-188. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párrs. 161-170. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 111-116 y 133-135.

82 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 56.

83 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 204, 206-207 y 209-211. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 124.

84 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 88. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 110.

Por todo lo expuesto, es posible concluir que, para la Corte IDH:

la efectividad tiene que ver con la capacidad potencial del recurso, de producir, ‘en el hecho y en el derecho’, [...] el resultado que se requiere para proteger el derecho, pero también se relaciona con el debido proceso, ya que tiende a considerar que se ha infringido el artículo 25 de la Convención cuando están ausentes uno o más elementos de los señalados en el artículo 8 de la misma.⁸⁵

3.3. Alcances de la revisión que debe realizar un recurso judicial respecto de una decisión administrativa para que sea efectivo

La Corte IDH ha considerado que, para resolver una controversia entre las partes sobre la efectividad de la protección judicial, es necesario realizar algunas consideraciones relevantes respecto de la extensión de la revisión que debe proporcionar un recurso judicial para que sea efectivo, de conformidad con el artículo 25 de la CADH.⁸⁶

En su voto razonado al caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, el juez Sergio García Ramírez, se refirió, en atención a los hechos de dicho caso, a la posibilidad de que una decisión de una autoridad administrativa pudiera ser sometida ante un órgano judicial para que este disponga de manera definitiva. En dicha oportunidad, el juez García Ramírez señaló que:

la existencia de un medio de control de la legalidad, por vía judicial, no implica que el primer tramo en el ejercicio del poder de decisión sobre derechos y deberes individuales [en sede administrativa] quede sustraído a las garantías del procedimiento, a cambio de que estas existan cuando se ingresa al segundo tramo de aquel ejercicio, una vez abierto un proceso ante la autoridad judicial. [...] [En consecuencia, destacó que era necesario] observar las garantías en todas las etapas [ya que el control que la última etapa judicial promete al particular, no justifica que en la primera, por ejemplo, de naturaleza administrativa] se dejen de lado esas garantías con la expectativa de recibir las posteriormente.⁸⁷

En la sentencia del caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, basándose en la jurisprudencia del TEDH en el caso *Sigma Radio Television Ltd. vs. Cyprus*, la Corte IDH identificó cuatro factores relevantes a tomar en consideración en los supuestos “en donde se somete a los órganos judiciales el conocimiento de una decisión administrativa previa que se alega violatoria de los derechos de una presunta víctima”, a saber: la competencia del órgano judicial en cuestión, el tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo –teniendo en cuenta si esta involucra conocimientos técnicos o especializados–, el objeto de la controversia planteado ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho y de derecho de las partes, y las garantías del debido proceso ante el órgano judicial.⁸⁸

De esta manera, frente al citado supuesto en el caso, la Corte IDH estableció que “existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos”. Así, la Corte IDH ha estimado que:

no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso.⁸⁹

Por tanto –siguiendo nuevamente la jurisprudencia del TEDH en el caso *Sigma Radio Television Ltd.*–, la Corte IDH ha considerado que:

85 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, p. 373.

86 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 202.

87 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 13.

88 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 203.

89 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 204.

el recurso es efectivo por contar con una revisión judicial suficiente[.] aun cuando el órgano judicial no estuviere facultado para analizar todos los aspectos de una decisión administrativa, si aquel es capaz de anular dicha decisión bajo distintos supuestos, entre ellos una incorrecta interpretación de los hechos o de la ley.⁹⁰

En el caso concreto, la Corte IDH concluyó que “el hecho de que el recurso judicial disponible fuera un recurso de nulidad no [...] configur[aba] una violación del derecho a la protección judicial”.⁹¹

4. El amparo y el hábeas corpus como manifestaciones del recurso sencillo, rápido y efectivo reconocido en el artículo 25 de la CADH

Conforme ha sido indicado, el artículo 25 “es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo”.⁹²

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos”.⁹³ De acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la CADH, así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados partes, la Corte IDH ha observado:

que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquellos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado ‘amparo de la libertad’ o forma parte integrante del amparo.⁹⁴

Asimismo, en la medida que, como recursos judiciales, son exigibles tanto en situaciones de normalidad como en circunstancias excepcionales,⁹⁵ la Corte IDH ha establecido que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo constituyen ejemplos 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”.⁹⁶ En consecuencia, “aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados part[e] 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”.⁹⁷ Así, la jurisprudencia de la Corte IDH es clara al afirmar “que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia”.⁹⁸

En esa misma línea, la Corte IDH ha enfatizado que las garantías judiciales del artículo 8 de la CADH –aplicables a los respectivos recursos judiciales regulados en el artículo 25 del mismo tratado– se deben mantener vigentes en dichos contextos. De esta manera, la Corte IDH ha señalado que “los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción

90 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 210.

91 *Ibidem*, párr. 213. En el mismo fallo, el Tribunal recordó su sentencia en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, a partir de cuyos hechos probados pudo concluir que el recurso judicial disponible era un recurso de nulidad, el cual encontró idóneo para la protección de los derechos violados en dicho caso. Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 81. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 210.

92 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 32.

93 *Ibidem*, párr. 34. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 77.

94 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 34. Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008, párr. 121.

95 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 186.

96 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 42. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 106.

97 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 43. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 128.

98 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 23.

en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”, lo cual “es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo”.⁹⁹

4.1. El recurso de amparo

La Corte IDH ha establecido que, por su naturaleza, el recurso de amparo es “el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención”.¹⁰⁰ Por oposición, en cuanto al tiempo, la Corte IDH ha precisado que “los otros recursos”, distintos al amparo, “deben resolverse en un ‘plazo razonable’, conforme al artículo 8.1. de la Convención”.¹⁰¹

De igual manera, la Corte IDH ha estimado que:

no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, [por ejemplo, en relación a los derechos políticos,] siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que [quedan fuera] de[l] conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo.¹⁰²

Adicionalmente, al ser uno de los recursos del ámbito del artículo 25 de la CADH, “tiene que cumplir con varias exigencias, entre las cuales se encuentra[n] la idoneidad y la efectividad”.¹⁰³ En ese sentido, el recurso de amparo debe ser idóneo “para proteger la situación jurídica infringida, por ser aplicable a los actos de autoridad que implican una amenaza, restricción o violación a [los] derechos protegidos”,¹⁰⁴ y efectivo, “conforme a los principios de concentración, celeridad, contradictorio y motivación de los fallos, [y] derechos de defensa”.¹⁰⁵

Por otro lado, cabe destacar que en los casos *Myrna Mack vs. Guatemala* y la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, la Corte IDH se ha referido al abuso en la interposición del recurso de amparo en dicho Estado. Así, llamó la atención de la Corte IDH que, aunque permitido por la ley en el marco de un proceso penal, el amparo haya sido utilizado como práctica dilatoria con la tolerancia de las autoridades judiciales.¹⁰⁶ Conforme fue observado por la Corte IDH, el texto de la ‘Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad’ obligaba a los tribunales de amparo en Guatemala “a dar trámite y resolver todo recurso de amparo que sea interpuesto contra cualquier autoridad judicial por cualquier acto procesal”, aunque sea “manifiestamente improcedente”.¹⁰⁷ Al respecto, la Corte IDH consideró que la “ostensible dilación en la tramitación y resolución de dichos recursos, [...] no es compatible con el artículo 25.1. de la Convención Americana”. Así, si bien la Corte IDH señaló que el recurso de amparo es el recurso idóneo para tutelar los derechos humanos en Guatemala, enfatizó que “su amplitud y falta de requisitos de admisibilidad deriv[ó] en que [en] algunos de [los] casos la demora [fuera] excesiva y parali[zara] la justicia”.¹⁰⁸

Concretamente, en el caso de la *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, la Corte IDH tomó nota del dictamen conjunto, emitido por las Comisiones de Reforma del Sector Justicia y de Legislación

99 *Ibidem*, párr. 30.

100 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 32. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 91. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 272. Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 282.

101 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 282.

102 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 92 y 140.

103 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, 1987, párr. 24.

104 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 121.

105 *Ibidem*, párr. 233 e).

106 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 204, 206-207 y 209-211. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 106.

107 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 206. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párrs. 109-110.

108 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 111.

y Puntos Constitucionales sobre la reforma de la Ley de Amparo en Guatemala, mediante el cual “confirma[ban] la importancia de revisar esta legislación considerada permisiva, cuya interpretación ha[bía] dado lugar a abusos, retrasos deliberados y obstáculos para una justicia pronta y cumplida”, y establecían como necesario “aclarar, ampliar, o explicitar normas que [...] h[ubieran] dado lugar a variadas interpretaciones y aplicaciones, que provoca[ban] retrasos innecesarios en el trámite de los procesos y acciones de amparo que desnaturaliza[ran] su finalidad y propósito”.¹⁰⁹

Por tanto, a través de dichos casos, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia en el sentido de que los recursos judiciales se deben tramitar de modo que “se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios o entorpecedores”.¹¹⁰

4.2. El hábeas corpus, recurso de exhibición personal o amparo de libertad

La Corte IDH ha reconocido que, en su sentido clásico, el recurso de hábeas corpus, regulado por los ordenamientos americanos,

tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.¹¹¹

De acuerdo con la Corte IDH, “el nombre, procedimiento, regulación y alcances de los recursos internos que permitan revisar la legalidad de [dicha] privación de libertad pueden variar de un Estado a otro”.¹¹²

Para que el hábeas corpus cumpla con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, “exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada”.¹¹³ Más aún, el análisis de la legalidad de una privación de libertad “debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”.¹¹⁴ Al respecto, la Corte IDH ha declarado que, según la CADH, “hay un margen de acción para que el juez del hábeas corpus se ocupe de la competencia del funcionario que ha ordenado la privación de libertad”, para eventualmente apreciar los datos conducentes a definir si la detención tiene el carácter de arbitraria, por ejemplo, mediante la verificación de, *inter alia*, la competencia de la autoridad emisora de la orden de detención, los hechos imputados, las circunstancias de la persona a la que estos se atribuyen y, la regularidad del proceso en el que dicho mandamiento sería dictado.¹¹⁵ La Corte IDH ha precisado que “para ser efectivo, el recurso de hábeas corpus debe cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención”.¹¹⁶

A mayor abundamiento, la Corte IDH ha señalado que, dentro de las garantías judiciales indispensables, la función que cumple el hábeas corpus es esencial como medio idóneo para: garantizar la libertad controlar el respeto a la vida de las personas; controlar el respeto a la integridad de las personas; impedir la desaparición forzada de las personas; impedir la indeterminación del lugar de detención de

109 *Ibidem*, párr. 117.

110 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 115. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 235.

111 Sobre el derecho a acudir a un tribunal a fin de que se pronuncie sobre la ilicitud de la libertad ver el comentario al artículo 7 (derecho a la libertad personal) a cargo de Casal.

112 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987, párr. 33. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 129.

113 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. FRC. 2008, párr. 115.

114 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 35. Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995, párr. 82. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 63.

115 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 96. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 133.

116 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999, párr. 130.

las personas,¹¹⁷ proteger a una persona contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹¹⁸

De acuerdo con lo expuesto por la Corte IDH en su opinión consultiva sobre el *hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, la atribución de estas funciones “se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de [la región] en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos”, realidad que “ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el *hábeas corpus* es parcial o totalmente suspendido”.¹¹⁹

Este recurso de *hábeas corpus* se debe garantizar “a pesar de que la persona a favor de quien se interpone [...] ya no se encuentre bajo la custodia del Estado, sino que haya sido entregada a la custodia de un particular[;] a pesar de que haya transcurrido un tiempo largo desde la desaparición de una persona”,¹²⁰ y, sobre todo, si la persona está en poder de agentes del Estado, porque este es “el obligado a crear las condiciones necesarias para que cualquier recurso p[ueda] tener resultados efectivos”.¹²¹

Específicamente, en cuanto a las personas detenidas, la Corte IDH ha señalado que el recurso de *hábeas corpus*, “cuyo fin es evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado”,¹²² está reforzado “por la condición de garante que corresponde a este, con respecto a los derechos de los detenidos”. Así, como ha señalado la Corte IDH, el Estado “tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia”,¹²³ como la de proveer “una explicación inmediata, satisfactoria y convincente” de lo que le suceda y, eventualmente, “desvirtuar las alegaciones sobre [la] responsabilidad [estatal], mediante elementos probatorios adecuados”.¹²⁴ Asimismo, la Corte IDH ha resaltado que dicho recurso debe ser garantizado en todo momento, aun cuando el individuo se encuentre bajo condiciones excepcionales de incomunicación legalmente decretada.¹²⁵

Por otro lado, si bien la Corte IDH estableció que el *hábeas corpus* –al igual que el amparo– “es una garantía judicial que protege derechos no susceptibles de suspensión”, en la misma opinión consultiva sobre el *hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, se preguntó si tal recurso podía subsistir como medio de asegurar el derecho a la libertad individual, aun bajo estado de excepción, a pesar de que este derecho –reconocido en el artículo 7 de la CADH–, no está considerado entre aquellos que no pueden ser afectados en situaciones excepcionales.¹²⁶ La Corte IDH consideró que la suspensión de garantías no debe exceder “la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia”, y que resulta “ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites” –que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción–, “aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente”.¹²⁷ Por tanto, la Corte IDH concluyó que “e[ra] [...] procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad [...] por parte de un órgano judicial

117 Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, párr. 97. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 232.

118 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 35. Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 83. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 232.

119 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párrs. 35 y 42. Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995, párr. 82. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 158.

120 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 36.

121 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 79.

122 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990, párr. 34. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 116.

123 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 138. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 129.

124 Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. F. 1995, párr. 60. Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012, párr. 135.

125 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 111. Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití*. FR. 2011, párr. 77.

126 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999, párr. 123.

127 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, 1987, párr. 37.

autónomo e independiente que verifi[car], por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua[ba] a los términos en que el estado de excepción la autoriza[ba]”. Para la Corte IDH, en dicha circunstancia “el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental”.¹²⁸

Finalmente, es importante señalar que, en reciente jurisprudencia, la Corte IDH ha considerado innecesario analizar el artículo 7.6. de la CADH (sobre el derecho a recurrir ante un juez para que decida sobre la legalidad de un arresto o una detención) conjuntamente con el artículo 25,¹²⁹ en razón de que, conforme a la Corte IDH, el artículo 7.6.:

tiene un contenido jurídico propio que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.¹³⁰

Ello, además de la consideración de la Corte IDH según la cual “el principio de efectividad (*effet utile*)” que se predica del recurso judicial regulado en el artículo 25, “es transversal a la protección debida de todos los derechos” reconocidos en la CADH.¹³¹

5. Compromisos estatales en relación con el derecho a la protección judicial

El texto del artículo 25 no incluía en su versión original las obligaciones estatales que posteriormente quedaron aprobadas como segundo párrafo. En efecto, como parte de los trabajos preparatorios de la CADH, el delegado de Chile presentó la propuesta de texto del actual párrafo 2 del artículo 25, tomado del artículo 2.3. del PIDCP, generando debate y reacciones principalmente de los delegados de Colombia y de los Estados Unidos de América. El delegado de Colombia objetó el nuevo párrafo al considerar que no encontraba motivo para “establecer un compromiso especial” de los Estados respecto a dicho derecho, cuando ya estaba previsto el “compromiso general” de respeto y garantía del artículo 1.1. de la CADH.¹³² Ante ello, el delegado de Chile recordó que el párrafo en cuestión fue sugerido “para establecer claramente que los Gobiernos se comprometerían a adoptar las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos”.¹³³ Por su parte, el delegado de los Estados Unidos de América declaró que apoyaría la propuesta de Chile “por entender que ofrecía mayor protección al individuo”.¹³⁴

Finalmente, atendiendo a las consideraciones y enmiendas presentadas por los delegados de Colombia, Chile y Estados Unidos, y como consecuencia del debate, se incorporó el mencionado segundo párrafo a partir del cual los Estados partes se comprometieron a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.¹³⁵

128 *Ibidem*, párr. 38.

129 *Ibidem*, párr. 40.

130 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 77.

131 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párrs. 33-34. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 231.

132 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 77. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párr. 162. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 231.

133 OEA, *op. cit.*, p. 262.

134 *Ibidem*, p. 263.

135 *Ibidem*, p. 262.

5.1. Compromiso de garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (art. 25.2.a)

Respecto a esta obligación, cabe destacar que la propuesta inicial del delegado de Chile consistía en incluir el compromiso estatal de “garantizar que la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decid[a] sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso”.¹³⁶ Sin embargo, a sugerencia del delegado de El Salvador se omitió la frase “competencia judicial, administrativa o legislativa o cualquiera otra autoridad”, sometiéndolo a votación y aprobando dicho compromiso conforme consta en su redacción actual.¹³⁷ Por tanto, es posible concluir que el compromiso establecido en el artículo 25.2.a vigente refuerza la obligación estatal general consistente en garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la CADH, conforme lo dispone el artículo 1.1.

5.2. Compromiso de desarrollar las posibilidades del recurso judicial (art. 25.2.b)

En los trabajos preparatorios de la entonces denominada *Convención Interamericana*, el compromiso de desarrollar las posibilidades del recurso judicial quedó incluido en un mismo literal –literal a)–, junto al compromiso de garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.¹³⁸ Posteriormente, en el documento ya denominado *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 7 de enero de 1970, dicho compromiso consta de manera autónoma en el literal b) del artículo 25 del tratado.¹³⁹

De acuerdo con la jueza Medina Quiroga, la afirmación de que el artículo 25 de la CADH exige un recurso judicial tiene su fundamentación en esta obligación estatal, ya que “impone al Estado el compromiso de ‘desarrollar las posibilidades del recurso judicial’, lo que lleva a pensar que no existe la obligación directa e inmediata de los Estados part[e] de tener dicho recurso desde el momento en que empiezan a regir para ellos las obligaciones de la Convención”. Sin embargo, para la jueza, “[u]na interpretación semejante queda desvirtuada desde la partida por el título que la propia Convención da a este derecho”, así como por el examen de los trabajos preparatorios.¹⁴⁰

Efectivamente, en los citados trabajos preparatorios de la CADH es posible encontrar la explicación de dicha contradicción. Como ha sido señalado, a iniciativa del delegado de Chile se propuso incluir un segundo párrafo, al entonces artículo 23 del anteproyecto, tomando como referente la formulación del artículo 2.3. del PIDCP que incluye las tres obligaciones estatales establecidas en el hoy artículo 25.2. de la CADH.

Para el artículo 2.3. del PIDCP, que exige garantizar el derecho del individuo a interponer un recurso “efectivo”, no necesariamente judicial, “tenía una lógica impecable” contemplar una obligación estatal orientada a desarrollar las posibilidades del recurso judicial; debido a que el proyecto de la CADH optó por el reconocimiento del derecho a un recurso *judicial*, el texto tomado del PIDCP ameritaba ser adaptado en ese sentido o, en todo caso, debía “ser tomado en su totalidad [...] para que no [se presenten las] contradicciones” señaladas.¹⁴¹

Más allá de la calificación de dicha inclusión textual como un error o no, siguiendo a la jueza Medina Quiroga:

136 *Ibidem*, pp. 302-303.

137 *Ibidem*, p. 41.

138 *Ibidem*, p. 263.

139 *Ibidem*, p. 318.

140 OEA, *op. cit.*, p. 488.

141 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, pp. 367-368.

está claro que la letra b) del párrafo 2 del artículo 25 de la Convención tiene idéntico propósito que [el que] tuvo la inserción del artículo 2 de la misma, es decir, reforzar la obligación que todo Estado tiene de adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones que provienen del tratado [sin] pretende[r] alterar la obligación del Estado contenida en el párrafo 1.¹⁴²

La confirmación de ello se encuentra en la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos en que esta recordó que, “[d]e acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte [...] no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho, tiene que crearlo”.¹⁴³

5.3. Compromiso de garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente un recurso: ejecución de las sentencias (art. 25.2.c)

La Corte IDH ha establecido que “el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo”, en la medida que “el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.¹⁴⁴ En ese sentido, para que un recurso sea verdaderamente efectivo el Estado debe adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento.¹⁴⁵

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que “la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten [una] decisión o sentencia”, sino que se requiere, además, “que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas”,¹⁴⁶ “de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados” o reconocidos.¹⁴⁷ Así, el artículo 25.2.c) de la CADH establece el compromiso de los Estados de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente [un] recurso” que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales. Por tanto, la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales “*depende de su ejecución* [...] debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, *tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado*”.¹⁴⁸ En consecuencia, “[l]a ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva”.¹⁴⁹

En específico, la Corte IDH ha estimado que:

para mantener el efecto útil de las decisiones, los tribunales internos al dictar sus fallos en favor de los derechos de las personas y ordenar reparaciones, deben establecer de manera clara

142 *Ibidem*, p. 368.

143 *Idem*.

144 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 137. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 78.

145 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 73. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012, párr. 107. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 244.

146 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 75. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 275.

147 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párrs. 79 y 82. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párrs. 216 y 220.

148 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párrs. 216 y 220. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 245. (énfasis agregado)

149 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 82. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 209. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párrs. 244-245.

y precisa “de acuerdo con sus ámbitos de competencia” el alcance de las reparaciones y las formas de ejecución de las mismas.¹⁵⁰

Si bien la Corte IDH reconoce que en la ejecución de una sentencia firme eventualmente se tengan que realizar determinaciones para dar cumplimiento a lo ordenado por la autoridad de que se trate y emitir diversas resoluciones, ello no debe constituir una justificación para el retraso en dicha ejecución.¹⁵¹

Asimismo, tomando como referente la jurisprudencia del TEDH en los casos *Amat-G LTD and Mebaghishvili vs. Georgia*, *Popov vs. Moldova*, y *Shmalko vs. Ukraine*, la Corte IDH ha indicado que “[e]l retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro [de] la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en [el fallo]”. Así por ejemplo, “[l]as normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias”,¹⁵² más aún tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, a las que por la especial naturaleza de los derechos protegidos, “el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello”.¹⁵³

A mayor abundamiento, la Corte IDH ha señalado que “la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho”. En ese sentido, y siguiendo también la jurisprudencia del TEDH en los casos *Matheus vs. France*, *Sabin Popescu vs. Romania*, *Cocchiarella vs. Italy* y *Gaglione vs. Italy*, la Corte IDH ha considerado que “para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora”.¹⁵⁴

En la misma línea, la Corte IDH ha declarado que “el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas” a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral.¹⁵⁵

Por lo demás, la Corte IDH ha considerado que “las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia”, es decir, “que su acatamiento sea forzoso y que en caso de que no sean obedecidas voluntariamente, puedan ser exigibles de manera coactiva”. Por tanto, tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH en el caso *Inmobiliare Saffi vs. Italy*, la Corte IDH ha dispuesto que:

en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución.¹⁵⁶

150 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 220. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 244.

151 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párrs. 25-26. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 96.

152 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 269.

153 *Ibidem*, párr. 225. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 119.

154 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 225.

155 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 105. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 210. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 244.

156 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 105. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 244.

6. Consideraciones especiales del derecho a la protección judicial respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH

En esta sección se presentan los estándares establecidos por la Corte IDH sobre las características especiales del derecho a la protección judicial cuando se trate de casos que involucren la alegada violación a la libertad de expresión y al derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales.

6.1. Con relación a la libertad de expresión: denegatoria de acceso a la información (art. 13)

La Corte IDH ha destacado la obligación estatal de garantizar “la efectividad de un procedimiento adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”.¹⁵⁷ Asimismo ha señalado que:

ante la denegación de acceso a determinada información bajo su control, el Estado debe garantizar que exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso a la información y, en su caso, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la misma.¹⁵⁸

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, dicho recurso debe ser garantizado “tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable” en casos de control democrático de las gestiones estatales. De acuerdo con lo indicado previamente, la Corte IDH ha recordado que, a partir de lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la CADH “si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo”.¹⁵⁹

Así, “el Estado tiene la obligación de suministrar la información solicitada, [y] si procediera la negativa de la entrega de la misma, deberá dar una respuesta fundamentada que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información”.¹⁶⁰ Sobre el particular, la Corte IDH ya ha establecido que “no dar respuesta posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio” del derecho de acceso a la información.¹⁶¹

6.2. Con relación al derecho a la propiedad de los miembros de pueblos indígenas y tribales (art. 21)

Conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1. de la CADH, la Corte IDH ha establecido que “para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta [las] particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres.”¹⁶² De acuerdo con la jurisprudencia de

157 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 106. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 248.

158 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 163. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 231.

159 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 137. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 231.

160 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 137. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párr. 78.

161 Corte IDH. *Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 265.

162 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 77. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 211. Corte IDH. *Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 266.

la Corte IDH, “las alusiones que se hagan a los estándares sobre los derechos de los pueblos indígenas, también son aplicables a los pueblos tribales”.¹⁶³

La Corte IDH se ha basado en lo dispuesto en el artículo 14.3. del Convenio n.º 169 de la OIT, según el cual “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.¹⁶⁴ A partir de dicha norma, la Corte IDH la propiedad comunitaria los Estados deben establecer “un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales”, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.¹⁶⁵

En consonancia con la Corte IDH:

los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que existan mecanismos administrativos efectivos y expeditos para proteger, garantizar y promover sus derechos sobre los territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de su propiedad territorial.¹⁶⁶

[...]

Los procedimientos en mención deben cumplir las reglas del debido proceso legal consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.¹⁶⁷

Tomando como referencia la obligación estatal general de adecuar el derecho interno a las exigencias de la CADH, prevista en el artículo 2, la Corte IDH ha resaltado que “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados”.¹⁶⁸ De esta forma, “los recursos ofrecidos por el Estado deben suponer una posibilidad real,¹⁶⁹ para que las comunidades indígenas y tribales puedan defender sus derechos y puedan ejercer el control efectivo de su territorio”.¹⁷⁰ Por su parte, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1. de la CADH “impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos”.¹⁷¹ De esta manera, la Corte IDH ha señalado que el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que los miembros de los pueblos indígenas “no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia”.¹⁷²

En la sentencia del caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH, conforme a su jurisprudencia y otros estándares internacionales en la materia, estableció que los recursos internos deben ser interpretados y aplicados con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas,

163 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 63. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 264. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 228 y 238.

164 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 100.

165 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 95.

166 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 96. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 142.

167 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 138. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 227.

168 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 166. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 227.

169 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 102. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 240.

170 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 142. Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 240.

171 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 112.

172 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 102.

tomando en cuenta los siguientes criterios:¹⁷³ 1) reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva, en tanto pueblos indígenas y tribales,¹⁷⁴ así como de la personalidad jurídica individual, como miembros integrantes de dichos pueblos;¹⁷⁵ 2) otorgamiento de capacidad legal para interponer acciones administrativas, judiciales o de cualquier otra índole de manera colectiva, a través de sus representantes, o en forma individual, tomando en cuenta sus costumbres y características culturales;¹⁷⁶ 3) garantía de acceso a la justicia de las víctimas —en tanto miembros de un pueblo indígena o tribal— sin discriminación,¹⁷⁷ y conforme a las reglas del debido proceso,¹⁷⁸ por lo que el recurso deberá ser: a) accesible,¹⁷⁹ sencillo y dentro de un plazo razonable.¹⁸⁰ Ello implica, entre otras cosas, el establecimiento de medidas especiales para asegurar el acceso efectivo y eliminación de obstáculos de acceso a la justicia, a saber: asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin,¹⁸¹ proporcionar el acceso a los pueblos indígenas y tribales a asistencia técnica y legal en relación con su derecho a la propiedad colectiva,¹⁸² en el supuesto de que estos se encontrasen en una situación de vulnerabilidad que les impediría conseguirla, y facilitar el acceso físico a las instituciones administrativas y judiciales, o a los organismos encargados de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, así como facilitar la participación de los pueblos en el desarrollo de los procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole, sin que ello les implique hacer esfuerzos desmedidos o exagerados,¹⁸³ ya sea debido a las distancias o a las vías de acceso a dichas instituciones, o a los altos costos en virtud de los procedimientos.¹⁸⁴ b) El recurso deberá ser adecuado y efectivo para proteger, garantizar y promover los derechos sobre sus territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, delimitación, demarcación, titulación y, en su caso, de garantía del uso y goce de sus territorios tradicionales.¹⁸⁵ 4) El otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural,¹⁸⁶ sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres,¹⁸⁷ así como su especial relación con la tierra.¹⁸⁸ 5) El respeto de los mecanismos internos de decisión de controversias en materia indígena, los cuales se encuentren en armonía con los derechos humanos.

173 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 100.

174 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 251.

175 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 172.

176 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 188. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 249.

177 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párrs. 173-174.

178 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 100. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párrs. 202-203 y 206.

179 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 62 y 96. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayanoy sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 166.

180 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 102. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 109.

181 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 112 y 134. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 262.

182 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 100. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 201.

183 *Mutatis mutandis*, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párrs. 25-28.

184 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 100.

185 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párrs. 54-55. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90, *op. cit.*, párrs. 29-31.

186 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 138. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 157.

187 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 51. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 112.

188 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 63. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayanoy sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 167.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que la obligación estatal de ejecución de los fallos (art. 25.2.c):

cobra especial importancia en casos de materia indígena, debido a que la situación especial de vulnerabilidad en la que se [...] enc[ue]ntran estos pueblos, podría generar en sí misma [desafíos] no solo para acceder a la justicia, sino para lograr la ejecución de las decisiones adoptadas. En este sentido, el Estado debe considerar situaciones que podrían significar un obstáculo para estos pueblos, tales como: limitantes para el acceso físico a las instituciones administrativas y judiciales (distancia, dificultad de acceso); complejidad y diversidad de instancias a agotarse; altos costos para la tramitación de los procesos judiciales y para la contratación de abogados, y monolingüismo en el desarrollo de los procesos judiciales.¹⁸⁹

7. La obligación de investigar como materialización del deber de garantía, a la luz de las exigencias de las garantías judiciales y la protección judicial

El cumplimiento de la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos es una “de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención”.¹⁹⁰ Dicha obligación estatal no se encuentra expresamente establecida en la CADH, sin embargo, desde la primera sentencia de fondo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte IDH ha señalado que como consecuencia de la obligación de garantizar, contenida en el artículo 1.1. de la CADH:

los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por [dicho tratado] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁹¹

Por consiguiente, “la obligación de investigar los hechos que constituyen violaciones de derechos humanos hace parte de las obligaciones derivadas del deber de garantizar los derechos consagrados en la Convención”.¹⁹²

La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos no se deriva solamente de la CADH, ya que, en determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, también se desprende de otros instrumentos interamericanos que establecen la obligación a cargo de los Estados partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados,¹⁹³ como por ejemplo la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada* y/o la *Convención Interamericana contra la Tortura*.

Asimismo, conforme lo ha precisado la Corte IDH, dicha obligación:

no solo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna [de los Estados] que hace

189 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 149. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayanoy sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 111.

190 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 249.

191 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 166 y 176. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 167.

192 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 166. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 230. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 257.

193 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párrs. 166 y 176. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 183. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 459.

referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.¹⁹⁴

En conformidad con lo expuesto en la introducción al presente comentario, la correspondiente investigación de una violación de derechos humanos debe ser llevada a cabo por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso y las exigencias del derecho a la protección judicial, establecidas en los artículos 8,¹⁹⁵ y 25 de la CADH, respectivamente. De esta manera, “[s]i el aparato del Estado actúa de modo que [una] violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos”, o si “toler[a] que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.¹⁹⁶ Dado que dicha obligación está directamente vinculada con el derecho de acceso a la justicia, el Estado “debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables”.¹⁹⁷

Así, la Corte IDH ha resaltado que “la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de penas”.¹⁹⁸ El deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la CADH “debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que solo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia”.¹⁹⁹

7.1. Exigencias de la obligación de investigar

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha precisado las características de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos. Esta obligación es de medio o comportamiento, no de resultado, de manera “que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio”.²⁰⁰ Sin embargo, “ello no significa que no abarque el cumplimiento de la eventual sentencia, en los términos en que sea decretada”.²⁰¹ De acuerdo con la Corte IDH, “un actuar diligente en la investigación de los hechos implica, *inter alia*, que el Estado aplique normas que, de ser el caso, permitan la debida investigación y, si procede, la sanción de los responsables”.²⁰²

194 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 437.

195 Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. EPFRC. 2007, párr. 104. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 144.

196 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 106. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 178.

197 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 176. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 249.

198 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 114. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 237.

199 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 87. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 459.

200 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 203. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 459.

201 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 177. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 176.

202 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 460.

De igual modo la obligación “debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”.²⁰³ Al respecto, la Corte IDH ha establecido que un Estado debe conducir una investigación “seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles”,²⁰⁴ de manera que cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, estén orientados hacia una finalidad específica, esto es, la determinación de la verdad y las correspondientes responsabilidades penales (intelectuales y materiales), administrativas y/o disciplinarias, y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea”.²⁰⁵ Así, la jurisprudencia del Tribunal dispone que “[l]a obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”.²⁰⁶ En efecto, la investigación deberá ser realizada por los Estados “con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva”. Esto implica, asimismo, que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue,²⁰⁷ por lo que, “en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas,²⁰⁸ una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”.²⁰⁹ Además, investigar con la debida diligencia, como elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados, “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”.²¹⁰

De igual manera, la obligación:

debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.²¹¹

Lo anterior “especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”, una vez que se tenga conocimiento del hecho.²¹² En esta línea, “el juez, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo”,²¹³ tomando en cuenta los hechos denunciados y su contexto, para conducirlo de la forma más diligente y evitar las dilaciones y omisiones en el requerimiento de la prueba”,²¹⁴ esto es, “con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo

203 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 161.

204 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 177. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 176.

205 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 143. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 176.

206 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 174. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 143. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 176.

207 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 319. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 156. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 307.

208 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 80. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 220. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 143.

209 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 114.

210 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párr. 145. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 164.

211 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 157. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 217.

212 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 177. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 176.

213 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 143. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 176.

214 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 207. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 132.

y la impunidad”.²¹⁵ De acuerdo con la Corte IDH, los juzgadores deben “actuar en forma diligente, procurando la celeridad en la tramitación de los procesos”.²¹⁶

Ciertamente, “el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”.²¹⁷

Por otra parte, la Corte IDH señala que, en casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron las violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no solo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos.²¹⁸ Es decir, la protección de derechos humanos *debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación*.²¹⁹ En casos de graves violaciones de derechos humanos debe iniciarse una investigación *ex officio*.²²⁰

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que no es posible que, desde el Estado, se “aleg[ue]n” obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos investigativos para eximirse de una obligación internacional”.²²¹ Incluso, “las condiciones de un país, sin importar que tan difíciles sean”, generalmente no liberan a un Estado parte en la CADH de sus obligaciones, “salvo en los casos en ella misma establecidos”.²²² Así, el Estado “debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conoc[e un] caso” y, en consecuencia, “deberán remitirle la información y documentación que les solicite, llevar a su presencia a las personas que este requiera y realizar las diligencias que les ordene”.²²³

Por tanto:

los funcionarios públicos y los particulares que entorpezcan, desvíen o dilaten indebidamente las investigaciones tendientes a aclarar la verdad de los hechos, deberán ser sancionados, aplicando al respecto, con el mayor rigor, las previsiones de la legislación interna.²²⁴

Además –tal y como fue indicado en la introducción a este comentario–:

[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio [el] ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y

215 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 88. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 132.

216 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 211. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 235. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 132.

217 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, párr. 115. Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013, párr. 170. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 132.

218 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 211. Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013, párr. 156.

219 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 194. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 104.

220 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 118. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 148.

221 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 177. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 138.

222 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 137.

223 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 207. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 170.

224 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 156. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 202.

en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²²⁵

Así, “la obligación de investigar, juzgar y sancionar, en su caso, a los responsables es una obligación que corresponde al Estado como un todo”, lo cual implica que “toda autoridad estatal deba cooperar, apoyar o coadyuvar, en el ámbito de su competencia, a la debida investigación de los hechos”.²²⁶

A mayor abundamiento, la Corte IDH ha afirmado que la obligación de realizar una investigación efectiva “involucra a toda institución estatal,²²⁷ tanto judicial como no judicial, por lo que la debida diligencia se extiende también a los órganos no judiciales a los que, en su caso, corresponda la investigación previa al proceso [...]”.²²⁸

Adicionalmente, el Estado está obligado a “otorgar las garantías de seguridad adecuadas”, *inter alia*, a las víctimas, investigadores, testigos, y familiares defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia”, frente a “hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso, evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos.”²²⁹ De lo contrario “eso tendría un efecto amedrentador e intimidante en quienes investigan y en quienes podrían ser testigos, afectando seriamente la efectividad de la investigación.”²³⁰ En efecto, las amenazas e intimidaciones sufridas por testigos en el proceso interno no pueden verse aisladamente, sino que deben ser consideradas en el marco de obstaculizaciones de la investigación del caso. Por ende, tales hechos se convierten en otro medio para perpetuar la impunidad e impedir que se conozca la verdad de lo ocurrido”.²³¹

Sus exigencias son válidas “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”.²³² En cualquier caso, “toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de los actos violatorios de derechos humanos deberá denunciarlo inmediatamente”.²³³

Las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares “deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”.²³⁴ Para ello:

los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las víctimas o sus familiares de participar en todas las etapas de los respectivos procesos de manera que puedan hacer

225 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999, párr. 119. Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 173.

226 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 124. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 242.

227 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 210.

228 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 110. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 122. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 135.

229 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. EPFRC. 2007, párr. 133. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 135.

230 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 199. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 167. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 195.

231 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párr. 106. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 238. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 195.

232 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 234. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 238. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 195.

233 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 177. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 151. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 143.

234 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 65. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 138.

planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos.²³⁵

Conforme a la Corte IDH, “[d]icha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación”.²³⁶ En tal sentido, la Corte IDH ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. Asimismo, de ser el caso, “[l]os resultados de las investigaciones antes aludidas deberán ser públicamente divulgados, para que la sociedad [...] conozca la verdad sobre los hechos”.²³⁷

La Corte IDH ha señalado también que “el acceso al expediente es requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna”.²³⁸ Si bien la Corte ha considerado admisible que “en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal,²³⁹ para garantizar la eficacia de la administración de justicia, en ningún caso la reserva puede invocarse para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal”. “La potestad del Estado de evitar la difusión del contenido del proceso, [...], debe ser garantizada adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas”.²⁴⁰

Adicionalmente, en cuanto a la obligación de investigar, la Corte IDH ha destacado la importancia del rol complementario de las investigaciones que se llevan a cabo en jurisdicciones distintas a la penal.²⁴¹ Así por ejemplo, ha resaltado el valor simbólico del mensaje de reproche de las sanciones a funcionarios públicos y miembros de las fuerzas armadas en instancias disciplinarias,²⁴² pues a partir de dichas actuaciones se “determina[n] las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional que condujo al menoscabo del derecho internacional de los derechos humanos”.²⁴³ Conforme a la Corte IDH:

en tanto tiende a la protección de la función administrativa y se orienta esencialmente a la corrección y control de los funcionarios públicos, una investigación de esta naturaleza puede complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos.²⁴⁴

La Corte IDH ha establecido que las decisiones en la jurisdicción contencioso administrativa “pueden ser relevantes en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente una violación de derechos”.²⁴⁵

235 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 227. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 233.

236 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 146. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 167.

237 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, párr. 227. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 16.

238 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999, párr. 118. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012, párr. 130.

239 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 252. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 168.

240 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, párrs. 54-55. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 168.

241 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 252. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*. F. 2012, párr. 168.

242 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 203. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 167.

243 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 215. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 395.

244 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 207. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 133.

245 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 203. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 395.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que las decisiones en la jurisdicción contencioso administrativa “pueden ser relevantes en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente una violación de derechos”.²⁴⁶ En este sentido, ha establecido que las decisiones en la jurisdicción contencioso administrativa “pueden ser relevantes en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente una violación de derechos”, y las ha tomado en cuenta al momento de fijar las reparaciones en un caso.²⁴⁷ Al respecto, la Corte IDH ha indicado que “la efectividad de los recursos internos debe evaluarse integralmente tomando en cuenta [...] si en el caso particular existieron vías internas que garantizaran un verdadero acceso a la justicia para reclamar la reparación de la violación”.²⁴⁸ En ese sentido, “no debe supeditarse la posibilidad de obtener medidas de reparación al inicio, prosecución o resultado de procesos penales, pues ello puede limitar o condicionar de forma excesiva dicha posibilidad y, por lo tanto, resultar en una privación del derecho de las víctimas a acceder a la justicia”.²⁴⁹ Por otra parte, la Corte IDH ha resaltado que “de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y [sus] resultados deben ser valorados” y que, a tal efecto, debe considerarse si los mismos “satisfacen criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad”.²⁵⁰ Así, la Corte IDH ha establecido que:

la existencia de programas administrativos de reparación debe ser compatible con las obligaciones estatales bajo la Convención Americana y otras normas internacionales y, por ello, no puede derivar en un menoscabo al deber estatal de garantizar el ‘libre y pleno ejercicio’ de los derechos a las garantías y protección judiciales, en los términos de los artículos 1.1., 25.1. y 8.1. de la Convención, respectivamente. En otros términos, los programas administrativos de reparación u otras medidas o acciones normativas o de otro carácter que coexistan con los mismos, no pueden generar una obstrucción a la posibilidad de que las víctimas, de conformidad a los derechos a las garantías y protección judiciales, interpongan acciones [jurisdiccionales] en reclamo de reparaciones.²⁵¹

Constituye, además, “una forma de reparación”,²⁵² ante “la necesidad de remediar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto”.²⁵³

7.2. El derecho a la verdad y la obligación de investigar

La Corte IDH ha desarrollado el contenido del derecho a conocer la verdad, en particular, en casos de desaparición forzada.²⁵⁴ Desde su sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, el Tribunal afirmó la existencia de un “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”.²⁵⁵ De esta manera, toda persona, incluida la víctima

246 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 214. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 168.

247 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 139.

248 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 120. Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 182.

249 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 183.

250 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párrs. 303. Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 189.

251 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párrs. 190 y 192.

252 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 78. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párr. 240. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 511.

253 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 243.

254 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 201. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 262-266. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 243.

255 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 264.

de violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen, el derecho de conocer la verdad,²⁵⁶ por lo que aquellos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido.²⁵⁷

La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha analizado el derecho a la verdad en relación con los artículos 1.1., 8 y 25 de la CADH. A partir de ello, la Corte IDH ha precisado que no estima que dicho derecho sea autónomo,²⁵⁸ sino que el mismo “se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”²⁵⁹ En ese sentido, la Corte IDH ha resaltado que dicho derecho “se enmarca en el derecho de acceso a la justicia”.²⁶⁰ Asimismo, en el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, la Corte IDH analizó la violación del derecho a conocer la verdad en su análisis del derecho a la integridad personal de los familiares, pues consideró que, al ocultar información que impidió a los familiares el esclarecimiento de la verdad, el Estado respectivo había violado los artículos 5.1. y 5.2. de la CADH.²⁶¹ Por lo demás, en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, la Corte IDH declaró una violación autónoma del derecho a conocer la verdad que, por las circunstancias específicas de dicho caso, constituyó, además de una violación al derecho de acceso a la justicia y recurso efectivo, una violación del derecho a buscar y recibir información, consagrado en el artículo 13 de la CADH.²⁶² Además, conforme ya ha sido resaltado, la Corte IDH ha considerado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de remediar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto.²⁶³ En cualquier caso, la Corte IDH ha precisado que

[s]i bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso.²⁶⁴

La Corte IDH ha destacado que el derecho a la verdad es intrínseco al fortalecimiento de una sociedad democrática y, por tanto, “es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer,”²⁶⁵ por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos”.²⁶⁶ Además, “[e]n casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma

256 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 243.

257 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 274. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 243.

258 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. F. 1997, párr. 86. Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 62. Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párr. 240. En el caso *Castillo Páez*, la Corte IDH indicó que con “derecho a la verdad” se hacía referencia a la formulación “de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial”, pero que en el caso concreto se encontraba ya resuelto en el marco de la obligación de investigar.

259 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 263. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 264.

260 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párr. 140.

261 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 202.

262 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párrs. 201 y 211.

263 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 201.

264 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 244.

265 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 194.

266 Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. RC. 2002, párr. 67. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 194.

más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio”.²⁶⁷ En ese contexto, el derecho a la verdad “no solo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro”.²⁶⁸ Al respecto, la Corte IDH ha destacado que cuando los hechos de un caso se desarrollan dentro de un conflicto armado no internacional, el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido adquiere una relevancia particular.²⁶⁹ En el mismo sentido, la Corte IDH ha resaltado el reconocimiento de la ONU de “la importancia de la determinación de la verdad con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos para la consolidación de los procesos de paz y reconciliación”.²⁷⁰

Por otro lado, la Corte IDH se ha referido a la dimensión colectiva del derecho a la verdad, al resaltar que su satisfacción:

exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades.²⁷¹

Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad en la medida que “contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, [a]l esclarecimiento de hechos y [a] la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad”.²⁷² Para Burgorgue-Larsen, esta jurisprudencia supone “un modo de determinar los criterios que permiten identificar lo que la doctrina ha llamado ‘Comisiones efectivas’ que poseen un mandato amplio y un abanico consecuente de poderes y la independencia necesaria para investigar y pronunciarse sobre las violaciones según criterios racionales y objetivos”. Para ello, la autora cita la sentencia en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, en la cual la Corte IDH:

no vaciló en realizar algunas consideraciones críticas sobre la composición y el funcionamiento de la ‘Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador’ y en incitar insistentemente[.] por no decir imponer[.] al Estado que las tuviera en cuenta en el momento de la determinación de las reparaciones.²⁷³

A mayor abundamiento, la Corte IDH ha considerado pertinente precisar que dicha “verdad histórica”, documentada en informes especiales, o las tareas, actividades o recomendaciones generadas por comisiones especiales, “no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad y asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales también a través de los procesos judiciales”,²⁷⁴ esto es, la *verdad judicial*. En efecto, de acuerdo con la Corte IDH:

[I]as verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades

267 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 195.

268 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, párr. 77. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004, párr. 259.

269 Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 176.

270 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 299.

271 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 195. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 150.

272 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 128. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 176.

273 Burgorgue-Larsen, L. “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n.º 9, Instituto de Desarrollo Europeo e Integración Regional. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2011, p. 21.

274 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 150. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 510.

individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Al contrario, se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen.²⁷⁵

Por consiguiente, sin perjuicio de la verdad histórica que pueda aportar una comisión de la verdad para el conocimiento de los hechos, “el Estado debe cumplir la obligación de investigar y, en su caso, sancionar, por los medios judiciales pertinentes, los hechos constitutivos de las violaciones a los derechos humanos declaradas”.²⁷⁶

Lo expuesto, no ha sido obstáculo para que la Corte IDH haya otorgado, y otorgue, “especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción”.²⁷⁷ No obstante ello, en jurisprudencia reciente, la Corte IDH se ha permitido precisar que el establecimiento de un contexto, con base en un informe de una comisión de la verdad “no [la] exime [...] de realizar una valoración del conjunto del acervo probatorio, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia, sin que deba sujetarse a reglas de prueba tasada”.²⁷⁸

7.3. La falta de investigación: impunidad

En el caso la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, la Corte IDH definió la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.²⁷⁹

De acuerdo con la Corte IDH, esta impunidad “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos,²⁸⁰ y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”,²⁸¹ motivo por el cual debe ser erradicada por todos los medios legales disponibles, mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales —del Estado— como individuales —penales y de otra índole de sus agentes o de particulares—²⁸² “y, en consecuencia, removiendo todos los obstáculos, de facto y de jure, que la mantengan,²⁸³ y asegurando que se respeten los requerimientos del debido proceso”.²⁸⁴ El acceso a la justicia como tal “genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones”.²⁸⁵

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos,

275 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 131 y 134. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 176.

276 Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012, párr. 127.

277 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 131 y 134. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 128. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 179.

278 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 55. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 88.

279 Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 173. Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*. FRC. 2013, párr. 119.

280 Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 173. Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 216.

281 Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 173. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párrs. 175 y 292.

282 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 131. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 222.

283 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 277. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 222.

284 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 125.

285 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 131.

contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia”.²⁸⁶ De igual modo, tomando en consideración el conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, la Corte IDH ha establecido que “[l]a imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento,²⁸⁷ permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto”.²⁸⁸ De esta manera, en atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, *inter alia*, en el ejercicio de su deber de persecución de las graves violaciones, “que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”.²⁸⁹

Asimismo, cabe destacar que de acuerdo con la Corte IDH, “ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos”, la necesidad de erradicar la impunidad “se presenta ante la comunidad internacional como un *deber de cooperación entre los Estados*”, quienes deben adoptar las medidas necesarias para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de esas violaciones, *ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo*.²⁹⁰ En consecuencia, “el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la CADH, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe [entre sí], ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del [...] caso”.²⁹¹ De acuerdo con la Corte IDH, “[l]a inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido”.²⁹² Además, dicho deber de cooperación inter-estatal resulta de la mayor relevancia en los casos que supongan una operación transfronteriza.²⁹³

Por consiguiente, conforme lo ha señalado la Corte IDH:

[l]a Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables.²⁹⁴

7.4. Incompatibilidad de las amnistías y otros eximentes de responsabilidad con la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos

La Corte IDH ha condenado las diversas formas en que se puede llegar a la impunidad, declarándolas incompatibles con la CADH.²⁹⁵

286 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 27 de enero de 2009, párr. 21. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 249.

287 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 196. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 153.

288 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 203. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 153.

289 Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001, párrs. 103, 106 y 108. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 150.

290 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 131. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párrs. 130 y 152.

291 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 132. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 160.

292 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 130.

293 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 234.

294 Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. EPFRC. 2007, párr. 115. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 194.

295 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, p. 26.

En la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte IDH declaró, por primera vez en su jurisprudencia, que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de [cualquier otro] excluyent[e] de responsabilidad que pretend[an] impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”,²⁹⁶ como por ejemplo la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada, y el principio de *ne bis in idem*.²⁹⁷ Incluso, la Corte IDH ha considerado que el Estado debe ponderar la aplicación de beneficios carcelarios, sin excluir ninguna categoría de condenados, cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, “pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad”.²⁹⁸

La Corte IDH ha establecido que: “la falta de investigación de los hechos que configuren graves violaciones de derechos humanos enmarcadas en patrones sistemáticos tiene especial gravedad, pues puede revelar un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables”.²⁹⁹

7.4.1. Amnistías o autoamnistías

En su estudio sobre el tema, Faustin Z. Ntoubandi ha definido estas leyes como “un acto de poder soberano para aplicar el principio *tabula rasa* a ofensas pasadas, usualmente cometidas contra el Estado, de manera que se dé fin a los procedimientos ya iniciados o que se estén por iniciar, o a veredictos que se hayan ya pronunciado”. Estas leyes pueden ser generales, si cubren todas las ofensas cometidas por todos los actores en un determinado periodo o, en todo caso, específicas si son respecto a una clase determinada de hechos o delitos, en beneficio de un grupo particular de personas, o bien alguna combinación de esas opciones.³⁰⁰

Como se mencionó, la primera oportunidad en que la Corte IDH se refirió a esta materia fue en la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú*, en el que el propio gobierno –involucrado en las graves violaciones a derechos humanos cometidas durante la época del conflicto armado interno que vivió dicho país–, emitió dos decretos que liberaban de responsabilidad a los militares, policías y civiles comprometidos en dichas violaciones. Así, el pronunciamiento de la Corte IDH sobre el particular se refirió a las denominadas leyes de “autoamnistía”. En esa oportunidad, la Corte IDH declaró que:

son inadmisibles las disposiciones de amnistía [...] que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos [...] prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁰¹

Del mismo modo, la Corte IDH enfatizó que los Estados partes en la CADH, que adopten leyes que tengan el efecto de sustraer a alguien del ejercicio de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, como las leyes de autoamnistía, “incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de [dicho tratado]”.³⁰² Y agregó que, como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la CADH, “las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [del] caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pued[en] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención”.³⁰³

296 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 155.

297 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párr. 41. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 285. e).

298 Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 145.

299 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 123.

300 Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington DC, 2009, p. 273.

301 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párr. 41. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 225.

302 Sobre las leyes de amnistía, ver el comentario al artículo 2 a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

303 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párrs. 43 y 44. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 296.

Pese a lo establecido en la sentencia del citado caso *Barrios Altos vs. Perú*, la CIDH presentó una demanda de interpretación de la misma, solicitando que la Corte IDH se pronunciara sobre si lo ordenado en la sentencia de fondo tenía efectos solo para el caso en concreto o también de manera genérica para todos aquellos casos de violaciones de derechos humanos en los cuales se aplicaron las leyes de amnistía en el Perú.³⁰⁴ Frente a ello, la Corte IDH fue contundente al señalar que “dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía [...], lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales”.³⁰⁵ Posteriormente, en la sentencia del caso *La Cantuta vs. Perú*, la Corte IDH citó un fallo del Tribunal Constitucional del Perú referido a un recurso de amparo presentado por uno de los presuntos responsables del caso, en el que se tomó como fundamento la sentencia Barrios Altos. Así, el Tribunal Constitucional peruano señaló que:

la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos [...] no solo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese[n] aplicado las leyes de amnistía [...], sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se enc[ontraban] las resoluciones de sobreseimiento definitivo [...] que se dictaron a favor del recurrente [en los hechos de la sentencia de la Cantuta].³⁰⁶

Por tanto, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte IDH, “[l]a incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe solo a las denominadas ‘autoamnistías’”. Para ello, la Corte IDH ha precisado que la incompatibilidad de dicha figura con la obligación de investigar se debe, “más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas”.³⁰⁷ En consecuencia:

[l]a incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención.³⁰⁸

En ese sentido, la Corte IDH ha indicado que las leyes de amnistía:

afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1. de la Convención;³⁰⁹

[...]

[obstaculizando] el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes [y] favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho.³¹⁰

Adicionalmente, tomando como referencia la opinión consultiva *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, la Corte IDH ha resaltado que “el hecho de que [las]

304 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de F. 2001, párr. 8.

305 *Ibidem*, párr. 18.

306 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 181.

307 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 120. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 229. (énfasis agregado)

308 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párr. 43. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párrs. 226 y 229.

309 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 227. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 295.

310 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 226.

normas [de amnistía] se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él”, o incluso si fueron aprobadas en un régimen democrático y ratificadas por la ciudadanía, “no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional” y es indiferente para los efectos del análisis del cumplimiento de la obligación estatal de investigar.³¹¹ Asimismo, la Corte IDH ha señalado que aun cuando dichas normas no estén siendo aplicadas por el Estado de que se trate, ello:

no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención [...] porque, [este] impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.³¹²

En efecto, a la luz de las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, los Estados partes tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de las garantías judiciales y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la CADH, por lo que:

una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos.³¹³

Lo anterior debido a que la sustracción de dichas garantías y la falta de acceso a un recurso sencillo y eficaz, conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos, “por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”,³¹⁴ y conllevan la responsabilidad internacional del Estado.³¹⁵

A mayor abundamiento, cabe destacar que:

todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones.³¹⁶

En el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, al analizar la ley de amnistía general referida a los delitos cometidos en el contexto del conflicto armado interno que vivió dicho país, la Corte IDH consideró pertinente remitirse a las normas del Derecho Internacional Humanitario aplicables como referente para su razonamiento.³¹⁷ De esta manera, la Corte IDH estableció que si bien el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 justifica, en ocasiones, la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz,³¹⁸ dicha norma no es absoluta, ya que el Derecho Internacional

311 *Ibidem*, párrs. 238-239.

312 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 121.

313 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 207. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 296, nota de pie de página n.º 477.

314 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de F. 2001, párr. 18. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 228.

315 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 119. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párrs. 209-219.

316 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párrs. 141-170. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 283.

317 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párrs. 266-280 y 284, y voto concurrente del juez Diego García Sayán.

318 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 285.

Humanitario Consuetudinario prevé la obligación estatal de investigar y juzgar crímenes de guerra. En consecuencia, de acuerdo con la Corte IDH:

puede entenderse que el artículo 6.5. del Protocolo II adicional [se] ref[iere] a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del [...] caso, [se encuadren] en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad.³¹⁹

7.4.2. Prescripción

La Corte IDH ha definido la prescripción en materia penal como aquella que determina “la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores.”³²⁰ De esta manera, la prescripción, reconocida en algunos países de la región como garantía del imputado,³²¹ debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito,³²² ya que, en ciertos casos, “permite al inculpado oponerse a una persecución penal indefinida o interminable, operando de esta manera como correctivo a los órganos encargados de la persecución penal frente al retardo en el que pudieran incurrir en la ejecución de sus deberes”.³²³ En esa misma línea, la Corte IDH ha señalado que el imputado “no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal” y que, en esa medida, no se le puede atribuir “que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley”.³²⁴

Sin perjuicio de ello, la Corte IDH se ha referido a la imprescriptibilidad de los delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos, destacando que “en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción,³²⁵ [...] a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”.³²⁶ De acuerdo con la Corte IDH, aun cuando un Estado no haya ratificado la CADH sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, dicha imprescriptibilidad “surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*)”, de manera que dicho Estado “no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”.³²⁷

Por ello, la Corte IDH ha estimado que, “independientemente de si una conducta es determinada por [un] tribunal interno como crimen de lesa humanidad o no”,³²⁸ debe tenerse en cuenta el deber especial que tiene el Estado frente a las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.³²⁹

319 *Ibidem*, párr. 286.

320 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 111. Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 117.

321 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 5 de julio de 2011. Considerando 45.

322 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párr. 41. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011. Considerando 40.

323 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009. Considerando 16.

324 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 119.

325 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 111. Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 117.

326 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 111. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 207.

327 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 153.

328 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 208.

329 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 171. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 225.

Sobre este punto, es importante destacar que en la sentencia del caso *Vera Vera vs. Ecuador*, la Corte IDH precisó que si bien “toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza”, “ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como ‘violaciones graves a los derechos humanos’, las cuales, [...], tienen una connotación y consecuencias propias”.³³⁰ Por tanto, de acuerdo con la Corte IDH, solo en los citados casos de graves violaciones a los derechos humanos “no sería procedente la prescripción”.³³¹ En ese sentido, resaltó que en su jurisprudencia, “la improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos, tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y tortura” y que, en algunos casos, ha ocurrido en contextos de violaciones masivas y sistemáticas.³³²

Cuando el proceso en cuestión no involucra una alegada grave violación a los derechos humanos, la Corte IDH ha sostenido la inadmisibilidad de dicha prescripción solo en los casos en los que aquella derive de la negligencia o mala fe de las partes involucradas. En efecto, de acuerdo con la Corte IDH “si bien la prescripción es una garantía del debido proceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito”,³³³ la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad. [...] Es decir que la garantía de prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito”.³³⁴

Al respecto, la Corte IDH ha recordado su jurisprudencia sobre el artículo 8.4. de la CADH, en cuanto al principio del *ne bis in idem*, en el sentido que este no resulta aplicable cuando: “i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos, o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales,³³⁵ o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.”³³⁶ Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’”.³³⁷

330 Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 118. De esta manera, la Corte IDH aclaró lo señalado en sentencias previas, en el sentido que “[d]e acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado les sea asegurado un efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes”. Y, asimismo, que “[d]e conformidad con los principios generales del derecho internacional y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo para su plena aplicación en las reglas o institutos de derecho interno”. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párrs. 151-152.

331 Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párrs. 118-120.

332 Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 117.

333 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párr. 41 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009. Considerando 17.

334 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009. Considerando 17.

335 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párrs. 137-139. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 195.

336 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 154. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 195.

337 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. FRC. 2004, párr. 131. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 195.

De esta manera, la Corte IDH plantea que un procedimiento que concluye por la aplicación de la prescripción por mala fe o negligencia bien podría encajar en alguno de los tres citados supuestos que producen una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’ y, en consecuencia, un nuevo juzgamiento contra el imputado, en principio, no transgrediría el principio del *ne bis in idem*. Así, conforme a la Corte IDH, “[e]ste criterio no implica que [...] desconozca los alcances e importancia que tiene el instituto procesal de la prescripción”, sino que, “por regla general, [...] debe aplicarse cuando corresponda”, salvo que se compruebe alguna de las citadas circunstancias, y, por ello, se produzca una negación al acceso a la justicia.³³⁸

Consecuentemente, en la etapa de supervisión de cumplimiento de las sentencias frente a la información de las partes sobre la supuesta aplicación de la prescripción por mala fe o negligencia en las investigaciones de las violaciones a los derechos humanos ordenadas por la Corte IDH, esta ha solicitado al Estado, *inter alia*, que: 1) informe cuáles fueron las acciones que adoptó desde o antes de la notificación de la sentencia en aras de impulsar de oficio las acciones correspondientes en el proceso concernido;³³⁹ 2) remita información suficiente para poder determinar “si, en cumplimiento de lo ordenado en la [s]entencia, los jueces dirigieron los respectivos procesos a modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”;³⁴⁰ o 3) frente a la gravedad de un delito como la tortura declare la prescripción, cuando fuere conducente, solo después de que se haya efectuado una investigación con la debida diligencia.³⁴¹ Así, en algunos casos, al no contar con argumentos o pruebas específicos que indiquen fallas en los procedimientos de averiguación, la Corte IDH ha dispuesto “no continuar con la supervisión del cumplimiento” del punto concernido.³⁴²

Finalmente, si un caso no implica graves violaciones de derechos humanos ni se alega mala fe o negligencia en la aplicación de la prescripción, y la investigación de los hechos no ha logrado determinar las responsabilidades y satisfacer las expectativas de la víctima y/o sus familiares, la Corte IDH podría considerar, como lo hizo en el citado caso *Vera Vera*, que “en razón del derecho de la madre y de los familiares [de la víctima] de conocer completamente lo sucedido a [esta], el Estado debe satisfacer, de alguna manera, como medida complementaria de satisfacción a las establecidas en [la s]entencia, dicha expectativa mínima, informando al Tribunal de las gestiones que realice y los resultados que obtenga”.³⁴³

7.4.3. Extradición

La Corte IDH ha señalado que “[u]n Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes”.³⁴⁴

La extradición implica, en términos generales, “la entrega de una persona acusada o condenada por la jurisdicción de otro Estado para enfrentar los cargos o cumplir con la sentencia”. Respecto a esta, existen al menos dos principios básicos que la rigen: 1) “el requisito de la doble incriminación, es decir, que la conducta por la que se solicita la extradición sea considerada como delito tanto en el país requiriente como en el país requerido”, y 2) “el principio de especialidad, que implica que el país requirente solo podrá enjuiciar por los delitos por los que se haya concedido la extradición”.³⁴⁵ Además, según

338 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007. Considerando 45.

339 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 30 de noviembre de 2011. Considerando 19.

340 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009. Considerando 19.

341 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisión, considerando 45.

342 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de febrero de 2012. Considerado 14.

343 Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 123.

344 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 166.

345 Fundación para el Debido Proceso Legal, *op. cit.*, p. 219.

los tratados internacionales, “se establece la negativa de extraditar: (i) a un nacional; (ii) a una persona acusada o sancionada por un delito político; (iii) ante la posibilidad de la aplicación de algunas sanciones, como la pena de muerte o cadena perpetua; (iv) cuando los delitos hayan prescrito de conformidad con el marco jurídico de alguno de los Estados involucrados, y (v) cuando los mismos hechos han sido ya objeto de un procesamiento previo o han sido ya sancionados”.³⁴⁶

Sobre el particular, la Corte IDH ha establecido que la aplicación de figuras como la extradición “no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad”. Por ello “en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos”,³⁴⁷ buscando asegurar que las personas involucradas en dichas graves violaciones, o que puedan poseer información relevante al respecto, comparezcan ante la justicia, o colaboren con esta, cuando sean requeridas.³⁴⁸

Por tanto, un Estado no puede oponerse a la extradición de un individuo presuntamente responsable de una grave violación de derechos humanos, ya que, en todo momento, “se deberán aplicar las reglas particulares sobre imprescriptibilidad de los crímenes, o la improcedencia de la exclusión de responsabilidad con base en la inmunidad funcional”. En todo caso, “los Estados deberán tener presente la obligación alternativa consagrada en algunos tratados internacionales, y referida en la doctrina como *aut dedere aut iudicare*, [a partir de] la cual los órganos del propio Estado requerido deberán ejercer jurisdicción en caso de negar la extradición”.³⁴⁹

A mayor abundamiento, la Corte IDH ha señalado que:

[s]i bien los procesos de extradición son mecanismos de cooperación internacional entre Estados en materia penal”, en estos “deben observarse las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, en la medida en que sus decisiones pueden afectar los derechos de las personas [...]. En particular, en los procedimientos de extradición deben respetarse determinadas garantías mínimas del debido proceso, teniendo en cuenta los aspectos políticos y jurídicos de dichos procesos.”³⁵⁰

7.5. Consideraciones específicas de la obligación de investigar respecto a determinados derechos reconocidos en la CADH

A continuación se presentan los estándares establecidos por la Corte IDH sobre las características especiales de la obligación de investigar cuando se trate de casos que involucren la alegada violación del derecho a la vida, a la integridad personal,³⁵¹ la libertad de pensamiento y de expresión, y de los derechos del niño.

7.5.1. Con relación al derecho a la vida

7.5.1.1. Desaparición forzada

La Corte IDH ha señalado que, cuando se trate de una desaparición forzada “es preciso aplicar una perspectiva integral en la investigación de dicho hecho en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos

346 *Idem*.

347 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 julio de 2009. Considerandos 40-41. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 166. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 390.

348 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 166.

349 Fundación para el Debido Proceso Legal, *op. cit.*, p. 220.

350 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 208.

351 Sobre la obligación del Estado de investigar con relación al derecho a la integridad personal, ver el comentario a cargo de Nash.

protegidos por la Convención”.³⁵² Asimismo ha afirmado que, ante la particular gravedad de este delito y la naturaleza de los derechos lesionados, “la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigar[la] y sancionar a sus responsables son normas que han alcanzado carácter de *jus cogens*”.³⁵³

De esta manera, “[e]l actuar omiso o negligente de los órganos estatales no resulta compatible con las obligaciones emanadas de la Convención Americana, con mayor razón si están en juego bienes esenciales de las personas”.³⁵⁴ En efecto, los bienes jurídicos sobre los que recae la investigación de una desaparición forzada “obligan a redoblar esfuerzos en las medidas que deban practicarse para cumplir su objetivo”.³⁵⁵ De ahí, que “la obligación de investigar no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole”.³⁵⁶

Además, para los Estados que sean parte, la obligación de investigar un caso de desaparición forzada:

se ve particularizada por lo establecido en los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención.³⁵⁷

Por tanto, toda vez que haya motivos razonables para presumir que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación penal,³⁵⁸ *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva.³⁵⁹ “Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones”.³⁶⁰ Ciertamente, en casos de desaparición forzada de personas, la obligación de investigar “es independiente de que se presente una denuncia”,³⁶¹ de modo tal “que no depend[er] de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios”.³⁶² Así, “una vez ocurrida una desaparición forzada, es necesario que la misma sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito que pueda tener como consecuencia la imposición de sanciones para quien la cometa, instigue, encubra o de cualquier otra forma participe en la perpetración de la misma.”³⁶³

En esa línea, la Corte IDH ha llamado la atención sobre la particular importancia de la duración de la investigación de una desaparición forzada:

352 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párrs. 128-129 y 221. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 99.

353 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 84. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 131.

354 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010.

355 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 150. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 182.

356 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 127. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 230.

357 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 233.

358 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 65. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 168.

359 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 65. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 168.

360 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 145. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 128.

361 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 145. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 168.

362 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 197. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 168.

363 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 178.

pues el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales, así como para esclarecer la suerte de la víctima e identificar a los responsables de su desaparición.³⁶⁴

Incluso, la Corte IDH ha señalado que “luego de una denuncia de desaparición o secuestro, los Estados deben actuar con prontitud en las primeras horas y días”.³⁶⁵ Así, “[p]ara que una investigación de desaparición forzada sea llevada eficazmente y con la debida diligencia, se deben utilizar todos los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales y oportunas para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desaparición forzada”.³⁶⁶

Naturalmente, “la investigación debe incluir la realización de todas las acciones necesarias con el objeto de determinar la suerte o destino de la víctima y la localización de su paradero”.³⁶⁷ La Corte IDH ya ha aclarado que el deber de investigar hechos de esta naturaleza subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida,³⁶⁸ ya que el deber “persiste hasta que se encuentre a la persona privada de libertad, aparezcan sus restos,³⁶⁹ o, en todo caso, se conozca con certeza cuál fue su destino”.³⁷⁰ Así, “el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance”³⁷¹ en la medida que esto les permitiría aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre del paradero de su familiar desaparecido.³⁷² Al respecto, teniendo en consideración las normas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, la Corte IDH ha advertido que “esta obligación es independiente de que la desaparición de la persona sea consecuencia del ilícito de desaparición forzada propiamente o de otras circunstancias tales como su muerte en el [marco de un] operativo [...], errores en la entrega de los restos u otras razones”.³⁷³

De acuerdo con la Corte IDH “es necesario que el Estado efectúe una búsqueda seria por la vía judicial y administrativa adecuada, en la cual realice todos los esfuerzos” para determinar el paradero de la víctima a la mayor brevedad.³⁷⁴ Dicha búsqueda “deberá realizarse de manera sistemática y rigurosa, contar con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos,³⁷⁵ y, en caso de

364 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 150. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 185. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 182.

365 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 284. Corte IDH. *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. EPF. 2012, párr. 91.

366 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 174. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 227. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 179.

367 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008, párr. 80. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 178.

368 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008, párr. 155. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 178.

369 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 143. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 215.

370 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 215.

371 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 178.

372 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008, párr. 155. Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 136.

373 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 478.

374 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1998, párr. 90. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 290.

375 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 191. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 227.

ser necesario, deberá solicitarse la cooperación de otros Estados.³⁷⁶ “Es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima o el lugar donde pueda encontrarse privada de libertad”.³⁷⁷ Las referidas diligencias deberán ser informadas a [los] familiares y en lo posible procurar su presencia”.³⁷⁸ Si luego de las diligencias realizadas por el Estado, se encontrara fallecida a la víctima, “los restos mortales deben ser entregados a sus familiares,³⁷⁹ “para que puedan honrarlos según sus creencias y costumbres”,³⁸⁰ previa comprobación genética de filiación, a la mayor brevedad posible y sin costo alguno para ellos. Además, el Estado deberá cubrir los gastos fúnebres, en su caso, de común acuerdo con sus familiares”.³⁸¹ Conforme lo ha enfatizado la Corte IDH, “los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para estos”.³⁸²

Además, la Corte IDH ha señalado que “los restos son una prueba de lo sucedido y, junto al lugar en el cual s[on] encontrados, pueden proporcionar información valiosa sobre los autores de las violaciones o la institución a la que pertenecían”.³⁸³

Con relación a las autoridades encargadas de la investigación, la Corte IDH ha establecido que el Estado debe dotarlas “de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas”.³⁸⁴ Asimismo, es fundamental que las autoridades a cargo de la investigación puedan tener acceso ilimitado a los lugares de detención, respecto a la documentación así como a las personas”.³⁸⁵

Adicionalmente, la Corte IDH ha considerado que, sin perjuicio de que deban obtenerse y valorarse otras pruebas, “las autoridades encargadas de la investigación deben prestar particular atención a la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones”,³⁸⁶ evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación.³⁸⁷ En esa medida, las autoridades

376 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 191. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 290. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “es esencial la manera en que se llevan a cabo las acciones tendientes a la búsqueda de restos presumiblemente humanos”. Así, “la recolección y preservación correcta de tales restos son condiciones indispensables para la determinación de lo sucedido a las víctimas y, consecuentemente, para la investigación, proceso y eventual sanción de los responsables, y que el transcurso del tiempo puede generar efectos irreversibles sobre los restos cuando estos no son conservados adecuadamente. En tal sentido, los Estados deben llevar a cabo lo antes posible las pruebas periciales necesarias tendientes a la identificación de los restos referidos”. Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 16 de noviembre de 2009. Considerandos 15-16. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 219.

377 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 134. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 138. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 226.

378 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 191. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 290.

379 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 185. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 291.

380 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004, párr. 268. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 480.

381 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. FRC. 2004, párr. 268. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 289.

382 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. RC. 2002, párr. 115. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 289.

383 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 245. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 480.

384 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 77. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 179.

385 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 180-181. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 135. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 171.

386 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 130. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 232.

387 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párrs. 88 y 105. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 177.

tienen el deber de asegurar que en el curso de la investigación se valoren los eventuales patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos”,³⁸⁸ así como la posible complejidad de los hechos y la estructura en la cual se ubicaban las personas probablemente involucradas en los mismos.³⁸⁹ En esa línea, la Corte IDH ha considerado que “las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de la investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo”.³⁹⁰

Todo ello porque “esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”.³⁹¹ Además, porque en casos de desaparición forzada, dado el contexto y la complejidad de los hechos, “es razonable considerar que existan diferentes grados de responsabilidad a diferentes niveles”.³⁹² Por tanto,

[n]o basta el conocimiento de las circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectual y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). En consecuencia, no se trata solo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación.³⁹³

Así, la Corte IDH ha destacado que “en la investigación de delitos complejos el diseño y desarrollo de una estrategia de investigación es esencial a efectos de enfocar esfuerzos y recursos de la manera más efectiva posible”.³⁹⁴

Específicamente, en lo que concierne a los familiares de las víctimas, la Corte IDH ha señalado que:

tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a estas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido.³⁹⁵

Además, la Corte IDH ha reiterado que:

tratándose de una desaparición forzada, entre cuyos objetivos está impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud, o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.³⁹⁶

388 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 156. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 177.

389 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párrs. 88 y 105. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 177.

390 Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. EPFRC. 2007, párr. 112. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 237.

391 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 131. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párrs. 134 y 235.

392 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 203. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 194.

393 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 119. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 150. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 500.

394 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 501.

395 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 130. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 133.

396 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 64. Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 133.

Igualmente, la Corte IDH ha establecido que “los familiares de las presuntas víctimas no están obligados a interponer recursos internos que no sean adecuados para determinar el paradero de la persona desaparecida, esclarecer los hechos y establecer las responsabilidades individuales derivadas de ellos”.³⁹⁷

En consecuencia, “por la naturaleza y gravedad de los hechos, los Estados están obligados a realizar una investigación con las características señaladas y a determinar las responsabilidades penales por las autoridades judiciales competentes, siguiendo estrictamente los requerimientos del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la C[ADH]”,³⁹⁸ y respetando y garantizando el acceso a la justicia a través de recursos judiciales sencillos, rápidos y/o efectivos. Sobre el particular, la Corte IDH ha resaltado que la obligación de investigar en casos de desapariciones forzadas “no solamente se limita a la mera determinación del paradero o destino de las personas desaparecidas o a la aclaración de lo sucedido, ni tampoco a la sola investigación conducente a la determinación de las responsabilidades correspondientes y a la sanción eventual por las mismas”, ya que “[a]mbos aspectos son correlativos y deben estar presentes en cualquier investigación de [dichos] actos”.³⁹⁹

En cuanto al derecho a la verdad, de acuerdo con la Corte IDH, “en el marco de desapariciones forzadas, el derecho a conocer el paradero de las víctimas desaparecidas constituye un componente esencial del derecho a conocer la verdad”.⁴⁰⁰ La Corte IDH ha establecido que el derecho a conocer la verdad es parte del “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”.⁴⁰¹ La Corte IDH ha indicado que la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos,⁴⁰² por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad.⁴⁰³

7.5.1.2. Ejecuciones extrajudiciales

La Corte IDH, tomando como referencia el *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas* (Protocolo de Minnesota), ha señalado que “la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad”,⁴⁰⁴ y empleando “todos los medios técnicos y científicos posibles”.⁴⁰⁵ Así, “[e]n la investigación de la muerte violenta de una persona, es crucial la importancia que tienen las primeras etapas de la investigación y el impacto negativo que las omisiones e irregularidades en tales etapas puede tener en las perspectivas reales y efectivas de esclarecer el hecho”.⁴⁰⁶ De esta manera:

en casos en que se ha establecido que ocurrieron ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida reconocido en el

397 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 46. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 228.

398 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 106. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 210.

399 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. FRC. 2010, párr. 215.

400 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 267. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. EPFRC. 2016, párr. 244.

401 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 181. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 481.

402 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. F. 2000, párr. 114. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 301.

403 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 113. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 301.

404 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 120. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 150.

405 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 208.

406 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 120. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 137.

artículo 4 de la Convención y determinen las responsabilidades de todos los autores y partícipes, especialmente cuando están involucrados agentes estatales.⁴⁰⁷

La Corte IDH ha especificado que, frente a una muerte violenta, las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo los siguientes principios rectores:⁴⁰⁸

i) identificar a la víctima; ii) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; iii) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; iv) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y v) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, [y] realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.⁴⁰⁹

La Corte IDH ha advertido que:

incluso en una situación de conflicto armado, el derecho internacional humanitario prevé obligaciones mínimas de debida diligencia relativas al correcto y adecuado levantamiento de cadáveres y los esfuerzos que deben adelantarse para su identificación o inhumación con el fin de facilitar su identificación posterior.⁴¹⁰

En relación con la escena del crimen, la Corte IDH ha resaltado los estándares internacionales sobre la materia, según los cuales:

los investigadores deben, como mínimo, fotografiar dicha escena, cualquier otra evidencia física y el cuerpo como se encontró y después de moverlo; todas las muestras de sangre, cabello, fibras, hilos u otras pistas deben ser recogidas y conservadas; examinar el área en busca de huellas de zapatos o cualquier otra que tenga naturaleza de evidencia, y hacer un informe detallando cualquier observación de la escena, las acciones de los investigadores y la disposición de toda la evidencia coleccionada. El Protocolo de Minnesota establece, entre otras obligaciones, que al investigar una escena del crimen se debe cerrar la zona contigua al cadáver, y prohibir, salvo para el investigador y su equipo, el ingreso a la misma.⁴¹¹

Conforme a la Corte IDH:

[m]ientras ello no suceda debe evitarse cualquier contaminación de la misma y mantenerla bajo custodia permanente. Una de las acciones en el sitio del hallazgo de mayor riesgo es la manipulación del cadáver, el cual no debe ser manipulado sin la presencia de profesionales, quienes deben examinarlo y movilizarlo adecuadamente según la condición del cuerpo.⁴¹²

Por ello, la Corte IDH ha destacado que:

el correcto manejo de la escena del crimen es un punto de partida de la investigación y, por tanto, determinante para esclarecer la naturaleza, circunstancias y características del delito, así como los participantes en el hecho. Es por ello que su manejo debe ser mediante profesionales

407 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 156. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 379.

408 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 204. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 150.

409 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 127. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 151.

410 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 496. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 367.

411 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 301. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 152.

412 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 192. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 152.

entrenados en la importancia de sus acciones, la preservación de la escena del crimen, las actividades a realizar en esta, y en la recuperación y preservación de la evidencia.⁴¹³

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que “la falta de protección adecuada de la escena del crimen puede afectar la investigación, por tratarse de un elemento fundamental para su buen curso”.⁴¹⁴ Además es fundamental, como lo establece el Protocolo de Minnesota, que “los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y otros investigadores no médicos [...] coordin[en] sus actividades [...] en el lugar con el] personal médico”.⁴¹⁵

Asimismo, conforme al citado Protocolo de Minnesota “la debida diligencia en una investigación médico-legal de una muerte exige el mantenimiento de la cadena de custodia de todo elemento de prueba forense”.⁴¹⁶ Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

ello consiste en llevar un registro escrito preciso, complementado, según corresponda, por fotografías y demás elementos gráficos, para documentar la historia del elemento de prueba a medida que pasa por las manos de diversos investigadores encargados del caso. La cadena de custodia puede extenderse más allá del juicio y la condena del autor, dado que las pruebas antiguas, debidamente preservadas, podrían servir para el sobreesimiento de una persona condenada erróneamente. La excepción la constituyen los restos de víctimas positivamente identificadas que pueden ser devueltos a sus familias para su debida sepultura, con la reserva de que no pueden ser cremados y que pueden ser exhumados para nuevas autopsias.⁴¹⁷

Respecto a las autopsias, que tienen como objetivo “recolectar, como mínimo, información para identificar a la persona muerta, la hora, fecha, causa y forma de la muerte”, la Corte IDH ha señalado que “deben respetar[se] ciertas formalidades básicas, como indicar la fecha y hora de inicio y finalización, así como el lugar donde se realiza y el nombre del funcionario que la ejecuta”.⁴¹⁸ De igual modo, se debe, *inter alia*:

fotografiar adecuadamente el cuerpo; tomar radiografías del cadáver, de su bolsa o envoltorio y después de desvestirlo, documentar toda lesión. Se debe documentar también la ausencia, soltura o daño de los dientes, así como cualquier trabajo dental, y examinar cuidadosamente las áreas genital y para-genital en búsqueda de señales de abuso sexual. En casos de sospecha de violencia o abuso sexual, se debe preservar el líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima. Adicionalmente, el Manual de Naciones Unidas indica que en los protocolos de autopsia se debe anotar la posición del cuerpo y sus condiciones, incluyendo si está tibio o frío, ligero o rígido; proteger las manos del cadáver; registrar la temperatura del ambiente y recoger cualquier insecto.⁴¹⁹

En cuanto al análisis de restos humanos, la Corte IDH ha señalado que “[l]os estándares internacionales exigen que la entrega de restos ocurra cuando la víctima esté claramente identificada, es decir, una vez que se haya conseguido una identificación positiva”. Al respecto, el Protocolo de Minnesota

413 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 209. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 152.

414 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 166. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 191.

415 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 192.

416 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 305. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 156.

417 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 305. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 207. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 153.

418 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 310. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 295.

419 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 310. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 194. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 154.

establece que “el cuerpo debe ser identificado por testigos confiables y otros métodos objetivos”.⁴²⁰ Además, la Corte IDH ha citado el artículo 12 de los “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, según el cual no podrá procederse a la inhumación e incineración del cuerpo de la persona fallecida “hasta que un médico, de ser posible experto en medicina forense, haya realizado una autopsia adecuada”. Asimismo, conforme ha sido señalado “[s]i después de haber sido enterrado el cuerpo resulta necesaria una investigación, se exhumará el cuerpo sin demora y de forma adecuada para realizar una autopsia. En caso de que se descubran restos óseos, deberá procederse a desenterrarlos con las precauciones necesarias y a estudiarlos conforme a técnicas antropológicas sistemáticas”.⁴²¹

En lo que concierne a los familiares, la Corte IDH ha señalado que en un caso de ejecución extrajudicial:

los derechos afectados corresponden a los familiares de la víctima fallecida, quienes son la parte interesada en la búsqueda de justicia y a quienes el Estado debe proveer recursos efectivos para garantizarles el acceso a la justicia, la investigación y eventual sanción, en su caso, de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones.⁴²²

7.5.1.3. Muerte de una persona bajo custodia del Estado

Como una obligación especialmente acentuada y un elemento condicionante para garantizar el derecho a la vida, la Corte IDH ha establecido que, cuando se trata de la investigación de la muerte de una persona que se encontraba bajo custodia del Estado, las autoridades correspondientes tienen el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva, es decir, con la debida diligencia y sustanciada “por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad”. En definitiva, “el Estado tiene la obligación de proveer una explicación inmediata, satisfactoria y convincente de lo sucedido a una persona que se encontraba bajo su custodia”.⁴²³

Así, teniendo en cuenta, entre otros, el documento *Guidelines for Investigating Deaths in Custody* del Comité Internacional de la Cruz Roja, la Corte IDH ha enfatizado que en casos de muertes en custodia de agentes estatales:

el Estado debe guiar su actuación tomando en cuenta ciertos criterios específicos relevantes, *inter alia*: i) una investigación *ex officio*, completa, imparcial e independiente, tomando en cuenta el grado de participación de todos los agentes estatales; ii) brindar a la investigación un cierto grado de escrutinio público en razón del interés público que podría generarse en virtud de la calidad de los presuntos agentes involucrados; iii) apersonarse inmediatamente a la escena de los hechos y darle tratamiento de una escena del crimen, así como preservarla con el fin de proteger toda evidencia y realizar pruebas balísticas cuando armas de fuego hayan sido utilizadas, especialmente por agentes del Estado; iv) identificar si el cuerpo ha sido tocado o movido y establecer la secuencia de eventos que podrían haber llevado a la muerte, así como llevar a cabo un examen preliminar del cuerpo para asegurar cualquier evidencia que podría perderse al manipularlo y transportarlo, y v) realizar una autopsia por profesionales capacitados que incluyan cualquier prueba que indique presuntos actos de tortura por agentes estatales.⁴²⁴

La Corte IDH ha señalado que:

420 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 318.

421 Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 92.

422 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. FRC. 2008, párr. 170. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, párr. 199.

423 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 253. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 257.

424 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 254.

la investigación de una muerte en custodia puede revelar un patrón o práctica directa o indirectamente vinculada con ella. En tales situaciones, la investigación debe hacer frente a las posibles causas de raíz y prevenir este tipo de incidentes. A ese respecto, los Estados deben: a) recabar la información esencial relativa a las personas bajo custodia, tales como el tiempo y lugar de su detención; b) el estado de su salud a su llegada al lugar de detención; c) el nombre de las personas responsables de mantenerlos en custodia, o en el momento, y d) el lugar de su interrogatorio debe ser registrado y puesto a disposición de procedimientos judiciales o administrativos.⁴²⁵

7.5.1.4. Privación arbitraria de la vida por el uso de la fuerza letal del Estado

De acuerdo con la Corte IDH, la obligación estatal de investigar se ve acentuada en casos de uso de la fuerza letal por agentes estatales, en donde la determinación de si esta fue excesiva y por ende existió una privación arbitraria de la vida, “deb[e] analizarse en un proceso serio, independiente, imparcial y efectivo,⁴²⁶ así como rápido y completo, tomando en cuenta todas las circunstancias y el contexto de los hechos, incluyendo las acciones de planeación y control,⁴²⁷ así como evitando las omisiones en la recolección de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación”.⁴²⁸

De acuerdo con la Corte IDH, en casos en que “la información relativa a la forma en que murió una persona producto del uso de la fuerza letal por parte de agentes estatales está en manos de los propios funcionarios o autoridades estatales, una investigación adecuada que asegure garantías mínimas de independencia y efectividad se torna ineludible”.⁴²⁹ Así:

el Estado debe iniciar las investigaciones y el proceso penal correspondiente, a efectos de determinar la legalidad de[dicho uso], para lo cual es fundamental la existencia de suficientes elementos de prueba que le permitan a los operadores jurídicos clarificar los hechos ocurridos y asignar las responsabilidades correspondientes.⁴³⁰

Asimismo, la Corte IDH ha enfatizado que “las pruebas balísticas deberían hacerse cada vez que un arma de fuego ha sido utilizada, sobre todo si se está llevando a cabo una investigación en donde están involucrados agentes estatales y donde se debe determinar la cantidad de disparos proferidos por dichas autoridades, a efectos de contribuir con el esclarecimiento de si el uso de la fuerza por parte de los policías fue necesario,⁴³¹ y proporcional con el fin de agotar todas las líneas de investigación para la consecución de la verdad”.⁴³²

7.5.2. Con relación al derecho a la integridad personal

7.5.2.1. Agresiones físicas

En casos de agresión física, la Corte IDH ha resaltado que “el tiempo en el que se realiza el dictamen médico es esencial para determinar fehacientemente la existencia de la lesión y del daño”. De esta manera, “[l]a falta de dictamen o su realización tardía dificultan o imposibilitan la determinación de la gravedad de los hechos, en particular, a fin de clasificar legalmente la conducta bajo el tipo penal que corresponda, más aún cuando no se cuenta con otras pruebas”.⁴³³

425 *Idem*.

426 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. F. 2001, párr. 49. Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 242.

427 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 82. Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 242.

428 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 166. Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 242.

429 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 369.

430 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 237.

431 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párrs. 111-112. Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 234.

432 Corte IDH. *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, párr. 234.

433 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 321. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 340.

En ese sentido, la Corte IDH ha considerado que “el Estado tiene la obligación de proceder al examen y clasificación de las lesiones cuando se realiza la denuncia y se presenta el lesionado, a menos que el tiempo transcurrido entre esta y el momento en que ocurrió el hecho torne imposible la caracterización de aquellas”.⁴³⁴

7.5.2.2. Actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

La Corte IDH ha señalado que, de conformidad con el artículo 1.1. de la CADH, la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1. y 5.2. del mismo tratado “implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”.⁴³⁵ Además, para el caso de los correspondientes Estados partes, dicha investigación está normada de manera específica “por los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, que obligan a dichos Estados a adoptar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción, así como a garantizar que los casos de tortura sean examinados imparcialmente”.⁴³⁶ Las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Tortura “especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana”, así como “el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal”.⁴³⁷

Al respecto, la Corte IDH ha aclarado que de la Convención Interamericana contra la Tortura surgen dos supuestos que accionan el deber estatal de investigar. Cuando se presente la denuncia, en este caso la Corte IDH ha resaltado que “es indispensable notar que la víctima suele abstenerse, por temor de denunciar los hechos de tortura o mal trato, sobre todo si se encuentra detenida en el mismo recinto donde estos ocurrieron”.⁴³⁸ Cuando exista razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de la jurisdicción del Estado.⁴³⁹ “En estas situaciones, la decisión de iniciar y adelantar una investigación no recae sobre el Estado, es decir, no es una facultad discrecional, sino que el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole”.⁴⁴⁰

Así:

aún cuando los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no hayan sido denunciados ante las autoridades competentes por la propia víctima, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia, el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento.⁴⁴¹

De acuerdo con la Corte IDH:

cuando existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente

434 *Idem*.

435 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 147. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 261.

436 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 95. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 222.

437 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párrs. 276 y 377-379. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 132 y 161.

438 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 92. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 240.

439 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 347. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 278. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 163.

440 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 347. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 278.

441 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 54. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 240. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 162.

la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas y, en consecuencia, los elementos de evidencia pued[a]n ser escasos.⁴⁴²

Así, las autoridades judiciales deberán garantizar la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar los actos de tortura y, por otro lado, el Estado “debe[rá] garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia [...] de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión”.⁴⁴³

La Corte IDH ha resaltado la importancia de que las autoridades competentes tomen en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense, particularmente definidas en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul).⁴⁴⁴ De acuerdo con lo dispuesto en dicho Protocolo, en cuanto a la investigación de casos de tortura y a la realización del examen médico, este “debe realizarse independientemente del tiempo que haya transcurrido desde el momento de la tortura”.⁴⁴⁵ Además, las “declaraciones de testigos y supervivientes son componentes necesarios de la documentación de la tortura” y las “pruebas físicas, en la medida en que existan, son importantes informaciones que confirman que la persona ha sido torturada. De todas formas, en ningún caso se considerará que la ausencia de señales físicas indica que no se ha producido tortura, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes”.⁴⁴⁶

Citando al Protocolo de Estambul, la Corte IDH ha resaltado que resulta “particularmente importante que [el] examen [médico] se haga en el momento más oportuno” y que “[d]e todas formas debe realizarse independientemente del tiempo que haya transcurrido desde el momento de la tortura”. No obstante, dicho Protocolo advierte que, “[p]ese a todas las precauciones, los exámenes físicos y psicológicos, por su propia naturaleza, pueden causar un nuevo traumatismo al paciente provocando o exacerbando los síntomas de estrés postraumático al resucitar efectos y recuerdos dolorosos”.⁴⁴⁷

Asimismo, siempre citando el Protocolo de Estambul, la Corte IDH ha considerado que “la independencia profesional exige que en todo momento el profesional de la salud se encuentre en el objetivo fundamental de la medicina, que es aliviar el sufrimiento y la angustia y evitar el daño al paciente, pese a todas las circunstancias que pueden oponerse a ello”. El deber de independencia:

exige que el médico tenga plena libertad de actuar en interés del paciente, e implica que los médicos hagan uso de las prácticas médicas óptimas, sean cuales fueren las presiones a las que puedan estar sometidos, incluidas las instrucciones que puedan darle sus empleadores, autoridades penitenciarias o fuerzas de seguridad. En esta línea, el Estado tiene la obligación de abstenerse de obligar de cualquier forma a los médicos de comprometer su independencia profesional. Si bien no basta con afirmar que un médico sea funcionario del Estado para determinar que no es independiente, el Estado debe asegurarse de que sus condiciones contractuales le otorguen la independencia profesional necesaria para realizar sus juicios clínicos libres de presiones. El médico forense tiene igualmente una obligación de imparcialidad y objetividad frente a la evaluación de la persona a quien examina.⁴⁴⁸

442 Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, párrs. 93 y 111.

443 Corte IDH. Caso *Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, párr. 92. Corte IDH. Caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 260.

444 Corte IDH. Caso *Fleury y otros vs. Haití*. FR. 2011, párr. 121.

445 Corte IDH. Caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 255. Corte IDH. Caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 86.

446 Corte IDH. Caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 86.

447 Corte IDH. Caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 255.

448 *Ibidem*, párr. 260.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “la carga de la prueba de la falta de independencia de los médicos legistas adscritos a dependencias del Estado en casos de tortura no debe descansar exclusivamente en la parte que la alega, ya que es el Estado quien posee los medios para demostrar que se cumple dicha garantía”.⁴⁴⁹

Por otra parte, basándose en el Protocolo de Estambul y los *Principles of Medical Ethics relevant to the role of health personnel, particularly physicians, in the protection of prisoners and detainees against torture, and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* de la Asamblea General de la ONU, la Corte IDH ha considerado que:

los médicos y demás miembros del personal de salud están en la obligación de no participar, ni activa ni pasivamente, en actos que constituyan participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos. En particular, el médico forense está en la obligación de plasmar en sus informes la existencia de prueba de malos tratos, de ser el caso. Así, los médicos forenses deben adoptar medidas a fin de notificar posibles abusos a las autoridades correspondientes o, si ello implica riesgos previsibles para los profesionales de la salud o sus pacientes, a autoridades ajenas a la jurisdicción inmediata. Además, el Estado debe proporcionar las garantías necesarias para que, si un examen médico forense apoyara la posibilidad de que se hayan cometido actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el detenido o la detenida no regrese al lugar de detención donde estos habrían ocurrido.⁴⁵⁰

En el caso *García Lucero y otras vs. Chile*, la Corte IDH ha precisado que, “[e]n relación con la reparación de víctimas de torturas, los recursos adecuados que el Estado debe proveer deben posibilitar el reclamo y acceso a medidas que contemplen la compensación y la rehabilitación”.⁴⁵¹

7.5.2.3. Actos de violencia contra la mujer

En casos de violencia contra la mujer, las obligaciones establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH “se complementan y refuerzan”, para aquellos Estados partes, con las obligaciones de la Convención de Belém Do Pará, dotando de contenido a la obligación estatal reforzada de investigar dichos casos con la debida diligencia, con una perspectiva de género. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.⁴⁵²

Por tanto, “[e]n estos casos, las autoridades estatales deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual”.⁴⁵³

La Corte IDH ha señalado que “el deber de investigar tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres”.⁴⁵⁴ De acuerdo con la Corte IDH:

449 *Ibidem*, párr. 261.

450 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 258.

451 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 200.

452 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 140. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 193. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 177. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 145.

453 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 378. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 241. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 145.

454 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 293. Corte IDH. *Caso*

[a] menudo es difícil probar en la práctica que un homicidio o acto de agresión violento contra una mujer ha sido perpetrado por razón de género. Dicha dificultad a veces deriva de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y sus causas. Es por ello que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar *ex officio* las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de enañoamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada.⁴⁵⁵

Asimismo, “la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género”.⁴⁵⁶

Además, la Corte IDH ha establecido que:

en casos de sospecha de homicidio por razón de género, la obligación estatal de investigar con la debida diligencia incluye el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual. En este sentido, la investigación sobre un supuesto homicidio por razón de género no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual.⁴⁵⁷

En una investigación penal por violencia sexual es necesario que: “i) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia;⁴⁵⁸ ii) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso, y iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación”.⁴⁵⁹

Por ello, las primeras fases de la investigación pueden ser especialmente cruciales en casos de homicidio contra la mujer por razón de género, ya que las fallas que se puedan producir en diligencias tales como las autopsias y en la recolección y conservación de evidencias físicas pueden llegar a impedir u obstaculizar la prueba de aspectos relevantes como, por ejemplo, la violencia sexual. En cuanto a la realización de autopsias en un contexto de homicidio por razón de género, la Corte IDH ha especificado que se debe examinar cuidadosamente las áreas genital y para-genital en búsqueda de señales de abuso sexual, así como preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima.⁴⁶⁰

Espinoza Gonzales vs. Perú. EPFRC. 2014, párr. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 146.

455 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 187. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 146.

456 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 455. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 146.

457 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 188. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 147.

458 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 194. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 147.

459 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 194. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 178. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párrs. 242 y 252.

460 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 188. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 148.

Adicionalmente, la Corte IDH ha señalado que los Estados tienen la obligación de adoptar normas o implementar las medidas necesarias, “conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará, que permitan a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia en casos de presunta violencia contra la mujer”.⁴⁶¹

Tomando como referente el Protocolo de Estambul y las *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence* de la Organización Mundial de la Salud, la Corte IDH ha considerado que:

en cuanto a las entrevistas que se realicen a una persona que afirma haber sido sometida a actos de tortura: i) se debe permitir que esta pueda exponer lo que considere relevante con libertad, por lo que los funcionarios deben evitar limitarse a formular preguntas; ii) no debe exigirse a nadie hablar de ninguna forma de tortura si se siente incómodo al hacerlo; iii) se debe documentar durante la entrevista la historia psicosocial y previa al arresto de la presunta víctima, el resumen de los hechos narrados por esta relacionados al momento de su detención inicial, las circunstancias, el lugar y las condiciones en las que se encontraba durante su permanencia bajo custodia estatal, los malos tratos o actos de tortura presuntamente sufridos, así como los métodos presuntamente utilizados para ello, y iv) se debe grabar y hacer transcribir la declaración detallada. En casos de que la alegada tortura incluya actos de violencia o violación sexual, dicha grabación deberá ser consentida por la presunta víctima.⁴⁶²

Concretamente, frente a casos de violación sexual, tomando como referencia ciertos instrumentos internacionales, la Corte IDH ha establecido que en la investigación penal es necesario que: “i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición”.⁴⁶³ La declaración de la víctima “deberá contener, con el consentimiento de la presunta víctima: i) la fecha, hora y lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto; ii) el nombre, identidad y número de agresores; iii) la naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima; iv) si existió uso de armas o retenedores; v) el uso de medicación, drogas, alcohol u otras sustancias; vi) la forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso; vii) los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima; viii) si existió el uso de preservativos o lubricantes; ix) si existieron otras conductas que podrían alterar la evidencia, y x) detalles sobre los síntomas que ha padecido la presunta víctima desde ese momento”.⁴⁶⁴ Sobre el particular, la Corte IDH ha resaltado que “el apoyo a una víctima de violación sexual es fundamental desde el inicio de la investigación para brindar seguridad y un marco adecuado para referirse a los hechos sufridos y facilitar su participación, de la mejor manera y con el mayor de los cuidados, en las diligencias de investigación”.⁴⁶⁵ En el mismo sentido, la Corte IDH ha destacado que en casos de violencia sexual, la investigación “debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido”.⁴⁶⁶

En lo que concierne a los exámenes de integridad sexual, la Corte IDH ha recordado que la Organización Mundial de la Salud estableció que, en este tipo de casos, el peritaje ginecológico debe realizarse lo más pronto posible. Sobre ese punto, la Corte IDH ha considerado que “el peritaje ginecológico y anal debe ser realizado, de considerarse procedente su realización y con el consentimiento previo e

461 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 189. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 148.

462 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 248.

463 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 194. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 249.

464 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 249.

465 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 205. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 189.

466 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 196. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 256.

informado de la presunta víctima, durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado, con base en un protocolo específico de atención a las víctimas de violencia sexual”. Esto no obsta a que el peritaje ginecológico se realice con posterioridad a este periodo, con el consentimiento de la presunta víctima, toda vez que evidencias pueden ser encontradas tiempo después del acto de violencia sexual, particularmente con el desarrollo de la tecnología en materia de investigación forense. Por consiguiente, la Corte IDH ha enfatizado que:

los plazos límite establecidos para la realización de un examen de esta naturaleza deben ser considerados como guía, más no como política estricta. De esa manera, la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser considerada sobre la base de un análisis realizado caso por caso, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual. En vista de ello, la Corte considera que la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser motivada detalladamente por la autoridad que la solicita y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la presunta víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditar a la presunta víctima y/o impedir una investigación.⁴⁶⁷

Por tanto, la Corte IDH ha establecido que “la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia.⁴⁶⁸ Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Por ello, “cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género”.⁴⁶⁹ De acuerdo con la Corte IDH:

[s]egún determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género.⁴⁷⁰

7.5.2.4. *Afectaciones a la integridad personal de los familiares de la víctima por el incumplimiento del deber de investigar*

La Corte IDH ha afirmado que los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas.⁴⁷¹ En consecuencia, ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares de víctimas debido al sufrimiento que estos han padecido a causa de las actuaciones u omisiones de las autoridades estatales,⁴⁷² tomando en cuenta, entre otros

467 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 256.

468 Corte IDH. *Caso Gonzalez y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párrs. 388 y 400. Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 208. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 176.

469 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 208. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, párr. 176.

470 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párr. 209.

471 Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 83. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012. Sobre otras formas en las que se afecta la integridad personal, así como afectaciones a la integridad personal de los familiares de la víctima por el incumplimiento del deber de investigar, ver el comentario al artículo 5 (derecho a la integridad personal) a cargo de Nash.

472 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 163. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 249.

elementos, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar.⁴⁷³ De esta manera, para la Corte IDH:

es claro que la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana.⁴⁷⁴

Por tanto, la falta de acceso a la justicia derivado del proceso judicial y la ejecución del mismo puede generar, *inter alia*, un estado de angustia, sufrimiento y desesperación permanente en la familia, que puede terminar quebrantando los lazos familiares y generando otro tipo de consecuencias negativas en el normal desarrollo y funcionamiento familiar.⁴⁷⁵ “Se trata, por tanto, de un sufrimiento adicional o exacerbado consecuencia de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos”.⁴⁷⁶

7.5.3. Con relación a la libertad de pensamiento y de expresión

Respecto al acceso a la información sobre hechos relacionados con desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, a criterio de la Corte IDH:

el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía.⁴⁷⁷

De acuerdo con la Corte IDH, resulta esencial que “los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos”.⁴⁷⁸ En caso contrario, “[se] posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho”.⁴⁷⁹

Por tanto, la Corte IDH ha establecido que en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales “no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes”.⁴⁸⁰ Asimismo, “cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito”.⁴⁸¹ De igual

473 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 249.

474 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 204. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 250.

475 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, párrs. 114 y 116. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 256, 261 y 265. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 168.

476 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 144. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 168.

477 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 211. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 195.

478 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 211. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 170.

479 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 211.

480 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párrs. 180-182. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015, párr. 89.

481 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 181. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 202.

modo, “tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada”.⁴⁸²

7.5.4. Con relación a los derechos del niño

La Corte IDH ha afirmado que la obligación de investigar se ve reforzada en los casos que comprometen a víctimas que son niños y niñas al momento de los hechos.⁴⁸³ Así, la “obligación de combatir la impunidad se ve acentuada cuando se trata de violaciones cuyas víctimas son niños”,⁴⁸⁴ de manera que el Estado debe materializar de un modo particular su obligación de investigar, dada la condición de vulnerabilidad inherente a aquellos.⁴⁸⁵ De esta manera, “[e]l actuar omiso o negligente de los órganos estatales no resulta compatible con las obligaciones emanadas de la Convención”.⁴⁸⁶

Igualmente, la Corte IDH ha enfatizado las características especiales de la investigación que involucra los derechos de niños con discapacidad, al resaltar que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar las diversas formas de discriminación.⁴⁸⁷ En efecto, la Corte IDH ha señalado que “los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. Para alcanzar tales objetivos, “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”. Ello, porque “[l]a presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.⁴⁸⁸

Así, citando el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte IDH ha precisado los alcances del derecho al acceso a la justicia y las obligaciones que los Estados deben asumir frente a niños con discapacidad, *inter alia*: 1) asegurar que tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares, y 2) promover la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.⁴⁸⁹ En ese sentido, respecto a las autoridades judiciales a cargo de los procesos, la Corte IDH ha señalado que es imprescindible que tengan en cuenta las particularidades relacionadas con la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra el menor de edad con discapacidad.⁴⁹⁰ De esta manera, los procesos que involucren a un menor de edad que se encuentra en condición de discapacidad, implican una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos.⁴⁹¹

482 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 202.

483 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 145.

484 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 154.

485 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 93. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 77.

486 Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, párr. 259.

487 *Ibidem*, párr. 135.

488 *Ibidem*, párr. 268.

489 *Ibidem*, párr. 137.

490 *Ibidem*, párr. 201.

491 *Idem*.

CAPÍTULO III- DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C n.º 6. En adelante: Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. F. 1989.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C n.º 17. En adelante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. EP. 1994.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C n.º 39. En adelante: Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C n.º 198. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C n.º 261. En adelante: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 340. En adelante: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C n.º. 344. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. EPFRC. 2017.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. 1994.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 100/01, *Caso Milton Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Caso 11.381, 11 de octubre de 2001.

CIDH. Informe n.º 25/04, *Caso Ana Victoria Villalobos y otros vs. Costa Rica*, Admisibilidad, Petición, Caso 12.361, 11 de marzo de 2004.

CIDH. Informe n.º 44/04, *Caso Laura Tena Colunga y otros vs. México*, Inadmisibilidad, Petición, Caso 2582/02, 13 de octubre de 2004.

CIDH. Informe n.º 69/04, *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Pensionados de la Compañía de Aviación Venezolana [VIASA]) vs. Venezuela*, Admisibilidad, Petición, Caso 667/01, 13 de octubre de 2004.

CIDH. Informe n.º 32/05, *Caso Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH-sida vs. Guatemala*, Admisibilidad, Petición, Caso 642/05, 7 de marzo de 2005.

CIDH. Informe n.º 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Fondo, Caso 12.249, 20 de marzo de 2009.

CIDH. Informe n.º 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, 27 de marzo de 2009.

CIDH. Informe n.º 121/09, *Caso Opatio Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos) vs. Honduras*, Admisibilidad, Petición, Caso 1186-04, 12 de noviembre de 2009.

CIDH. Informe n.º 62/12, *Caso Yenina Esther Martínez Esquivia vs. Colombia*, Admisibilidad, Petición, Caso 1471-05, 20 de marzo de 2012.

CIDH. Informe n.º 86/12, *Caso César Lorenzo Cedeño Muñoz y otros vs. Ecuador*, Admisibilidad, Petición, Caso 1201-07, 8 de noviembre de 2012.

CIDH. Informe n.º 87/12, *Caso Comunidades maya Kaqchikel de los Hornos y El Pericón I y sus miembros vs. Guatemala*, Admisibilidad, Petición, Caso 140-08, 8 de noviembre de 2012.

CIDH. Informe n.º 28/13, *Caso Profesores de Chañaral vs. Chile*, Admisibilidad, Petición, Caso 1345-05, 20 de marzo de 2013.

CIDH. Informe n.º 59/13, *Caso Rocío San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Admisibilidad, Petición, Caso 212-06, 16 de julio de 2013.

CIDH. Informe n.º 19/14, *Caso Emilia Morales Campos y Jennifer Emilia Campos vs. Costa Rica*, Admisibilidad, Petición, Caso 329-06, 3 de abril de 2014.

CIDH. Informe n.º 35/14, *Caso Eulogia y su hijo Sergio vs. Perú*, Admisibilidad, Petición, Caso 1334-09, 4 de abril de 2014.

CIDH. Informe n.º 62/14, *Caso Pobladores de Quishque-Tapayrihua vs. Perú*, Admisibilidad, Petición, Caso 1216-03, 24 de julio de 2014.

CIDH. Informe n.º 78/14, *Caso Alejandro Ponce Martínez vs. Ecuador*, Admisibilidad, Petición, Caso 708-05, 15 de agosto de 2014.

CIDH. Informe n.º 96/14, *Caso Pueblos indígenas en aislamiento Tagaeri y Taromenani vs. Ecuador*, Admisibilidad, Petición, Caso 422-06, 6 de noviembre de 2014.

CIDH. Informe n.º 19/15, *Caso Magistrados no ratificados por el CNM*, Admisibilidad, Petición, Caso 320-03 y otros, 24 de marzo de 2015.

CIDH. Informe n.º 33/15, *Caso Pueblo U'wa vs. Colombia*, Admisibilidad, Caso 11.574, 22 de julio 2015.

CIDH. Informe n.º 48/15, *Caso Pueblo Yaqui vs. México*, Admisibilidad, Petición, Caso 70-06, 28 de julio de 2015.

CIDH. Informe n.º 11/16, *Caso Luiza Melinho vs. Brasil*, 14 de abril de 2016.

CIDH. Informe n.º 44/16, *Caso Martina Rebeca Vera Rojas y familia vs. Chile*, Admisibilidad, Petición, Caso 1558-11, 4 de noviembre de 2016.

CIDH. Informe n.º 79/16, *Caso Emiliano Romero Bendezu (trabajadores mineros con silicosis) vs. Perú*, Admisibilidad, Petición, Caso 1077-98, 30 de diciembre de 2016.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

Comité DESCONU. Observación General n.º 3. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/3, 14 de diciembre de 1990.

Comité DESCONU. Observación General n.º 18. *Artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.

Comité DESCONU. *Declaración sobre la evaluación de la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”*, E/C.12/2007/1, 10 de mayo de 2007.

Comité DESCONU. Observación General n.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

Comité DESCONU. Observación General n.º 23. *El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016.

Comité DESCONU. Observación General n.º 24. *Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.

Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht, del 2 al 6 de junio de 1986, y adoptados por la ONU. UN Doc E/CN.4/1987/17.

ONU. Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Efectividad del derecho al trabajo*, A/HRC/31/32, 21 de diciembre de 2015.

Referencias académicas

ABRAMOVICH, V. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Trotta, Madrid, 2004.

CANÇADO TRINDADE, A. “A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional”, en *Presente y futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998.

COURTIS, C. “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*. n.º 6, ITAM, Departamento de Derecho, 2004.

COURTIS, C. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en COURTIS, C. y RODRÍGUEZ HUERTA, G. (comps.) *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*. Porrúa-ITAM, México, 2005.

COURTIS, C. (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

HOYOS, C. *El derecho humano a la alimentación adecuada: estudio comparativo Canadá-México*. Université de Québec, Québec, 2002.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. IIDH, San José, 2009.

MELISH, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, en SCHELL, O. H. *The Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2002.

MELISH, T. “The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions”, en LANGFORD, M. (ed.) *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press, New York, 2008.

MELISH, T. “The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity”, en LANGFORD, M. (ed.) *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press, New York, 2008.

ROSS, A. *Sobre el derecho y la justicia*. 5ª ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1994.

ROSSI, J. y ABRAMOVICH, V. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en MARTÍN, C. et al. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara-Universidad Iberoamericana, México, 2004.

SEPÚLVEDA, M. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Intersentia, Amberes, 2003.

Otras referencias no académicas

Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht entre el 22 y 26 de enero de 1997.

Contenido

1. Introducción	805
2. La jurisprudencia de los órganos del SIDH	805
2.1. La jurisprudencia de la Corte IDH	805
2.2. La jurisprudencia de la CIDH	817
3. Esbozo interpretativo	822
3.1. El alcance de la remisión del artículo 26 de la CADH	822
3.2. La aplicación de las obligaciones genéricas de la CADH al artículo 26	827
3.3. El alcance de las obligaciones establecidas en el artículo 26 de la CADH	828

1. Introducción

El artículo 26 de la CADH, dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales, es la solitaria cláusula del capítulo III de la CADH. Esta disposición ha sido poco aplicada por los órganos de protección del SIDH, y ha recibido, relativamente, poca atención doctrinaria.¹ Tal situación puede ser explicada por diversos factores, entre ellos, el contexto histórico de crecimiento del SIDH, el ‘aislamiento’ del artículo 26 en la CADH, la particular técnica remisiva de su redacción, o el tardío desarrollo normativo de la noción de “progresividad” en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En los últimos años se ha registrado un avance paulatino en la materia en el trabajo de la Corte IDH y de la CIDH, pero la jurisprudencia existente es aún insuficiente para ilustrar de manera completa los distintos desafíos interpretativos que plantea esta disposición. Tal y como se explicará en este comentario, tuvieron que transcurrir casi treinta años para que la Corte IDH declarara violado el artículo 26 en un caso contencioso por primera vez en su historia.

Como se señaló, la redacción de la disposición plantea varias interrogantes, dentro de ellas al menos dos cuestiones importantes requieren ser elucidadas. En primer lugar, el alcance de la remisión del artículo 26, pues a diferencia del Capítulo II de la CADH –relativo a los derechos civiles y políticos–, los derechos a los que se refiere el artículo 26 no son individualizados por el mismo texto, sino que obligan al intérprete a acudir a la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. En segundo lugar, una vez identificados los derechos a los que se refiere la norma, es necesario determinar el contenido de las obligaciones específicas que establece el artículo 26 para los Estados partes, y su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la CADH.² Entre ellas, cabe subrayar la necesidad de elucidar el contenido de la noción de “progresividad” o “desarrollo progresivo”, la referencia a “la medida de los recursos disponibles”, ya que ninguno de estos elementos califica a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1 y 2 de la CADH. En las siguientes secciones analizaremos, en primer término, la jurisprudencia de los órganos del SIDH material respecto, y seguidamente ofreceremos posibles criterios de solución a los problemas interpretativos planteados, valiéndonos de la escasa jurisprudencia de los órganos del SIDH sobre este artículo, de los estándares internacionales en la materia y de opiniones doctrinarias.

2. La jurisprudencia de los órganos del SIDH

2.1. La jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH no ha emitido jurisprudencia abundante sobre el artículo 26 de la CADH. Después de un largo periodo de dudas y vacilaciones, este órgano declaró, por primera vez, una violación a esta disposición en agosto de 2017.³ Pocos meses después, reiteró esa jurisprudencia en otro caso.⁴ Ambas sentencias parecen abrir una nueva fase en la jurisprudencia interamericana.

2.1.1. La jurisprudencia de la Corte IDH antes de la sentencia “Lagos del Campo vs. Perú”

Previamente, en algunos casos donde la CIDH o los representantes de las víctimas habían alegado violaciones al artículo 26, la Corte IDH se había negado a considerar el agravio, remitiéndose a lo ya

1 Para un mayor análisis sobre el origen del artículo 26, ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La justicia-bilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. IIDH, San José, 2009, pp. 107-144.

2 Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, en SCHELL, O. H. *The Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2002, pp. 335-338.

3 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, puntos resolutivos 5 y 6. Esta sentencia se analiza a detalle en las siguientes secciones.

4 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. EPFRC. 2017, punto resolutivo 7.

dicho a partir de otra calificación jurídica.⁵ En el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH incluyó una referencia al artículo 26, como referencia para la interpretación de las obligaciones positivas del Estado necesarias para garantizar el derecho a una vida digna.⁶ En el caso de *las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte IDH hace una mención al artículo 26, al interpretar el alcance de las medidas de protección debidas a las niñas, con relación al acceso a la educación.⁷ Ambos párrafos son, sin embargo, bastante confusos, e insuficientes para articular claramente un criterio de aplicación.

En dos casos, “*Cinco Pensionistas*” y “*Acevedo Buendía*”, si bien la Corte IDH desestimó pronunciarse sobre la alegada violación del artículo 26, las sentencias dedican, al menos, algunos párrafos a esta disposición. En una serie de casos posteriores, en los que también rechazó considerar el planteamiento de violación del artículo 26 hecho por la CIDH o por los representantes de la víctima, la discusión sobre la aplicabilidad de dicho artículo se entabló en los votos disidentes y concurrentes, y no en las decisiones de mayoría de la Corte IDH.

En el caso de los “*Cinco Pensionistas*” vs. Perú,⁸ la demanda de la CIDH incluyó un reclamo específico fundado en el artículo 26, pues se alegaba que el Estado había adoptado medidas de carácter regresivo en relación con el derecho a la seguridad social. El planteo ofrecía a la Corte IDH la posibilidad de sentar jurisprudencia concreta sobre la justiciabilidad del mencionado artículo y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. La Corte IDH, sin embargo, desechó el agravio, a partir de las siguientes reflexiones:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

5 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 255. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 285. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 136. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 230.

6 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005. En esta sentencia, la Corte IDH señaló lo siguiente: “[e]n el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo [de San Salvador], y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT”. *Ibidem*, párr. 163. (énfasis agregado)

7 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005. En este párrafo se señala lo siguiente: “[c]abe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo [de San Salvador], en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”. *Ibidem*, párr. 185. (énfasis agregado)

8 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003. Para un análisis extenso de este caso, ver Courtis, C. “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, n.º 6, ITAM, Departamento de Derecho, 2004, pp. 37-67.

Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.⁹

La interpretación de la Corte IDH genera algunas dudas. En el primer párrafo transcrito, la Corte IDH parece sostener que la única forma de evaluar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de derechos económicos, sociales y culturales es en relación con el conjunto de la población, cuando la Corte IDH trató en el mismo caso afectaciones individuales al derecho a una pensión, considerando parte del derecho de propiedad, y empleando como criterio de interpretación el artículo 5 del Protocolo de San Salvador,¹⁰ haciendo referencia al “propósito y razón de los derechos económicos, sociales y culturales”. Además, la cita que hace la Corte IDH del Comité DESCONU, referida a la noción de progresividad, tampoco capta adecuadamente la doctrina de ese Comité, que —como veremos *infra*— sostiene que en materia de derechos económicos, sociales y culturales existen obligaciones inmediatas, que la progresividad no significa absoluta discrecionalidad para el Estado, y que los derechos incluidos en el PIDESC pueden ser protegidos por mecanismos jurisdiccionales.

La aparente conclusión de la Corte IDH, que parece subordinar necesariamente el análisis de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales a una escala colectiva nacional, choca con la falta de competencia de la propia Corte IDH para analizar informes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los países de la región, o para evaluar el estado de goce de esos derechos “sobre el conjunto de la población”. La competencia contenciosa de la Corte IDH la obliga a evaluar reclamos individuales o pluri-individuales, pero difícilmente pueden plantearse ante sus estrados reclamos que involucren al “conjunto de la población”, sin individualizar víctimas concretas.¹¹

En todo caso, podría entenderse el primer párrafo transcrito de la sentencia como la exigencia, por parte de la Corte IDH, de un requisito adicional cuando se invoquen violaciones del artículo 26: la de demostrar la relevancia colectiva del planteo, es decir, demostrar no solo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o cuestión aislada.¹² El caso o casos concretos planteados serían, bajo este prisma de análisis, ejemplos concretos de una medida de la que se deriven consecuencias colectivas relevantes. Dada la dificultad práctica de articular una acción colectiva o grupal ante la Corte IDH, los selectos representantes del grupo afectado cargarían con la obligación de demostrar la representatividad de las violaciones alegadas en función de un contexto colectivo o grupal. Se trataría, ciertamente, de una carga adicional de creación pretoriana, no prevista por la CADH, aunque podría entenderse como salvaguarda formal que permita a la Corte IDH medir la relevancia de los planteos en un campo novedoso en el que aún no se han generado estándares judiciales en el SIDH.

9 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párrs. 147-148.

10 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 116.

11 En el mismo sentido, ver el argumento sostenido en el voto concurrente del juez de Roux Rengifo: “[e]l razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer —a diferencia de lo que ocurre con la Comisión— una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija que estas tengan que alcanzar determinado número.”

12 En el mismo sentido, parece leer las consideraciones de la mayoría el juez García Ramírez, quien en su voto concurrente señaló lo siguiente: “[p]or otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia —un tema ampliamente debatido— se debe medir ‘en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social’. Con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista.”

El segundo caso relevante es *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*,¹³ en el que la Corte IDH se muestra más dispuesta a considerar violaciones al artículo 26, superando aparentemente las reticencias expresadas en el caso de los “Cinco Pensionistas”. El caso también involucraba alegadas violaciones del Estado peruano en materia de pago de pensiones. El representante de las víctimas señaló que la falta de pago de las pensiones a las víctimas y la reducción del monto de las pensiones, constituyeron violaciones al artículo 26 de la CADH. El Estado peruano, por su parte, cuestionó la competencia de la Corte IDH para considerar agravios fundados en dicho artículo.

La Corte IDH señaló enfáticamente que era competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la CADH, incluido el artículo 26,¹⁴ y dedicó algunos párrafos a ello.¹⁵ Así, la Corte IDH señaló que el estudio de los trabajos preparatorios de la CADH sobre el artículo 26, demostraba la voluntad de los Estados de incluir una disposición que estableciera cierta obligatoriedad jurídica en el cumplimiento y aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, y los mecanismos de su promoción y protección, frente a un texto más débil del anteproyecto de CADH preparado por la CIDH.¹⁶ En palabras de la Corte IDH:

La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención dem[ostraban] también que las principales observaciones sobre la base de las cuales esta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”.¹⁷

A continuación, la Corte IDH subrayó que, dado que el Capítulo III de la CADH (que contiene al artículo 26) se encuentra en la Parte I del tratado, las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1. y 2 situados en el Capítulo I (también de la Parte I) son igualmente aplicables al artículo 26.¹⁸

La Corte IDH también recordó la interdependencia existente entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, la ausencia de jerarquía entre ambas categorías de derechos, y su plena exigibilidad ante las autoridades competentes, citando para ello el caso *Airey* del TEDH.¹⁹

Por último, la Corte IDH acudió a la doctrina del Comité DESCONU para ofrecer alguna guía interpretativa sobre el alcance de la noción de “desarrollo progresivo”, señalando que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no podía lograrse en un breve periodo de tiempo, y requería la flexibilidad necesaria que reflejara las realidades del mundo y las dificultades que enfrenta cada país.²⁰ Sin embargo, la Corte IDH afirmó que:

102. [...] En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

13 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009.

14 *Ibidem*, párrs. 16, 17 y 97.

15 *Ibidem*, párrs. 99-103.

16 *Ibidem*, párr. 99.

17 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 99. (notas al pie omitidas)

18 *Ibidem*, párr. 100.

19 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 101.

20 *Ibidem*, párr. 102.

103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

De modo que, para la Corte IDH: 1. el tribunal es competente para analizar presuntas violaciones al artículo 26; 2. el artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos económicos, sociales y culturales; 3. las obligaciones de los artículos 1.1. y 2 de la CADH son aplicables a los derechos consagrados en el artículo 26; 4. la noción de “desarrollo progresivo” no impide la rendición de cuentas y la eventual exigibilidad de los derechos ante las instancias llamadas a resolver violaciones; y 5. de la noción de “desarrollo progresivo” se desprende un deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas. Tal deber también es justiciable, es decir, susceptible de control a través de mecanismos jurisdiccionales.

A pesar de este desarrollo, que parecía a todas luces como favorable a la justiciabilidad del artículo 26 y que ofrece, además, alguna guía sobre la interpretación de las obligaciones establecidas por esa disposición, la Corte IDH no consideró necesario en el caso concreto pronunciarse sobre la alegada violación dado que el mismo agravio había sido resuelto por referencia a otras normas de la CADH (arts. 25 y 21). Respecto del agravio consistente en la alegada regresividad de las medidas en cuestión, la Corte IDH consideró que el planteo no se refería a hechos que fueran materia de la controversia.

En tres casos posteriores, la discusión explícita sobre la justiciabilidad del artículo 26, y sobre su aplicabilidad a la situación examinada, se da en el marco de la polémica entre votos disidentes y votos concurrentes. Estas discusiones no cambiaron el resultado del caso, pues en todos la Corte IDH rechazó la consideración del agravio basado en el artículo 26, pero ofrecen al menos una articulación más clara de las razones a favor y en contra, de considerar autónomamente violaciones al artículo 26.

En el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*,²¹ referido a la situación de un niño que sufrió un accidente en un predio del Ejército Argentino que le produjo una discapacidad severa y permanente, la Corte IDH encuadró la cuestión como una afectación a los derechos a la integridad personal, las garantías judiciales, la protección judicial, el derecho a la propiedad y el acceso a la justicia en relación con los derechos del niño, los derechos de las personas con discapacidad y el derecho a la igualdad.²² La Corte IDH centró su análisis en los efectos sobre la integridad personal y la propiedad de la víctima y su familia, de escasos recursos económicos, derivadas de la tardía y limitada indemnización recibida, y a la falta de protección especial recibida por la víctima en su condición de niño y persona con discapacidad. La Corte IDH no abordó en su análisis la posible violación al artículo 26 de la CADH.

En un voto concurrente, sin embargo, la jueza Margarette Macauley sostuvo que, a su juicio, el caso habría sido mejor resuelto “desde una perspectiva que contempl[ara] la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales bajo el alcance del artículo 26 de la Convención Americana”.²³ En ese sentido, consideró que los hechos del caso habrían sido mejor encuadrados como violaciones a los derechos a la salud y a la seguridad social, incluidos –de acuerdo con la interpretación de la jueza– en la remisión hecha por el artículo 26 de la CADH.

21 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

22 *Ibidem*, párrs. 121-269.

23 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, voto concurrente de la jueza Margarette May Macauley, párr. 1.

Para ello, siguiendo criterios adoptados previamente por la Corte IDH, la jueza Macauley señaló que para establecer el alcance del artículo 26 de la CADH, el intérprete debía acudir a la DADDH, instrumento en el cual se identifica como derechos protegidos los derechos a la seguridad social y a la salud.²⁴ Para determinar el alcance de las obligaciones derivadas de esos derechos, la jueza acude a su vez, a guisa de guía interpretativa, al Protocolo de San Salvador, al PIDESC y a la doctrina establecida por el Comité DESCONU.²⁵

En cuanto al caso concreto, el voto concurrente sostiene que las omisiones y deficiencias en la atención médica provista por los hospitales y la falta de orientación adicional por las distintas instituciones del Estado involucradas, obstaculizaron el acceso a los beneficios de seguridad social y a un tratamiento oportuno, real, permanente, integral y adecuadamente supervisado de la víctima, deteriorando su salud e impidiendo la rehabilitación.²⁶ Por esas razones, la jueza consideró violado el artículo 26 de la CADH, en relación con los artículos 5 y 1.1. del mismo instrumento.²⁷

En el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*,²⁸ la Corte IDH tuvo la oportunidad de considerar una situación de mala praxis médica, que redundó en daños a la salud de la víctima. Aunque la víctima efectuó la correspondiente denuncia penal y activó la investigación y el procedimiento penal, la falta de diligencia debida del Ministerio Público y del juzgado competente redundaron en la prescripción de la causa. Además de analizar agravios vinculados con los derechos al debido proceso y a la protección judicial, la Corte IDH abordó las afectaciones a la salud de la víctima, incluyendo la falta de control por parte del Estado del ejercicio profesional médico, a la luz del derecho a la integridad física establecido en el artículo 5.1. de la CADH. La Corte IDH reconoció explícitamente estar decidiendo sobre cuestiones en las que existían relaciones de interdependencia entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, haciendo mención a las normas de la DADDH, la Carta de la OEA y el Protocolo de San Salvador que se refieren al derecho a la salud,²⁹ y citó a pie de página el artículo 26 de la CADH.³⁰ La Corte IDH apoyó su análisis del agravio en la doctrina del Comité DESCONU.³¹ Sin embargo, al encuadrar la violación consistente en la falta de adecuada supervisión y fiscalización de los servicios de salud, la Corte IDH se limitó a declarar afectado el derecho a la integridad personal tutelado por el artículo 5.1. de la CADH.

En respuesta explícita a este tratamiento de la cuestión por parte de la mayoría de la Corte IDH, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor desarrolló extensamente en su voto concurrente, su opinión respecto de la conveniencia de haber abordado en el caso, la violación al derecho a la salud de manera directa y autónoma bajo el artículo 26 de la CADH. Así, el juez Ferrer Mac-Gregor afirmó que:

Desde mi perspectiva, esta situación pudo haberse considerado de manera explícita para que dentro de las consideraciones de la Sentencia [...], se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud y entendiendo la justiciabilidad directa de dicho derecho social –y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles–, lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1. del Pacto de San José.³²

24 *Ibidem*, párrs. 3-4.

25 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párrs. 7-8.

26 *Ibidem*, párrs. 12-15.

27 *Ibidem*, párr. 15.

28 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013.

29 *Ibidem*, párr. 131.

30 *Ibidem*, nota a pie 169.

31 *Ibidem*, párrs. 135, 149 y 152.

32 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. EPFRC. 2013, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 3.

En sentido similar al que se desarrollará *infra*, el voto desarrolla las razones por las cuales la Corte IDH tiene competencia para analizar violaciones al artículo 26,³³ la identificación del derecho a la salud como derecho protegido en la misma disposición,³⁴ y las posibles vías interpretativas de este artículo.³⁵ Haciendo explícita la razón de este esfuerzo de justificación, el juez Ferrer Mac-Gregor sostuvo que:

[S]in negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos –que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano–; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de todos los derechos conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.³⁶

En contraste, el voto razonado del juez Alberto Pérez Pérez tiene el exclusivo objeto de “dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se est[uviera] asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general”.³⁷

Posteriormente, el debate entre los integrantes de la Corte IDH continuó, y dio lugar a posiciones encontradas, lo cual es particularmente evidente en los votos concurrentes. En el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*,³⁸ la Corte IDH trató la situación de una niña contagiada de VIH/SIDA en una transfusión hecha en un banco de sangre privado con deficiente supervisión y fiscalización estatal, y sus consecuencias en términos de acceso a servicios de salud adecuados y de efectos negativos sobre su educación. Los representantes de la víctima alegaron violaciones al artículo 26 de la CADH, subrayando la afectación del derecho a la salud y a la educación de la niña.

Como se advirtió, el análisis de este punto produjo una división importante de opiniones en la Corte IDH que evitó pronunciarse sobre una posible violación autónoma al artículo 26, encuadrando las afectaciones al derecho a la salud de la víctima, incluyendo la falta de supervisión y fiscalización adecuada, y las dificultades de acceso a atención de salud adecuada a sus necesidades, como afectaciones a los derechos a la vida y a la integridad física.³⁹ Ciertamente, en el análisis de estas afectaciones, la Corte IDH analizó las violaciones a los derechos a la vida y a la integridad física en una perspectiva que tiene en cuenta la interdependencia entre estos derechos y el derecho a la salud, empleando como parámetro el alcance que dan al derecho a la salud el Comité DESCONU y el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.⁴⁰ La sentencia menciona el artículo 26 en una nota a pie de página, aunque no queda claro qué función le asigna.⁴¹

Cabe agregar también que la Corte IDH consideró el agravio relativo al derecho a la educación, debido a la discriminación sufrida por la víctima en el sistema educativo a raíz de su condición de portadora de VIH/SIDA, considerando –por primera vez en su jurisprudencia– violado el artículo 13 del Protocolo de San Salvador.⁴²

33 *Ibidem*, párrs. 3-8.

34 *Ibidem*, párrs. 13-32.

35 *Ibidem*, párrs. 33-87.

36 *Ibidem*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 11.

37 *Ibidem*, voto razonado del juez Alberto Pérez Pérez, párr. 1.

38 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

39 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párrs. 167-205.

40 *Ibidem*, párrs. 172, 173, 193, 198, 199, y nota a pie 200.

41 *Ibidem*, párr. 172, y nota a pie 200.

42 *Ibidem*, párrs. 233-291.

Llamativamente, a la decisión de la mayoría de la Corte IDH se agregaron tres votos concurrentes que versan justamente sobre la aplicabilidad del artículo 26 al caso. Uno de los votos, suscrito por el juez Ferrer Mac-Gregor –y al que se adhirieron los jueces Caldas y Ventura–, afirma la aplicabilidad directa del artículo 26 y de la consecuente consideración de una violación autónoma al derecho a la salud. Otros dos votos separados, suscritos respectivamente por los jueces Sierra Porto y Pérez Pérez, sostienen explícitamente la inaplicabilidad del artículo 26, considerando que no se trata de un derecho justiciable bajo la CADH.

El voto del juez Ferrer Mac-Gregor se remite en gran medida a lo sostenido por él en su voto concurrente en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*.⁴³ Ahí se considera la posibilidad de haber abordado el derecho a la salud de manera directa, y eventualmente, haber declarado la violación del artículo 26 de la CADH,⁴⁴ y se reiteran conceptos sobre la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los DESC, y de los derechos ambientales, en el SIDH.⁴⁵

El voto concurrente del juez Sierra Porto incluye varias consideraciones para rechazar la justiciabilidad directa del artículo 26. A su juicio, el alcance de este artículo debe ser considerado a la luz de la voluntad de los Estados manifestada en la adopción del Protocolo de San Salvador, que limita la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH a la libertad sindical y al derecho a la educación.⁴⁶ Además, la redacción del artículo 26 constituiría, a su juicio, un obstáculo para la identificación clara de los derechos a los que se remitiría y a su contenido.⁴⁷ De acuerdo con su opinión, ni la interpretación evolutiva ni la aplicación del principio *pro persona* lograrían salvar este defecto.⁴⁸ Por último, el juez Sierra Porto tampoco ve ninguna ventaja especial en declarar una violación autónoma del artículo 26, frente a la vía interpretativa empleada hasta ahora por la Corte IDH, es decir, la protección de derechos sociales por conexidad con derechos civiles y políticos.⁴⁹

El juez Pérez Pérez efectúa una lectura originalista del artículo 26, al considerar que no existe en los trabajos preparatorios de la CADH evidencia de que sus redactores hubieran querido consagrar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través de los mecanismos incluidos en la CADH.⁵⁰ De acuerdo con su voto, la CADH solo reconoce, en este sentido, los derechos civiles y políticos.⁵¹ En contraste, el artículo 26 no reconocería derechos, sino que se limitaría a establecer “el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que derivan de las normas pertinentes de la Carta de la Organización de Estados Americanos [...] en la medida de los recursos disponibles”.⁵² Según esa distinción, la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH solo se referiría a los derechos civiles y políticos. Al igual que el voto del juez Sierra Porto, el juez Pérez Pérez considera que la adopción posterior del Protocolo de San Salvador es un acuerdo ulterior que demuestra la falta de voluntad de los Estados de someter los derechos sociales a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, con las excepciones mencionadas. Ello debería, a su juicio, guiar la interpretación del artículo 26.⁵³

Ambos votos coinciden en minimizar el alcance de lo dicho por la Corte IDH en la sentencia *Acevedo Buendía*.⁵⁴ Ciertamente, la infortunada redacción del artículo 26 genera dificultades hermenéuticas que deben ser enfrentadas por el intérprete. Creo, sin embargo, que la posición restrictiva de ambos

43 *Ibidem*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 15 y 21.

44 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy y otros vs. Ecuador*. EPFR. 2015, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 13-17.

45 *Ibidem*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 18-23.

46 *Ibidem*, voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, párrs. 12-19.

47 *Ibidem*, voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, párrs. 4-11.

48 *Ibidem*, voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, párrs. 15 y 21.

49 *Ibidem*, voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, párrs. 30-32.

50 *Ibidem*, voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, párrs. 19-21.

51 *Ibidem*, voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, párrs. 2-8.

52 *Ibidem*, voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, párr. 9.

53 *Ibidem*, voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, párrs. 13-14.

54 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy y otros vs. Ecuador*. EPFR. 2015, voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 10, y voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, párr. 18.

jueces sobre el tema está en franca tensión con la posición notablemente más activista asumida por la Corte IDH en muchísimos otros temas en los que –a diferencia del artículo 26–, la CADH no ofrece siquiera apoyo textual.⁵⁵ La Corte IDH jamás habría desarrollado jurisprudencia novedosa y apreciada en el mundo entero sobre todos estos temas si hubiera mantenido la posición escéptica y originalista expresada en ambos votos. En cada una de las opciones interpretativas (darle sentido al artículo o privarlo de sentido, interpretar un tratado posterior como complementario o entenderlo en sentido de restringir el alcance del artículo, acudir o no a otras fuentes para aclarar su alcance), la posición interpretativa de los jueces se inclina siempre por la negativa. El efecto de tal escepticismo es simplemente el de ignorar la existencia del artículo 26.

El debate, en todo caso, siguió abierto, ya que la mayoría de la Corte IDH no se apartó de lo dicho en *Acevedo Buendía*, y las posiciones antinómicas se limitaron a los votos concurrentes.

2.1.2. Cambio de jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH abordó y decidió finalmente de manera directa agravios fundados sobre el artículo 26 en la sentencia de fondo del caso *Lagos del Campo vs. Perú*.⁵⁶ En contraste con la timidez con la que trató el tema en casos anteriores, la Corte IDH hizo gala en esta sentencia de un temperamento activista, ya que encuadró la violación al artículo 26 por aplicación del principio *iura novit curia* –es decir, sin pedido expreso de la CIDH o de los representantes de las víctimas.⁵⁷

En el caso, la Corte IDH consideró la situación del despido injustificado de una autoridad representante de los trabajadores de una comunidad industrial (figura legal de la legislación peruana que permitía participación de los trabajadores en la propiedad, gestión y utilidades de una empresa industrial). La víctima del caso, representante obrero y presidente del Comité Electoral de la comunidad industrial, fue despedido a raíz de declaraciones dadas en una entrevista publicada en una revista en la que criticaba la convocatoria a elecciones, a su juicio irregular, llevada a cabo por miembros del Comité Electoral que representaban el interés de los patrones. La empresa despidió a la víctima alegando como causales el presunto incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo, la grave indisciplina y el “faltamiento grave de palabra” en agravio del empleador. Presentadas las acciones judiciales correspondientes, en primera instancia la justicia consideró el despido ilegal e injustificado, pero en instancias posteriores se avaló el despido. Amén de considerar violaciones a los derechos a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, a la protección judicial y a las garantías judiciales, en la sentencia, la Corte IDH –con la disidencia de los jueces Vio Grossi y Sierra Porto– encuadró bajo el artículo 26 la afectación de derechos laborales de la víctima.

En cuanto a la competencia de la Corte IDH para considerar violaciones al artículo 26, la Corte IDH se remitió a lo dicho en *Acevedo Buendía*, señalando “los términos amplios en que está redactada la Convención [los cuales] indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones”,⁵⁸ y remarcando que el artículo 26 “se ubica también, en la Parte I de [la Convención Americana] [...], titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, el Estado está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1. y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).⁵⁹ Por ende, la Corte IDH reafirmó su competencia para considerar alegadas afectaciones al artículo 26.

55 La lista es larga: el alcance de las obligaciones de prevención, investigación y sanción de toda caso de violación a los derechos establecidos en la CADH, el alcance de las obligaciones en materia de protección de la niñez, el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra ancestral de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta, el derecho a la integridad personal “en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva” y “el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico”, y la orientación sexual como factor prohibido de discriminación, entre varios otros.

56 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017.

57 *Ibidem*, párr. 139.

58 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 142.

59 *Idem*.

La segunda cuestión abordada por la Corte IDH es la de la identificación de los derechos protegidos por el artículo 26 pertinentes para el caso. La Corte IDH se centró en la posibilidad de proteger derechos laborales a partir del artículo 26; para ello, consideró la remisión del artículo a la Carta de la OEA, identificando como normas de las cuales se pueden derivar derechos laborales los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de ese instrumento. La Corte IDH acudió, a su vez, a la DADDH, como instrumento de interpretación del alcance de la remisión del artículo 26, citando su opinión consultiva sobre la *interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en la que ya había afirmado que:

[...]os Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.⁶⁰

En ese sentido, derivados los derechos laborales en los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA, la Corte IDH empleó el artículo XIV de la DADDH para especificar el contenido de los derechos protegidos, señalando explícitamente la protección del derecho al trabajo. En tercer lugar, la Corte IDH acudió a la noción de *corpus juris* en materia de derecho al trabajo, tal cual lo había hecho previamente en otras materias como la de derechos de la niñez y derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte IDH señaló que, amén de la legislación interna de varios Estados, ese derecho era reconocido, entre otros, por:

el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.⁶¹

Tomando en cuenta estas fuentes, la Corte IDH consideró que, en el caso concreto, el derecho protegido por el artículo 26 y afectado en el caso era el de la estabilidad laboral. Para establecer el alcance del derecho protegido, acudió a la doctrina del Comité DESCONU,⁶² y a estándares de la OIT.⁶³ A partir de estas fuentes, efectuó, en dos párrafos, un resumen del contenido del derecho:

[...] las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.⁶⁴

60 *Ibidem*, párr. 143, citando el párr. 43 de la opinión consultiva: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989.

61 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 145.

62 Comité DESCONU. Observación General n.º 18. *Artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 147.

63 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 148. La Corte IDH cita el Convenio n.º 158 y la Recomendación n.º 143 de la OIT.

64 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 149.

La Corte IDH aclaró también que

[...] la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.⁶⁵

Aplicando estas ideas al caso concreto, la Corte IDH concluyó que el Estado parte no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros, valorando además las consecuencias negativas que tuvo el despido sobre la vida de la víctima y su familia. En consecuencia, consideró que el Estado peruano vulneró el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la CADH, en relación con los artículos 1.1., 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.⁶⁶

Adicionalmente, la Corte IDH consideró la afectación a la libertad de asociación, consagrada en el artículo 16.1., ya que el despido se debió a una sanción contra actos realizados en cumplimiento de funciones de representante de los trabajadores de una comunidad industrial. La Corte IDH señaló que, en el ámbito laboral, la libertad de asociación no se limitaba únicamente al ejercicio de libertad sindical, “sino que se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores”.⁶⁷ Como fundamento de esta afirmación, la Corte IDH aludió a la remisión hecha por el artículo 26 de la CADH a la Carta de la OEA, que “reconoce el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”.⁶⁸ En consecuencia, constatada la afectación a la libertad sindical, la Corte IDH consideró violados tanto el artículo 16.1. como el 26 de la CADH.⁶⁹

La sentencia contiene disidencias de los jueces Vio Grossi y Sierra Porto sobre el punto, reiterando la concepción escéptica sobre el alcance del artículo 26, ya expresada previamente por los jueces Sierra Porto y Pérez Pérez en el caso *González Lluy vs. Ecuador*.

Esta sentencia constituye un cambio importante de jurisprudencia de la Corte IDH, y permite anticipar un uso más abundante del artículo 26 en su jurisdicción contenciosa. Cabe destacar el hecho de haber asumido, por primera vez, las consecuencias de haber afirmado anteriormente –en el caso *Acevedo Buendía*– que la Corte IDH tiene competencia para considerar alegadas violaciones al artículo 26 (es decir, que este artículo es justiciable bajo la jurisdicción de la Corte IDH). También valoramos positivamente el esfuerzo de la Corte IDH por derivar derechos concretos del artículo 26, tomándose seriamente la remisión que hace su texto a la Carta de la OEA, y utilizando técnicas interpretativas ya utilizadas en otros contextos por la misma Corte IDH, tales como el uso auxiliar de la DADDH, el empleo de la noción de *corpus juris* internacional en la materia, y el uso de estándares interpretativos desarrollados por otros órganos internacionales relevantes, como el Comité DESCONU y la OIT.

Dado el carácter de *leading case* de la sentencia, tal vez hubiera sido importante poner mayor énfasis en la identificación del derecho afectado, y en la determinación del alcance de las obligaciones estatales en el caso, teniendo en cuenta la novedad de la cuestión y la poco afortunada redacción del artículo 26. La elección de un derecho “a la estabilidad laboral” como derecho protegido, por ejemplo, es poco rigurosa, dado que tal terminología corresponde más bien al derecho interno que a los instrumentos internacionales mencionados por la Corte IDH. Probablemente, habría sido mejor encuadrar

65 *Ibidem*, párr. 150.

66 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párrs. 153-154.

67 *Ibidem*, párr. 158.

68 *Idem*.

69 *Ibidem*, párr. 163.

el derecho violado como el derecho a la protección contra el despido injusto, contenido tanto por el derecho al trabajo como por el derecho a justas, equitativas y satisfactorias condiciones de trabajo.⁷⁰

En sentido similar, la Corte IDH podría haber dedicado algo más de espacio a aclarar el alcance de las obligaciones generales en juego, dada la habitual confusión que causa la mención a la realización progresiva de los derechos. En el caso, la Corte IDH decidió que las obligaciones estatales eran de carácter inmediato, sin aclararlo explícitamente; habría sido importante explicar cómo llegó a esa conclusión, que no hace más que refrendar la temprana doctrina que viene sosteniendo el Comité DESCONU desde su Observación General n.º 3, de 1990, sobre la distinción entre obligaciones inmediatas y obligaciones de cumplimiento progresivo.⁷¹

También habría colaborado a la mejor comprensión de la sentencia y de los estándares que se derivan de ella, un encuadre más preciso sobre las obligaciones estatales derivadas de la conducta de privados –en este caso, de los empleadores privados–. La Corte IDH citó al pasar la noción, empleada por el Comité DESCONU, de “obligaciones de protección”,⁷² sin aclarar de dónde proviene esa distinción. La mención de la clasificación de obligaciones utilizada por el Comité (obligaciones de respeto, de protección y de satisfacción) habría permitido entender mejor el contexto y el sentido de la cita, y por ende a hacer más inteligible la doctrina derivada del caso para futuras controversias.⁷³

Se trata, en todo caso, de observaciones sobre detalles que la Corte IDH puede ir puliendo. El mérito del caso ha sido, sin duda, el de dar vida a una cláusula de la CADH que permaneció prácticamente en letargo desde el inicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Tal y como se mencionó, la nueva etapa de la jurisprudencia en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* fue reiterada meses después por la Corte IDH en el caso *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, emitida el 23 de noviembre de 2017.⁷⁴ Se trata de un caso de despido masivo de trabajadores de empresas y reparticiones estatales, en los que los representantes de las víctimas alegaron, entre otras, violaciones al artículo 26 vinculadas con el carácter injustificado de los despidos, y con la ausencia de revisión judicial efectiva y de vigencia de garantías judiciales en los procesos en los que los despidos fueron cuestionados judicialmente. La Corte IDH remitió a lo establecido en el caso *Lagos del Campo*, citando textualmente los párrs. 141 a 150 y 154 de esa sentencia.⁷⁵ En el análisis del caso concreto, decidió que, dado que “el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales”, el artículo 26 fue vulnerado al no garantizarse a las víctimas acceso a un recurso judicial efectivo ante el despido.⁷⁶ Los jueces Vio Grossi y Sierra Porto también disintieron sobre el punto en este caso, por razones similares a las expuestas en sus disidencias en la sentencia *Lagos del Campo*.

Poco agrega este caso a lo dicho en la sentencia *Lagos del Campo*. Dado que la Corte IDH eligió encuadrar el caso en cuestiones de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, tal vez hubiera sido conveniente incluir la violación al artículo 26 en su análisis de violaciones de los artículos 8 y 25,

70 Para un sumario de los estándares en la materia, ver ONU. Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Efectividad del derecho al trabajo*, A/HRC/31/32, 21 de diciembre de 2015, párrs. 51-52.

71 Comité DESCONU. Observación General n.º 3. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/3, 14 de diciembre de 1990.

72 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 147.

73 Para derechos relacionados con el trabajo ver Comité DESCONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*, párr. 22. Comité DESCONU. Observación General n.º 23. *El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, párrs. 58-60. Ver también Comité DESCONU. Observación General n.º 24. *Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 10-24, y en particular párrs. 14-22, en donde se desarrolla el alcance de las obligaciones estatales de protección frente a la conducta de las empresas.

74 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. EPFRC. 2017.

75 *Ibidem*, párr. 192.

76 *Ibidem*, párr. 193.

subrayando la interdependencia de los derechos en juego, en lugar de declarar separadamente una violación sin desarrollar cuestiones distintas a las tratadas bajo el análisis del agravio previo.

2.2. La jurisprudencia de la CIDH

También la CIDH ha considerado, en algunos casos, alegadas violaciones al artículo 26 de la CADH. De los casos publicados a partir de 1990, solo tres informes finales contienen un análisis circunstanciado de una alegada violación a esa disposición.

En el caso *García Fajardo y otros*, la CIDH consideró la afectación de derechos laborales en el marco del artículo 26 de la CADH. En el caso, 142 trabajadores aduaneros habían sido despedidos por realizar una huelga considerada ilegal. Aunque los trabajadores obtuvieron ante la Justicia sentencias favorables que ordenaban su reintegro, el gobierno incumplió con esas sentencias. La CIDH decidió que los derechos laborales estaban protegidos por el artículo 26 de la CADH:

La Comisión considera que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. Las violaciones de los derechos de los trabajadores son claras cuando se habla de los principios de legalidad y retroactividad, así como de la protección de las garantías judiciales. Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios.⁷⁷

Para apoyar su razonamiento, la CIDH acudió a la DADDH y al Protocolo de San Salvador. En cuanto al agravio concreto, la CIDH juzgó –sin entrar en mayor detalle– que las medidas adoptadas por el Estado violaron los derechos laborales de los peticionarios:

La Comisión estima que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales.⁷⁸

En el caso *Miranda Cortez y otros*,⁷⁹ la CIDH –que previamente había concedido medidas cautelares– consideró una alegada violación al derecho a la salud, encuadrada como violación al artículo 26 de la CADH. De acuerdo con los peticionantes, el Estado habría violado el derecho a la salud de las presuntas víctimas, afectadas por VIH/SIDA, por no haberles suministrado los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedir su muerte y mejorar su calidad de vida.

La CIDH ya había aceptado en el informe de admisibilidad y en la consideración de la solicitud de medidas cautelares que el artículo 26 de la CADH puede ser invocado para proteger el derecho a la salud, es decir, que el derecho a la salud es uno de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

Los peticionantes alegaron el incumplimiento de las medidas cautelares, y requirieron a la CIDH la solicitud de medidas provisionales a la Corte IDH. El Estado salvadoreño, por su parte, informó a la CIDH de los esfuerzos realizados para cumplir con las medidas cautelares, que –de acuerdo con el Estado– incluyeron la previsión de partidas presupuestarias para la adquisición de medicamentos, el establecimiento de mecanismos de coordinación técnica, el tratamiento individualizado de parte de las alegadas víctimas y la adopción de medidas educativas, de promoción de higiene y salud preventiva.

La CIDH se mostró satisfecha por los esfuerzos realizados por el Estado y señaló:

77 CIDH. Informe n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, 11 de octubre de 2001, Caso 11.381, párr. 95.

78 *Ibidem*, párr. 101.

79 CIDH. Informe n.º 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Fondo, Caso 12.249, 20 de marzo de 2009.

[...] que el Estado salvadoreño respondió a cada uno de los requerimientos con información referente a acciones concretas encaminadas a prestar la atención médica y los medicamentos que precisaban las personas incluidas en este caso. Aunque e[ra] cierto que 3 de estas personas fallecieron durante la vigencia de las medidas cautelares, la Comisión Interamericana consider[ó] que no se ha[bía] acreditado en el [...] informe que ello se hubiera debido a una negligencia imputable al Estado salvadoreño, como fue imputado por los peticionarios. Por el contrario, la información dem[o]str[ó] que el tratamiento antirretroviral no p[odía] entregarse de manera indiscriminada a todas las personas que portan el virus del SIDA, sino que depende de una evaluación médica.⁸⁰

La CIDH señaló además que el tratamiento antirretroviral no era aplicable indiscriminadamente a todas las personas infectadas con VIH/SIDA, ni existía un tratamiento único para todas ellas, apoyándose en un informe de la Organización Panamericana de la Salud.⁸¹ En cuanto al desarrollo del estándar de interpretación aplicable al artículo 26, la CIDH –apoyándose en la doctrina del Comité DESCONU y citando también el caso “*Cinco Pensionistas*” de la Corte IDH–, afirmó que:

el artículo 26 de la Convención Americana establece para los Estados partes, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal obligación implica a su vez la obligación de no adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado.⁸²

Recordó además que, de acuerdo con el Comité DESCONU, si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, y que el Estado también tiene la carga de probar que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado parte.⁸³

A la luz de esas observaciones, la CIDH consideró que el Estado tomó:

las medidas razonablemente a su alcance para ofrecer el tratamiento médico a las personas incluidas en el expediente. La CIDH estim[ó] que las acciones del Estado fueron suficientemente expeditas, dentro de las circunstancias, para cumplir dicho objetivo de manera eficaz. No e[ra] posible hablar, por lo tanto, de alguna violación directa al derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez o de las otras 26 personas identificadas en el Caso 12.249, como hubiera sucedido, por ejemplo, si se demostrara que el Estado se negó a atender a alguno de ellos. Más aun, en el desarrollo del trámite los servicios de salud salvadoreños fueron ampliando la cobertura en forma gratuita a otras personas infectadas con el VIH/SIDA, previo análisis médico. Tampoco se ha[bía] alegado que hubiera alguna regresión en el sentido de dejar de conceder algún beneficio a alguno de ellos que tuvieran con anterioridad.⁸⁴

Por ello, la CIDH decidió que no hubo violación al artículo 26 de la CADH.

En el caso *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*,⁸⁵ la CIDH consideró una alegada violación al artículo 26 referida al derecho a la seguridad social. Los peticionantes alegaban que una reforma constitucional que tuvo lugar en el Perú había convalidado reducciones en los niveles de pensiones ya otorgados, y por ende era violatoria de la prohibición de regresividad o retroceso contenida en el artículo 26 de la CADH. La CIDH analizó separadamente la aplicabilidad de

80 *Ibidem*, párr. 102.

81 *Ibidem*, párr. 103.

82 *Ibidem*, párr. 106.

83 *Ibidem*, párr. 105.

84 CIDH. Informe n.º 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Fondo, Caso 12.249, 20 de marzo de 2009, párr. 108.

85 CIDH. Informe n.º 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, 27 de marzo de 2009.

dicho artículo al derecho a una pensión de vejez, el contenido de la prohibición de regresividad o retroceso contenida en el artículo 26, y la aplicación de esos principios al caso.

Con respecto a la primera cuestión, la CIDH acudió conforme a la remisión hecha por el artículo 26 de la CADH a la Carta de la OEA, para derivar de su artículo 45 incisos b) y h) el derecho a la seguridad social. Adicionalmente, citando a la Corte IDH, señaló que para la identificación de los derechos humanos contenidos en la Carta de la OEA era necesario integrar la Carta de la OEA con las disposiciones de la DADDH –que también contiene el derecho a la seguridad social en su artículo XVI. De modo que la CIDH decidió que el derecho a la seguridad social era uno de los derechos cuyo desarrollo progresivo prescribe el artículo 26 de la CADH.⁸⁶

Con respecto a la segunda cuestión, la CIDH reiteró algunas ideas ya formuladas en el caso *Miranda Cortez y otros*. Para dilucidar el sentido del artículo 26, acudió al texto del Protocolo de San Salvador, al PIDESC, a la doctrina del Comité DESCONU, y a la doctrina de la Corte IDH expuesta en el caso “*Cinco Pensionistas*”.

Así, la CIDH señaló que:

la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención.⁸⁷

Sin embargo, la CIDH efectúa una nueva consideración, distinguiendo entre regresividad y restricción de los derechos:

140. La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El corpus iuris interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad –y la obligación correlativa de no regresividad– establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.

También aquí –como la Corte IDH en el caso “*Cinco Pensionistas*”– la CIDH parece partidaria de analizar la posible restricción de derechos individuales a la luz del alcance colectivo de la medida. Aunque el párrafo es confuso, pues comienza distinguiendo entre regresividad y restricción, pero parece confundirlos nuevamente en la oración final, la indicación del señalamiento de la CIDH también parece ir en la dirección de requerir, para dar por configurada una violación a la prohibición de regresividad o retroceso, prueba de una afectación colectiva y no simplemente de una limitación individual del derecho alegado.⁸⁸

En lo que hace al análisis concreto del caso, la CIDH consideró si la reforma constitucional fue regresiva y, en caso afirmativo, si tal regresión se encontraba justificada por razones de suficiente peso

86 *Ibidem*, párr. 133.

87 *Ibidem*, párr. 138.

88 En su voto concurrente, el comisionado Carozza se aleja de esta consideración, proponiendo un test más deferente con el Estado: si la “medida en cuestión tiene una relación racional con los esfuerzos del Estado para desarrollar progresivamente las condiciones económicas y sociales del país”. Ver CIDH. Informe n.º 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, 27 de marzo de 2009, voto concurrente del comisionado Paolo Carozza, párrs. 8-12, especialmente párr. 12.

que la hicieran compatible con el artículo 26 de la CADH,⁸⁹ por lo que analizó separadamente varias cuestiones.

Primero, consideró la eliminación de la nivelación de las pensiones con los montos percibidos por los trabajadores en actividad. Aunque la CIDH aceptó que esto pudiera implicar una disminución a futuro de los montos percibidos, afirmó que la mayoría de los pensionistas del sector público no gozaba de ese beneficio y que, por ende, los pensionistas afectados no son representativos del estado de desarrollo del derecho a la seguridad social en el Perú. La CIDH señaló que “al tratarse de un régimen cerrado, e[ra] razonable considerar que la nivelación en sí misma constituía un privilegio que por su alto costo, dificultaba mejorar progresivamente las condiciones de los pensionistas no beneficiados [por la nivelación]”.⁹⁰

Segundo, consideró si el establecimiento de un tope máximo a las pensiones era regresivo. La CIDH señaló que la creación de topes máximos a las pensiones no constituye en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope fuera manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho. En el caso, la CIDH no juzgó acreditado que el tope fuera irrazonable o que la esencia del derecho hubiera sido afectada, valorando el hecho de que el tope máximo se incrementa periódicamente. Aunque el tope máximo afectara a algunos pensionistas, que verían reducido el monto de sus pensiones, la CIDH concluyó que “al haber afectado a un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar las condiciones en el ejercicio del derecho a la pensión por parte de los demás beneficiarios, este extremo de la reforma tampoco constituyó una regresión prohibida por el artículo 26 de la Convención”.⁹¹

Tercero, la CIDH analizó otro mecanismo de reajuste incluido en la reforma: para mantener el valor adquisitivo de las pensiones a pesar de la eliminación de la nivelación, los montos de las pensiones de las personas mayores de 65 años que no superaran el tope máximo sería incrementado de acuerdo con el índice de precios al consumidor. También, aquí, la CIDH concluyó que no contaba con elementos para juzgar el mecanismo idóneo para mantener el valor adquisitivo de la pensión, y que el hecho de ser menos favorable para un grupo de pensionistas no implicaba necesariamente que la medida fuera regresiva en cuanto al grado de desarrollo general del derecho a la pensión, dado que el fin de las medidas era el de asegurar la viabilidad del sistema pensionario a futuro, y eliminar la inequidad al interior del régimen.⁹²

Por último, la CIDH consideró las disposiciones de la reforma que establecían que el monto de las pensiones de los menores de 65 años que reciban una pensión menor al tope máximo, se ajustaría periódicamente “de acuerdo a las posibilidades de la economía del Estado”. La CIDH señaló que “en principio, eliminar la salvaguardia de un reajuste periódico y obligatorio, y cambiarla por un reajuste eventual de acuerdo a la discrecionalidad del Estado, p[odía] constituir una medida regresiva”. De cualquier forma, la CIDH valoró la interpretación de esta cláusula hecha por el Tribunal Constitucional peruano, quien previamente consideró que la cláusula solo podía considerarse constitucional en la medida en que se interpretara que el reajuste periódico en intervalos de tiempo razonable era obligatoria, y que la sostenibilidad financiera del Estado era solo un criterio para establecer el monto de las pensiones. El Tribunal señaló también que controlaría la realización del ajuste en el sentido prescrito. La CIDH consideró que tal interpretación del Tribunal Constitucional era razonable y que, por ende, la norma no implicaba una regresión incompatible con el artículo 26 de la CADH.⁹³

En conclusión, la CIDH desestimó los agravios y no consideró que la reforma constitucional cuestionada violara el artículo 26 de la CADH.

89 CIDH. Informe n.º 38/09, Caso *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, 27 de marzo de 2009, párr. 141.

90 *Ibidem*, párr. 142.

91 *Ibidem*, párr. 143.

92 *Ibidem*, párr. 144.

93 *Ibidem*, párrs. 145-146.

Finalmente, la CIDH también ha considerado alegadas violaciones al artículo 26 de la CADH en diversos informes de admisibilidad, en casos cuya decisión sobre el fondo aún no ha sido emitida o publicada. En el caso *Pensionados de VIASA*, la CIDH consideró admisible una petición que versaba sobre el derecho a la seguridad social, al considerarlo protegido por el artículo 26 de la CADH.⁹⁴ En el caso *Villalobos*, la CIDH decidió admitir una petición en la que se alegaba una violación al derecho a la salud, considerando que dicho derecho también está incluido dentro del marco de protección del artículo 26.⁹⁵ En el caso de los *Buzos Miskitos*,⁹⁶ la CIDH admitió una petición en la que se alegaba el incumplimiento de obligaciones de supervisión de las condiciones de trabajo de trabajadores dedicados a la pesca submarina, pues consideró que el artículo 26 de la CADH tutela el derecho al trabajo.

En el caso *Tena Colunga*,⁹⁷ que versaba sobre alegadas violaciones a derechos laborales, la CIDH señaló que aunque era incompetente para casos expresamente previstos, sí tenía competencia para considerar violaciones al artículo 26 de la CADH, utilizando el Protocolo de San Salvador como instrumento interpretativo.⁹⁸ De todos modos, consideró inadmisibles las peticiones por juzgar que no exponían hechos que caracterizaran una violación de los derechos garantizados por la CADH.

En el caso *Cuscul Pivaral*,⁹⁹ los peticionarios invocaron el artículo 26 en relación con una alegada violación del derecho a la salud. La CIDH consideró que, pese a la modalización de las obligaciones establecidas en ese artículo en términos de progresividad, existían al menos dos supuestos en los que el derecho a la salud es inmediatamente exigible: discriminación y peligro de la vida.¹⁰⁰ En el caso concreto, juzgó que ninguno de estos supuestos resultó debidamente comprobado y, en consecuencia, consideró inadmisibles el caso respecto al agravio fundado en el artículo 26.

En años recientes, la CIDH ha mantenido esta tendencia, declarando admisibles un número considerable de peticiones sobre presuntas violaciones al artículo 26 de la CADH.¹⁰¹ En algunos casos, la CIDH ha desestimado la admisibilidad de alegadas violaciones a esta disposición por la falta de sustanciación suficiente del agravio, pero confirmando la posibilidad de considerar violaciones a ese artículo en el marco de peticiones basadas en la CADH.¹⁰²

94 CIDH. Informe n.º 69/04, *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Pensionados de la Compañía de Aviación Venezolana (VIASA)) vs. Venezuela*, Admisibilidad, Petición, Caso 667/01, 13 de octubre de 2004, párrs. 46 y 61.

95 CIDH. Informe n.º 25/04, *Caso Ana Victoria Villalobos y otros vs. Costa Rica*, Admisibilidad, Petición, Caso 12.361, 11 de marzo de 2004, párrs. 52 y 70.

96 CIDH. Informe n.º 121/09, *Caso Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos) vs. Honduras*, Admisibilidad, Petición, Caso 1186-04, 12 de noviembre de 2009.

97 CIDH. Informe n.º 44/04, *Caso Laura Tena Colunga y otros vs. México*, Inadmisibilidad, Petición, Caso 2582/02, 13 de octubre de 2004.

98 *Ibidem*, párr. 40.

99 CIDH. Informe n.º 32/05, *Caso Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH-sida vs. Guatemala*, Admisibilidad, Petición, Caso 642/05, 7 de marzo de 2005.

100 *Ibidem*, párrs. 42-45.

101 Ver CIDH. Informe n.º 19/14, *Caso Emilia Morales Campos y Jennifer Emilia Campos vs. Costa Rica*, Admisibilidad, Petición, Caso 329-06, 3 de abril de 2014, párrs. 4 y 48. CIDH. Informe n.º 35/14, *Caso Eulogia y su hijo Sergio vs. Perú*, Admisibilidad, Petición, Caso 1334-09, 4 de abril de 2014, párrs. 4 y 53. CIDH. Informe n.º 62/14, *Caso Pobladores de Quishque-Tapayrihua vs. Perú*, Admisibilidad, Petición, Caso 1216-03, 24 de julio de 2014, párrs. 4 y 37. CIDH. Informe n.º 96/14, *Caso Pueblos indígenas en aislamiento Tagaeri y Taromenani vs. Ecuador*, Admisibilidad, Petición, Caso 422-06, 6 de noviembre de 2014, párrs. 5 y 58. CIDH. Informe n.º 33/15, *Caso Pueblo U'wa vs. Colombia*, Admisibilidad, Caso 11.574, 22 de julio 2015, párrs. 4 y 47. CIDH. Informe n.º 48/15, *Caso Pueblo Yaqui vs. México*, Admisibilidad, Petición, Caso 70-06, 28 de julio de 2015, párrs. 4 y 67 (con consideraciones específicas sobre el derecho a la salud en relación con la contaminación del agua). CIDH. Informe n.º 11/16, *Caso Luiza Melinho vs. Brasil*, Admisibilidad, Petición, Caso 362-09, 14 de abril de 2016, párrs. 3 y 56. CIDH. Informe n.º 44/16, *Caso Martina Rebeca Vera Rojas y familia vs. Chile*, Admisibilidad, Petición, Caso 1558-11, 4 de noviembre de 2016, párrs. 3 y 31. CIDH. Informe n.º 79/16, *Caso Emiliano Romero Bendejú (trabajadores mineros con silicosis) vs. Perú*, Admisibilidad, Petición, Caso 1077-98 y otras, 30 de diciembre de 2016, párr. 27.

102 Ver, por ejemplo, CIDH. Informe n.º 62/12, *Caso Yenina Esther Martínez Esquivia vs. Colombia*, Admisibilidad, Petición, Caso 1471-05, 20 de marzo de 2012, párrs. 3 y 49 (declarando admisibles otros agravios pero inadmisibles en relación con el artículo 26). CIDH. Informe n.º 86/12, *Caso César Lorenzo Cedeño Muñoz y otros vs. Ecuador*, Admisibilidad, Petición, Caso 1201-07, 8 de noviembre de 2012, párrs. 4 y 41 (declarando admisibles otros agra-

3. Esbozo interpretativo

3.1. El alcance de la remisión del artículo 26 de la CADH

Sobre la competencia de la Corte IDH para considerar violaciones al artículo 26, el tenor literal de los artículos respectivos de la CADH es amplio y no contiene ninguna exclusión del estudiado artículo, ni hace distinción entre derechos de los capítulos II y III de la Parte I.¹⁰³ El artículo 62 de la CADH habla de “la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de [la] Convención” (inciso 1), y reitera que “[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido” (inciso 3). En el texto no hay exclusión alguna del artículo 26,¹⁰⁴ tampoco hace distinciones entre las normas que permiten la presentación de peticiones o comunicaciones ante la CIDH: “peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de [la] Convención por un Estado parte” (art. 44); la petición debe, para ser admisible, establecer “hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por [la] Convención” (art. 44 b); el artículo 47.1. se refiere a “una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra [la] Convención”.

Como ya he señalado, una primera dificultad interpretativa que plantea el artículo 26 consiste en que, en lugar de identificar explícitamente los derechos a los que se refiere, efectúa una remisión a las normas económicas, sociales, educativas, culturales y científicas de la OEA.¹⁰⁵ Dilucidar el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere dos pasos hermenéuticos. El primero consiste en determinar cuáles son las “normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”. El segundo, identificadas ya esas normas, consiste en determinar cuáles son los “derechos que se derivan” de tales normas. La distinción es importante, porque el texto del artículo 26 sugiere que existen normas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires que, sin consagrar directamente derechos, pueden constituir la fuente de derechos en la medida en que estos se deriven de aquellas. Como veremos, esta doble operación es necesaria en la gran mayoría de los casos, dado que el objeto fundamental de la Carta de la OEA no era el de consagrar directamente derechos para las personas, sino

vios pero considerando que no es necesario un análisis separado sobre presuntas violaciones al artículo 26). CIDH. Informe n.º 87/12, *Caso Comunidades maya Kaqchikel de los Hornos y El Pericón I y sus miembros vs. Guatemala*, Admisibilidad, Petición, Caso 140-08, 8 de noviembre de 2012, párrs. 4 y 49 (declarando admisibles otros agravios pero inadmisibles en relación con el artículo 26). CIDH. Informe n.º 28/13, *Caso Profesores de Chañaral vs. Chile*, Admisibilidad, Petición, Caso 1345-05, 20 de marzo de 2013, párrs. 6 y 49 (declarando admisibles otros agravios pero inadmisibles en relación con el artículo 26). CIDH. Informe n.º 59/13, *Caso Rocio San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Admisibilidad, Petición, Caso 212-06, 16 de julio de 2013, párrs. 4 y 93 (declarando admisibles otros agravios pero inadmisibles en relación con el artículo 26). CIDH. Informe n.º 78/14, *Caso Alejandro Ponce Martínez vs. Ecuador*, Admisibilidad, Petición, Caso 708-05, 15 de agosto de 2014, párrs. 3 y 43 (declarando admisibles otros agravios pero inadmisibles en relación con el artículo 26). CIDH. Informe n.º 19/15, *Caso Magistrados no ratificados por el CNM*, Admisibilidad, Petición, Caso 320-03 y otros, 24 de marzo de 2015, párrs. 4 y 52 (declarando admisibles otros agravios pero inadmisibles en relación con el artículo 26).

103 El título del capítulo III de la Parte I, bajo el cual se sitúa el artículo 26, es “Derechos económicos, sociales y culturales”. No encontramos en el texto de la CADH ninguna evidencia literal que permita afirmar, como lo hace el juez Pérez Pérez en su voto concurrente en el caso *Gonzales Lluy*, y el juez Vio Grossi en su disidencia parcial en *Lagos del Campo*, que la CADH reconoce los derechos del capítulo II, pero no reconoce los del capítulo III.

104 Ver, en ese sentido, Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 16: “el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones”. Ver también párrafo 97: “La Corte considera pertinente reiterar lo señalado en el capítulo III de la presente Sentencia, en el sentido de que el Tribunal es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana”. El argumento es reiterado en Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 142.

105 El el mismo sentido, ver Rossi, J. y Abramovich, V. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín, C. *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara-Universidad Iberoamericana, México 2004, pp. 457-480.

el de crear la organización y fijar sus fines, imponiendo obligaciones a los Estados.¹⁰⁶ En este sentido, puede decirse que, pese a lo escueto de su texto, es el artículo 26 de la CADH el que asigna carácter de derechos humanos a parte de las referencias normativas de la Carta de la OEA en la materia –redactadas en términos de principios, objetivos y medidas de política pública que los Estados miembros de la organización se comprometen a adoptar.

3.1.1. Paso 1: Identificación de la normativa

En cuanto al primer paso, la Carta de la OEA ofrece al menos dos niveles de normas de contenido económico, social y sobre educación, ciencia y cultura. El primero, más general, se refiere a la naturaleza y propósitos de la organización (Capítulo I) y a los principios reafirmados por sus miembros (Capítulo II). Ya en este nivel es posible encontrar objetivos de política pública que permiten derivar de ellos derechos para las personas. El segundo nivel, mucho más detallado, está constituido por aquellas normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias bajo el título “Desarrollo integral” (Capítulo VII de la Carta, arts. 30 a 52). En él se establecen, más minuciosamente, principios y objetivos de política pública en materia económica, social, educativa, científica y cultural. En la estructura orgánica de la OEA, algunos de estos objetivos se repiten al asignársele funciones al Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (Capítulo XIII de la Carta).

La vinculación entre ese primer paso –la identificación de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA– y el segundo paso hermenéutico –la derivación de derechos de esas normas– requiere “traducir” principios u objetivos de política pública en derechos. Este problema no se plantea en aquellos pocos casos en los que las normas de la Carta de la OEA reconocen directamente derechos. De todos modos, en textos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, tales como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, no es infrecuente la identificación de algunos objetivos y metas (y a veces algunas medidas concretas) de política pública ligados con derechos específicos. Así, por ejemplo, el artículo 12.2. del PIDESC y el artículo 10.2. del Protocolo de San Salvador detallan medidas y objetivos de política pública que los Estados deben cumplir en materia de salud, como correlato necesario del reconocimiento del derecho a la salud; el artículo 13.2. del PIDESC, y los artículos 13.2. y 13.3. del Protocolo de San Salvador hacen lo propio con respecto a la educación.

La existencia de una relación similar en otros instrumentos de derechos humanos entre derechos y objetivos (y medidas) de política pública, facilita la ‘derivación’ de los derechos a partir de esos objetivos y medidas de política pública, en la medida en que ofrecen el contexto hermenéutico adecuado para ‘desvelar’ aquellos derechos ‘escondidos’ detrás de las normas de la Carta de la OEA.

En todo caso, la falta de individualización concreta de derechos por parte del artículo 26 y de la mayoría de las normas de la Carta de la OEA, sumada al tenor del estudiado artículo, que prescribe al intérprete derivar derechos de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta, impone recurrir a textos auxiliares para identificar derechos cuando aparezcan objetivos o medidas de políticas públicas que sean índices de aquellos. Son textos relevantes para identificar medidas u objetivos de política pública análogos –y, a partir de ellas, ‘desvelar’ los derechos pertinentes– a los demás instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a derechos económicos, sociales y culturales. Es necesario recalcar que el mandato de “derivación” no surge del capricho del intérprete, sino de los mismos términos del artículo 26 de la CADH, de modo que acudir a otras normas de derechos económicos, sociales y culturales parece un método razonable para cumplir con ese mandato.

Esta línea de argumentación se ve suplementada por el criterio de la Corte IDH expresado en su opinión consultiva sobre la *interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del*

106 Ver, en este sentido, la posición de Cançado Trindade la cual, sin embargo, no avanza en la derivación de derechos de las normas de la Carta de la OEA como dispone el artículo 26 de la CADH. Cfr. Cançado Trindade A. “A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional”, en *Presente y futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998, p. 186.

Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, utilizado explícitamente en el caso *Lagos del Campo*.¹⁰⁷ De acuerdo con esa opinión consultiva, para identificar los derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA, es menester acudir a la DADDH.¹⁰⁸

Aunque la consideración de la Corte IDH es de carácter general, si se aplica, particularmente a las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA, se ha encontrado, al menos, uno de los instrumentos relevantes para la identificación de los derechos económicos, sociales y culturales a los que alude el artículo 26 de la CADH: la DADDH. Sin embargo, la Declaración es solo uno, pero no el único instrumento relevante para identificar (“derivar”) estos derechos de la Carta de la OEA. Como ya hemos dicho, otros instrumentos internacionales pueden ser importantes para señalar la derivación de un derecho a partir de una medida u objetivo de política pública incluidas en una norma de carácter económico, social, cultural, educativo o científico de la Carta de la OEA. Son particularmente importantes al respecto el PIDESC, el Protocolo de San Salvador, y aún otros tratados como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer y los Convenios de la OIT.¹⁰⁹

3.1.2. Paso 2: Identificación de los derechos derivados de la normativa

El segundo paso es el de la identificación de los derechos que se derivan de las normas relevantes de la Carta de la OEA. En un trabajo más extenso, en el que aplicamos las técnicas de inferencia explicadas anteriormente, hemos propuesto una lista de derechos que pueden derivarse de las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA, fundamentando detalladamente cada derivación. Por razones de espacio, nos limitamos aquí a sugerir esa lista, con mención a las normas pertinentes de la Carta de la OEA.¹¹⁰ Los derechos que pueden derivarse de las mencionadas normas de la Carta de la OEA son, a nuestro juicio, las siguientes:

107 Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, *op. cit.*, p. 338.

108 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 143. Asimismo, en la opinión consultiva sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la Corte IDH señala lo siguiente: “[p]uede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA. [...] Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.” Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89, *op. cit.*, párrs. 43 y 45.

109 La CIDH ha empleado la DADDH y el Protocolo de San Salvador para identificar los derechos tutelados por el artículo 26, *ver*, por ejemplo, CIDH. Informe n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Caso 11.381, 11 de octubre de 2001, párrs. 96-98.

110 *Ver* Courtis, C. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, C. y Rodríguez Huerta, G. (comps.) *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*. Porrúa-ITAM, México, 2005, pp.10-29. Asimismo, *ver* Melish, T. “The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions”, y Melish, T. “The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity”, ambos artículos en: Langford, M. (ed.) *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 343-344 y 375, respectivamente.

El derecho a la educación,¹¹¹ el derecho al trabajo y los derechos laborales individuales y colectivos,¹¹² el derecho a la seguridad social,¹¹³ el derecho a la vivienda,¹¹⁴ el derecho a la

111 Ver el artículo 49 de la Carta de la OEA, el cual señala lo siguiente: “[l]os Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación”. Complementariamente, varias otras normas de la Carta establecen medidas y objetivos de política pública de las que se puede derivar claramente el derecho. Así, por ejemplo, el artículo 34 h) fija como meta la “erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación”; el artículo 50 reitera el compromiso de los Estados con la erradicación del analfabetismo y con el fortalecimiento de los sistemas de educación para adultos y de habilitación para el trabajo; el artículo 47 establece que los Estados miembros “darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso”; el artículo 48 incluye entre los objetivos de la cooperación entre Estados la satisfacción de “sus necesidades educacionales”. Más genéricamente, entre los principios de la Organización, se señala que “[l]a educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz”.

112 Ver el artículo 45 de la Carta de la OEA que dedica varios incisos a las condiciones que debe reunir un “orden social justo”. Entre ellos, reconoce al trabajo como un “derecho y un deber social” y establece que su prestación debe incluir “un régimen de salarios justos, [que] aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar” (inciso b). El inciso c) establece que “[l]os empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”. El inciso d), por su parte, requiere “[j]ustos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad”. En forma más genérica, el artículo 34 g) incluye entre las metas para lograr un desarrollo integral, “[s]alarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. El artículo 45 g) recalca la importancia de la contribución de los sindicatos a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo y el artículo 46 prescribe la necesidad de armonización de la legislación social de los Estados miembros en el campo laboral y de la seguridad social, “a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos”. La Corte IDH emplea este razonamiento para identificar el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad laboral como derechos protegidos por el artículo 26. Ver Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 143.

113 Aunque no esté expresamente mencionado como derecho, varias de las alusiones —explícitas e implícitas— de la Carta de la OEA permiten derivar su reconocimiento. El artículo 45 h) incluye, por ejemplo, entre las condiciones necesarias para lograr un orden social justo el “[d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social”. El artículo 46, ya referido, prescribe la necesidad de armonizar la legislación social de los Estados miembros, en especial en el área laboral y de la seguridad social. En forma más difusa, entre los principios de la Organización, el artículo 3 j) incluye la seguridad social como base de una paz duradera. El artículo 45 b) alude implícitamente al derecho a la seguridad social: incluye dentro de las condiciones de prestación del trabajo “un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”. Es claro que la mención resaltada se refiere a las instituciones típicas de la seguridad social, que aseguran el mantenimiento de un ingreso en caso de interrupción de la prestación de trabajo (vejez, incapacidad o invalidez, desempleo, maternidad, etcétera), y se extienden además a la familia del trabajador o la trabajadora. De estas menciones, puede ‘derivarse’ un derecho a la seguridad social. Complementariamente, cabe observar también que entre los propósitos y metas más reiterados en la Carta de la OEA se encuentra la erradicación de la pobreza crítica y la mejor distribución de la riqueza y del ingreso. Así, por ejemplo, el artículo 2 g) de la Carta incluye entre los propósitos de la Organización “[e]rradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio”. El artículo 3 f) señala entre sus principios, que “[l]a eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos”. El artículo 34 de la Carta incluye entre los objetivos básicos del desarrollo integral, “la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso”. El inciso b) de ese mismo artículo especifica como meta para lograr el desarrollo integral la “[d]istribución equitativa del ingreso nacional”. De dichas menciones, puede derivarse la necesidad de una consideración amplia del derecho a la seguridad social, que incluya no solamente los regímenes contributivos, sino también los no contributivos (denominados a veces regímenes de asistencia o protección social).

114 Ver Carta de la OEA, artículo 34 incisos k) y l), que incluyen entre las metas necesarias para lograr el desarrollo integral las siguientes: “vivienda adecuada para todos los sectores de la población” (inciso k) y “condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna” (inciso l).

alimentación,¹¹⁵ el derecho a la salud,¹¹⁶ los derechos culturales,¹¹⁷ y los derechos del consumidor y usuario.¹¹⁸

Como hemos señalado antes, la jurisprudencia de los órganos del SIDH ha identificado hasta el momento, como derechos económicos, sociales y culturales derivables de las normas de la Carta de la OEA el derecho a la seguridad social,¹¹⁹ el derecho a la salud,¹²⁰ y los derechos vinculados con el trabajo.¹²¹

Queda una observación importante por hacer. La identificación de un derecho por vía de inferencia no agota necesariamente el problema de la determinación del contenido del derecho. En algunos casos, los propios objetivos y medidas de políticas públicas establecidas por la Carta de la OEA pueden fijar alguna pauta para la asignación de contenido al derecho, aunque difícilmente de manera completa. En la mayoría de los casos, sin embargo, las menciones de la Carta de la OEA apenas alcanzarán para identificar un derecho por su nombre –así, por ejemplo, el derecho a la seguridad social, a la vivienda, o a la salud. Para la determinación del contenido –es decir, el complejo de obligaciones que nacen a partir de su reconocimiento– de los derechos identificados por vía de inferencia, la base textual ofrecida indirectamente por la Carta de la OEA es en la mayoría de los casos insuficiente, y será menester, como en la operación de identificación del derecho, acudir a otras fuentes. Para ello, serán relevantes no solo otros instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, sino particularmente la interpretación que de ellos hayan realizado los órganos pertinentes de supervisión de aquellos instrumentos. Entre los documentos que pueden fungir como guía interpretativa deben señalarse la DADDH,

115 Ver Carta de la OEA, el artículo 34 inciso j), que incluye entre las metas para lograr el desarrollo integral la “[n]utrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos”.

116 Ver Carta de la OEA, artículo 34 inciso i), que incluye entre las metas para lograr el desarrollo integral la “[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”.

117 Ver Carta de la OEA, artículo 50, que prescribe que los Estados “asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población”; artículo 30, que incluye entre los campos abarcados por el desarrollo integral el cultural; artículo 31, que señala que entre los campos de la cooperación interamericana para el desarrollo integral debe comprenderse el cultural; artículo 47, que subraya que los Estados miembros “darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso”; artículo 48, que dispone que los Estados miembros “se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”, y artículo 52, que establece que los Estados miembros “acuerdan promover [...] el intercambio cultural como medio eficaz para consolidar la comprensión interamericana y reconocen que los programas de integración regional deben fortalecerse con una estrecha vinculación en los campos de la educación, la ciencia y la cultura”.

118 Aunque los derechos del consumidor no formen parte del catálogo habitual del derecho internacional de los derechos humanos, estos derechos tienen estrecha relación con derechos económicos y sociales reconocidos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho al agua o el derecho a la vivienda. Dos referencias de la Carta de la OEA resultan relevantes al respecto. En primer lugar, el artículo 34 inciso f) de la Carta de la OEA señala entre las metas básicas para lograr el desarrollo integral, la “[e]stabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social”. Más explícito aún es el artículo 39 inciso b.i), que, entre las metas para lograr la continuidad del desarrollo económico y social, incluye “[m]ejores condiciones para el comercio de productos básicos por medio de convenios internacionales, cuando fueren adecuados; procedimientos ordenados de comercialización que eviten la perturbación de los mercados, y otras medidas destinadas a promover la expansión de mercados y a obtener ingresos seguros para los productores, suministros adecuados y seguros para los consumidores, y precios estables que sean a la vez remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores”.

119 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 106. CIDH. Informe n.º 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, 27 de marzo de 2009, párr. 130.

120 CIDH. Informe n.º 25/04, *Caso Ana Victoria Villalobos y otros vs. Costa Rica*, Admisibilidad, Petición, Caso 12.361, 11 de marzo de 2004, párrs. 52 y 70. CIDH. Informe n.º 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Fondo, Caso 12.249, 20 de marzo de 2009, párrs. 77 y 79.

121 CIDH. Informe n.º 100/01, *Caso Milton Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Caso 11.381, 11 de octubre de 2001, párr. 95. CIDH. Informe n.º 121/09, *Caso Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos) vs. Honduras*, Admisibilidad, Petición, Caso 1186-04, 12 de noviembre de 2009, párr. 50.

el Protocolo de San Salvador, el PIDESC, los convenios relevantes de la OIT, y las Observaciones Generales elaboradas por el Comité DESCONU.¹²²

3.2. La aplicación de las obligaciones genéricas de la CADH al artículo 26

Una pregunta que suscita el artículo 26 de la CADH es si le son aplicables las obligaciones estatales establecidas en forma genérica en los artículos 1 y 2 de la CADH. Una lectura armónica de la CADH conduce a una respuesta afirmativa: los artículos 1 y 2 encabezan el Pacto de San José, sin que existan motivos para distinguir su aplicabilidad al Capítulo II (Derechos Civiles y Políticos) y al Capítulo III (Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El texto del artículo 1 es clarísimo al respecto: los Estados partes se comprometen a respetar “los derechos y libertades reconocidos en ella”.¹²³ La propia CADH incluye entre los derechos consagrados a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales, y el artículo 26 también se refiere a los “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la OEA”. De igual manera, la Corte IDH ha llegado a la misma conclusión.¹²⁴

Si existiera alguna duda, correspondería interpretar los artículos 1 y 2 a la luz del principio *pro persona*, reflejado en el artículo 29 de la CADH. El inciso d) prohíbe interpretar la CADH en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la D[ADDH] y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Como hemos visto, la DADDH incluye derechos económicos, sociales y culturales, y la Corte IDH prescribe su utilización para identificar los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA, de modo que excluir la aplicación de los artículos 1 y 2 al artículo 26 de la CADH significaría adoptar una interpretación que excluya o limite el efecto de la DADDH, frustrando el mandato expreso del artículo 29 inciso d).

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de los artículos 1 y 2 de la CADH a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen de su artículo 26?

Primero, es importante analizar la aplicabilidad de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que ya hemos identificado. Para entender cabalmente el alcance de estas obligaciones respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, son particularmente relevantes la Observación General n.º 3 del Comité DESCONU,¹²⁵ y los denominados Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del PIDESC,¹²⁶ y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.¹²⁷ Son igualmente aplicables, las conclusiones de la Corte IDH que desarrollan las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1. de la CADH.¹²⁸

122 Esta es justamente la labor interpretativa que hace la Corte IDH para determinar el alcance del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, citando la DADDH, tratados internacionales universales y regionales en materia de derechos sociales, normas de la OIT y el trabajo del Comité DESCONU. Observación General n.º 18, *op. cit.* Ver Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párrs. 144-145, 147-148.

123 Cfr: Abramovich, V. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998, pp. 159, 165 y 167. Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, *op. cit.*, p. 345.

124 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 100.

125 Comité DESCONU. Observación General n.º 3, *op. cit.*

126 Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht, del 2 al 6 de junio de 1986, y adoptados por la ONU. UN Doc E/CN.4/1987/17.

127 Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht entre el 22 y 26 de enero de 1997.

128 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 165. Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. F. 1989, párr. 161. Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. EP. 1994, párrs. 55-56. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, párr. 210. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 142. Como mencionamos, la Corte IDH señala esto al pasar las

Segundo, es importante analizar la aplicabilidad del principio de no discriminación a esos derechos.¹²⁹ Para mayor claridad sobre la aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales es importante revisar de la Observación General n.º 20 del Comité DESCONU.¹³⁰ También resultan aplicables todas las conclusiones de la Corte IDH relativas al alcance de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1. de la CADH.¹³¹

Tercero, es importante analizar la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26, si estos no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas y de otro carácter. Esto significa que la omisión de adoptar medidas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales supone, de por sí, una violación a la CADH aunque, como veremos, esta obligación debe modularse a tenor del contenido del artículo 26, que constituye respecto del artículo 2 un caso de *lex specialis*. Retornaremos a este punto al analizar el alcance de las obligaciones establecidas directamente por el artículo 26 en el siguiente apartado. En todo caso, es importante subrayar desde ya la necesidad de leer esa obligación en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Observación General n.º 3 del Comité DESCONU, de los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht. De igual modo, es aplicable, al artículo 26, la jurisprudencia de la Corte IDH referida al contenido de la obligación establecida por el artículo 2 de la CADH.¹³²

En el mismo sentido, también resultan aplicables, a los derechos reconocidos por el artículo 26, las obligaciones derivadas de las normas contenidas en los Capítulos IV y V de la CADH, que contienen, respectivamente, normas sobre suspensión de garantías, interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado, y sobre la correlación entre deberes y derechos.

3.3. El alcance de las obligaciones establecidas en el artículo 26 de la CADH

La cuestión del contenido de las obligaciones impuestas por el artículo 26 en materia de derechos económicos, sociales y culturales es relativamente más sencilla. Esto se debe a la fuente de la propia disposición, evidentemente, el artículo 2.1. del PIDESC. Basta transcribir esta última norma para advertir las notorias similitudes de estructura y lenguaje:

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

obligaciones de protección del Estado en materia de derecho al trabajo, sin embargo el análisis que realiza no es completo. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párr. 147.

129 El artículo 1.1. de la CADH señala lo siguiente: “[I]os Estados Partes [...] se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio [...] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

130 Comité DESCONU. Observación General n.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

131 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 53 (sobre el art. 1.1.), párr. 54 (sobre el art. 24), párrs. 53-60 (sobre la no discriminación). Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párrs. 43-55. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párrs. 82-110.

132 Ver, por ejemplo, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. 1994, párr. 36. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, párr. 97. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párr. 68. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 207. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párrs. 136-137. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párrs. 176 y 178. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001, párrs. 85 y 87.

Si se le incluye a esta disposición la expresión del artículo 26 de la CADH “que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires” –cuyo alcance ya hemos analizado–, el resto es casi idéntico. La única diferencia importante es que mientras el PIDESC se refiere al “máximo de los recursos de que disponga”, el artículo 26 de la CADH solo dice “en la medida de los recursos disponibles”.

Dada la sustantiva coincidencia entre ambas normas, es importante reiterar que, para analizar el contenido de las obligaciones establecidas por el artículo 2.1. del PIDESC y, por ende, para desentrañar el contenido de las obligaciones impuestas a los Estados partes por el artículo 26 de la CADH, es menester remitirse a la Observación General n.º 3 del Comité DESCONU, referida a la índole de las obligaciones de los Estados partes del Pacto, en el que se analizan detalladamente cada uno de los componentes de la fórmula del artículo 2.1.¹³³ Asimismo, son relevantes los ya mencionados Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht.

Cabe aquí resaltar una particularidad de la CADH: dado que la fuente del artículo 26 es el artículo 2.1. del PIDESC, que en ese Pacto –solo dedicado a derechos económicos, sociales y culturales– funge como cláusula general, es inevitable cierta redundancia con el artículo 2 de la CADH, en la medida en que este funge, en la sistemática del tratado interamericano, también como cláusula general. Esta redundancia se verifica en dos partes del artículo 26:¹³⁴ en la obligación de adoptar medidas, que dicho artículo denomina “adoptar providencias”, y en la especificación de que las medidas deben ser “apropiadas”, e incluyen las medidas legislativas u otras. La redacción de ambas disposiciones apenas difiere: el artículo 2 dispone que los Estados partes se “comprometen a adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, mientras que el artículo 26 establece que los Estados partes “se comprometen a adoptar providencias [...] para lograr [...] la plena efectividad de los derechos [...] por vía legislativa u otros medios apropiados”. Este señalamiento es importante, ya que hace plenamente aplicable, al menos en estos segmentos, la interpretación elaborada por la Corte IDH acerca del artículo 2 de la CADH.

Más allá de los segmentos redundantes, es importante analizar los elementos suplementarios que incluye el artículo 26. Como adelantamos, al analizar la aplicabilidad del artículo 2 de la CADH a los derechos que surgen del artículo 26, la norma completa de este último puede entenderse como un caso de *lex specialis* con respecto a la cláusula general del artículo 2: la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas, para lograr la plena efectividad de los derechos, es modalizada por los componentes específicos del artículo 26 cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de la Carta de la OEA.

En todo caso, para colocar en contexto la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas, para el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, vale referirse al desarrollo hecho al respecto por el Comité DESCONU en su Observación General n.º 3:¹³⁵

La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es “to

133 Comité DESCONU. Observación General n.º 3, *op. cit. Ver*, en general, Sepúlveda, M. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Intersentia, Amberes, 2003, pp. 354-358.

134 Usamos el término en estricto sentido lógico, es decir, en el sentido de repetición de la información establecida, contenida en otra proposición del mismo cuerpo normativo. *Ver*, por ejemplo, Ross, A. *Sobre el derecho y la justicia*. 5ª ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1994, p. 128. Con ello no pretendemos afirmar que la redacción del artículo 26 sea, en este punto, desafortunada o inconveniente.

135 Para un análisis detallado de estas obligaciones, *ver* Sepúlveda, M., *op. cit.*, pp. 311-378. Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, *op. cit.*, pp. 155-190. Abramovich, V. y Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Trotta, Madrid, 2004, capítulo II.

take steps”, en francés es “s’engage à agir” (“actuar”) y en español es “adoptar medidas”. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.¹³⁶

Los párrafos 3 al 7 de la Observación General n.º 3 desarrollan la noción de “medio apropiado”, y la inclusión dentro de esos medios de medidas legislativas. Los puntos más relevantes son los siguientes:

- la preferencia por las medidas legislativas (“en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables”, párr. 3).
- el hecho de que la adopción de medidas legislativas no agota el contenido de la obligaciones del Pacto (párr. 4).
- la necesidad de que los Estados justifiquen por qué consideran que las medidas adoptadas son apropiadas (párr. 4).
- la inclusión, dentro de las medidas apropiadas para hacer plenamente efectivos los derechos del Pacto, la provisión de recursos judiciales para los derechos que se consideren justiciables (párrs. 5 y 6).
- la inclusión, entre las “medidas apropiadas”, las medidas de “carácter administrativo, financiero, educacional y social” (párr. 7) y la provisión de recursos judiciales (párr. 5).¹³⁷

Veamos ahora los componentes del artículo 26 de la CADH (y del art. 2.1. del PIDESC) que modalizan la obligación de adoptar medidas apropiadas. Se trata de tres condicionantes, que analizaremos a continuación:

- la progresividad de la plena efectividad de los derechos,
- la limitación de las medidas a adoptar a los recursos disponibles,
- la obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica.

3.3.1. Principio de progresividad

Aunque a primera vista la noción de progresividad parezca otorgar a los Estados partes un margen de apreciación amplio, no ha sido este el sentido que le ha asignado el Comité DESCONU al término. Ciertamente, la noción de progresividad está ligada a la idea de gradualidad, pues tanto el artículo 26 de la CADH como el 2.1. del PIDESC reconocen que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no pueden lograrse inmediatamente, sino que requiere la toma de medidas paulatinas, en algunos casos escalonadas temporalmente, y la administración de recursos escasos, que implica la necesidad de optar entre objetivos.

Sin embargo, el Comité DESCONU ha interpretado el alcance de esta obligación en dos sentidos. En primer término, el condicionamiento de la progresividad no se aplica a todas las obligaciones que surgen del PIDESC. Esto significa que existen algunas obligaciones de cumplimiento inmediato, no beneficiadas por la deferencia temporal que ofrece la idea de progresividad.¹³⁸ Estas obligaciones de cumplimiento inmediato son la obligación de adoptar medidas, la prohibición de discriminación, y el aseguramiento de niveles esenciales de cada uno de los derechos del Pacto.¹³⁹ Entre las medidas a adoptar inmediatamente se encuentran la adecuación del marco legal a las disposiciones del Pacto, el relevamiento de información, la vigilancia efectiva y la formulación de un plan, y la provisión de recursos efectivos, incluidos los judiciales. Sobre el aseguramiento de niveles esenciales de cada derecho,

136 Comité DESCONU. Observación General n.º 3, *op. cit.*, párr. 2.

137 En este sentido, ver Principios de Limburgo, *op. cit.*, principios 16-20. Directrices de Maastricht, *op. cit.*, directriz 8.

138 Ver Principios de Limburgo, *op. cit.*, principios 8 y 22. Directrices de Maastricht, *op. cit.*, directriz 8.

139 Ver Principios de Limburgo, *op. cit.*, principios 22, 25, y 35-45. Directrices de Maastricht, *op. cit.*, directrices 9, 10, 11, 12 y 15.

baste decir que el Comité DESCONU ha articulado una definición de esos niveles esenciales en las Observaciones Generales referidas a los derechos a la vivienda, alimentación, educación, salud, agua, trabajo y seguridad social.

El Comité DESCONU también ha abordado directamente la tarea de dar contenido a la noción de progresividad. Veamos qué dice al respecto:

9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. [...] Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

Es decir, la noción de progresividad implica la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales,¹⁴⁰ y la prohibición de adoptar medidas regresivas (la llamada prohibición de regresividad). En cuanto a la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos, Hoyos señala que, sentada como parámetro, puede dar al menos lugar a cuatro situaciones:¹⁴¹ 1. la de regresión, 2. la de estancamiento, 3. la de progreso insuficiente, 4. la de progreso suficiente.

Solo la situación de progreso suficiente supondría un comportamiento conforme con el PIDESC. Sin embargo, dadas las dificultades de medición en sede judicial del progreso de todas las dimensiones de derechos que plantean facetas complejas (como los económicos, sociales y culturales), a efectos de su justiciabilidad, ha resultado más útil el desarrollo de la prohibición de regresividad, entendida como la prohibición de adoptar medidas deliberadas que supongan el empeoramiento del nivel de goce de un derecho.¹⁴²

La ventaja de la prohibición de regresividad desde el punto de vista del control judicial consiste en que evaluar la reducción del contenido normativo de un derecho producido por una medida, resulta más sencillo que evaluar sus consecuencias empíricas. Como hemos señalado, tanto la Corte IDH como la CIDH han aceptado la justiciabilidad de la prohibición de regresividad.¹⁴³

140 En el mismo sentido, ver Principios de Limburgo, *op. cit.*, principio 21: “[l]a obligación de alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos exige que los Estados partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos”.

141 Hoyos, C. *El derecho humano a la alimentación adecuada: estudio comparativo Canadá-México*. Université de Québec, Québec, 2002, pp. 124 y ss.

142 Cfr. Principios de Maastricht, *op. cit.*, principios 14 a) y e). Al respecto, ver las contribuciones reunidas en: Courtis, C. (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

143 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFR. 2009, párr.

Tal prohibición, sin embargo, no es absoluta, y si bien las medidas deliberadamente regresivas constituyen una violación *prima facie* de la CADH, corresponde al Estado demostrar que son justificables. Entre los factores que podrían justificar un retroceso con respecto a determinados titulares de derechos se encuentra la protección de los derechos de los grupos más desaventajados.¹⁴⁴

En su demanda ante la Corte IDH en el caso “*Cinco Pensionistas*”, la CIDH invocó el parámetro establecido en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador, de acuerdo con el cual la justificación de limitaciones o restricciones a los derechos incluidos en ese instrumento requiere demostrar “que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos”. De acuerdo con la interpretación de la misma CIDH, expresada en su Informe de Fondo en el caso *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*, la limitación podría justificarse si tiene el propósito de proteger a los grupos sociales que están en peor situación: es decir, tal limitación no contradiría el propósito y razón de tales derechos.¹⁴⁵ En su Informe de Fondo en el caso *Miranda Cortez*, la CIDH evoca *obiter dicta* la formulación del Comité DESCONU acerca de la carga de justificación del Estado:

si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, y que el Estado también tiene la carga de probar que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.¹⁴⁶

3.3.2. El principio de limitación de las medidas a adoptar a los recursos disponibles

Este condicionante supone, como señalamos antes, alguna diferencia de redacción entre los dos instrumentos internacionales. Mientras que en el PIDESC se habla de la obligación del Estado de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, el artículo 26 de la CADH se refiere a la obligación de adoptar providencias “en la medida de los recursos disponibles”. ¿Significa esta divergencia en la redacción alguna diferencia sustancial entre las dos disposiciones? La respuesta debe ser, nos parece, negativa. La “medida de los recursos disponibles” es justamente el “máximo de los recursos de que disponga”, no menos. Si fuese menos que el máximo, se trataría de la medida en que el Estado quisiera, discrecionalmente, dentro de los recursos disponibles. No parece ser esa la intención de la norma: la utilización de recursos para fines no prioritarios parece incompatible con el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos que surgen del artículo 26 de la CADH.

Sentada la equivalencia de las dos expresiones, veamos qué ha dicho el Comité DESCONU sobre la cuestión.¹⁴⁷ En el párrafo 10 de la Observación General n.º 3, el Comité señala, en caso de incumplimiento de las obligaciones mínimas esenciales correspondientes a cada uno de los derechos del Pacto, para probar que ello se debe a la falta de recursos, el Estado debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición. En cuanto a la falta de recursos, en el párrafo 12, el Comité DESCONU agrega lo siguiente:

De manera análoga, el Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores,

103. CIDH. Informe n.º 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Fondo, Caso 12.249, 20 de marzo de 2009, párrs. 105-106. CIDH. Informe n.º 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, 27 de marzo de 2009, párr. 139.

144 CIDH. Informe n.º 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, 27 de marzo de 2009, párrs. 143 y 144.

145 *Ibidem*, párrs. 142 y 146.

146 CIDH. Informe n.º 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Fondo, Caso 12.249, 20 de marzo de 2009, párr. 105. De todos modos, la CIDH no considera aplicable dicho estándar a los hechos del caso. La CIDH cita la fórmula del Comité DESCONU originalmente incluida en la Observación General n.º 3, *op. cit.*, párr. 9.

147 Asimismo, ver Principios de Limburgo, *op. cit.*, principios 25-34. Directrices de Maastricht, *op. cit.*, directrices 10 y 13.

se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo [...].

Se trata, claro está, de uno de los principios liminares del derecho social, que prescribe la preferencia por los grupos que no pueden satisfacer por sí sus necesidades básicas, y por los que se encuentren en peor situación.¹⁴⁸

El Comité DESCONU señala también en el párrafo 13 de la Observación General n.º 3, que la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” tenía la intención, según los redactores del PIDESC, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado, “como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales”.

El Comité DESCONU produjo además una declaración denominada *evaluación de la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles, de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”*,¹⁴⁹ en la que se refiere específicamente al tipo de criterio que adoptaría para considerar comunicaciones o peticiones en las que se debatiera la cuestión de los recursos disponibles en relación con la obligación de adoptar medidas una vez que el Protocolo Facultativo al PIDESC entrara en vigor.¹⁵⁰

Además de reafirmar algunos conceptos ya desarrollados en la Observación General n.º 3, el Comité DESCONU agregó que:

[...] cuando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes:

- a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria;
- c) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos;
- d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto;
- e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas; y
- f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.¹⁵¹

Si el Estado alega limitaciones de recursos para explicar la adopción de medidas regresivas, el Comité DESCONU señaló los siguientes criterios de evaluación, aclarando que el análisis corresponderá al contexto de cada Estado:

- a) el nivel de desarrollo del país;

148 Ver Principios de Limburgo, *op. cit.*, principios 14 y 28. Directrices de Maastricht, *op. cit.*, directrices 14 d) y g), 20 y 21.

149 Ver Comité DESCONU. Declaración sobre la *evaluación de la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”*, E/C.12/2007/1, 10 de mayo de 2007. La Corte IDH invoca esta declaración en el caso Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 108, nota al pie 88.

150 Este instrumento entró en vigor el 5 de mayo de 2013, y está depositado con el Secretario General de la ONU con el número de registro: C.N.869.2009.TREATIES-34. Para mayor información consultar el siguiente link: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en (Fecha de último acceso: 2017/11/25).

151 Comité DESCONU. Declaración sobre la *evaluación de la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”*, *op. cit.*, párr. 8.

- b) la gravedad de la violación alegada, y particularmente si la situación concierne el goce del contenido mínimo esencial del Pacto;
- c) la situación económica actual del país, en particular el hecho de que el país experimente un periodo de recesión económica;
- d) la existencia de otras exigencias graves que comprometan el empleo de los recursos limitados del Estado parte: por ejemplo, las que se deriven de un desastre natural o un conflicto armado internacional recientes;
- e) si el Estado parte ha buscado identificar opciones de bajo costo; y
- f) si el Estado parte ha buscado cooperación y asistencia o ha rechazado ofertas de recursos de la comunidad internacional destinadas a la implementación de las disposiciones del Pacto sin razón suficiente.¹⁵²

3.3.3. Obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional

El Comité DESCONU considera que acudir a la asistencia y cooperación internacional es una obligación de los Estados. Además de dedicar los párrafos 13 y 14 de la Observación General n.º 3 a la cuestión, el Comité DESCONU produjo la Observación General n.º 2, dedicada exclusivamente a la cuestión de las medidas internacionales de asistencia técnica. Tanto en la Observación General n.º 3, como en las observaciones dedicadas a desarrollar puntualmente derechos del PIDESC, el Comité DESCONU sostiene que recae sobre el Estado, en caso de falta de recursos, la demostración de que hizo esfuerzos para acudir a la cooperación internacional y que, aún así, no logró obtener los recursos necesarios.¹⁵³

152 Comité DESCONU. Declaración sobre la *evaluación de la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”*, *op. cit.*, párr. 10.

153 Asimismo, ver Principios de Limburgo, *op. cit.*, principios 29-34.

CAPITULO IV- SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 27. Suspensión de garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. Todo Estado parte [*sic*] que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n.º 68. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 166. En adelante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. En adelante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C n.º 301. En adelante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987.

Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe Anual 1985-1986.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Lawless vs. Irlanda* (n.º 3), sentencia de 1 de julio de 1961.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales**Organización de las Naciones Unidas**

ONU. Comisión DHONU. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Informe del relator especial Leandro Despouy sobre la protección de los derechos humanos bajo estados de excepción. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*. E/CN.4/Sub. 2/1997/19, 23 de junio de 1997.

ONU. Comité DHONU. Observación General n.º 29. *Estados de emergencia (artículo 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001.

Referencias académicas

RODRÍGUEZ HUERTA, G. *Tratados sobre derechos humanos. El sistema de reservas*. ITAM-Porrúa, México, 2005.

ZOVATTO G. D. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. IIDH - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990.

Otras referencias no académicas

Declaración de normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción. (Normas de Turku). Aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada posteriormente en una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo (Noruega) el 29 y el 30 de septiembre de 1994.

Contenido

1. Introducción	837
2. Condiciones para la suspensión de las obligaciones contraídas por el Estado	838
2.1. Existencia de una situación o amenaza excepcional	838
2.2. Proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis	839
2.3. Limitación temporal y geográfica de la suspensión de las obligaciones	840
2.4. Compatibilidad con otras obligaciones internacionales	840
2.5. Las medidas adoptadas no pueden ser discriminatorias	841
2.6. Alcance material de la suspensión de garantías	841
2.7. Obligación de notificar el estado de excepción	847

1. Introducción

Las disposiciones jurídicas para regular los estados de excepción tiene su origen en el derecho romano, actualmente todos los sistemas jurídicos del mundo prevén la posibilidad de que se puedan adoptar medidas especiales para hacer frente a situaciones de crisis.

El estado de excepción está regulado tanto por normas internas de los Estados, establecidas en las constituciones o normas fundamentales, como por el derecho internacional. La suspensión de garantías dentro de un estado de excepción, constituye una situación excepcional donde los Estados pueden establecer restricciones lícitas a los derechos y libertades, sin embargo, esto no implica que pueda suspenderse de manera temporal el Estado de Derecho.¹

El DIDH permite la suspensión del ejercicio de ciertos derechos en situaciones de emergencia de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del PIDCP, 27 de la CADH y 15 del CEDH. Ello explica que, tanto el derecho interno de los Estados, como el derecho internacional admiten que, en tales circunstancias, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de ciertos derechos *con la sola y única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos*.

Si bien esto podría ser una paradoja, puesto que se trata de la posibilidad legal de suspender el ejercicio de ciertos derechos como el único medio para garantizar el goce efectivo de los más elementales,² para que sea considerada legal, la suspensión queda sujeta a requisitos estrictos. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que:

[...] la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual *resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos*. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. *Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada*.³

Por ello, los Estados deberán adecuar su legislación a las normas y principios internacionales que rigen la legalidad del estado de excepción y evitar que el mismo quede al arbitrio de leyes circunstanciales; el estado de excepción deberá de tener rango constitucional y regular todas las situaciones excepcionales que podrían dar lugar a la declaración de algún tipo de limitación en el ejercicio de los derechos.

En el SIDH, el artículo 27 de la CADH reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el mismo instrumento. Por una parte, autoriza a los Estados partes a suspender de manera unilateral y temporal algunas de sus obligaciones convencionales. Por

1 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 32. En el caso de América Latina, en diversas ocasiones, el estado de excepción ha sido utilizado para el establecimiento de regímenes dictatoriales o el otorgamiento de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo.

2 ONU. Comisión DHONU. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Informe del relator especial Leandro Despouy sobre la protección de los derechos humanos bajo estados de excepción. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*. E/CN.4/Sub. 2/1997/19, 23 de junio de 1997, p. 42.

3 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, nota al pie 632. (énfasis agregado) Citando a Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. 1987, párr. 24. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 137.

otra parte, somete tanto la adopción misma de la medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias.

El artículo restringe la posibilidad de suspender las obligaciones contraídas por el Estado en la CADH, únicamente ante la existencia de una amenaza excepcional, y siempre que tal suspensión sea compatible con las otras obligaciones que le impone el derecho internacional y con el principio de no discriminación. La Corte IDH ha señalado que la prerrogativa establecida en el artículo 27.1. de la CADH debe ser ejercida e interpretada “al tenor además, de lo previsto en el artículo 29.a) de la Convención, como excepcional y en términos restrictivos”.⁴

Asimismo, en comparación con otros instrumentos, el artículo 27 de la CADH contiene un catálogo más extenso de derechos inderogables: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3 de la CADH), el derecho a la vida (art. 4 de la CADH), el derecho a la integridad personal (art. 5 de la CADH), la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6 de la CADH), el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9 de la CADH), la libertad de conciencia y de religión (art. 12 de la CADH), la protección a la familia (art. 17 de la CADH), el derecho al nombre (art. 18 de la CADH), los derechos del niño (art. 19 de la CADH), el derecho a la nacionalidad (art. 20 de la CADH) y los derechos políticos (art. 23 de la CADH). Aún más, el Pacto de San José *es el primer instrumento internacional que prohíbe la suspensión de las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos inderogables*. Como lo ha establecido claramente la Corte IDH, en su opinión consultiva *sobre el hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, esto no significa que la misma “comporte la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben cernirse”.⁵

Finalmente, el artículo 27 de la CADH impone la obligación de notificar, a través del Secretario General de la OEA, a los demás Estados partes de la CADH de las disposiciones cuya aplicación se haya suspendido, los motivos, y la fecha en la que se da por terminada dicha suspensión. Por su parte, la Corte IDH ha señalado que también deberá existir proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis, y la debida limitación temporal y geográfica de la suspensión de las obligaciones por el Estado en cuestión.

2. Condiciones para la suspensión de las obligaciones contraídas por el Estado

2.1. Existencia de una situación o amenaza excepcional

La crisis o peligro debe ser excepcional en el sentido de que las restricciones permitidas por la CADH resulten manifiestamente insuficientes para mantener el orden público, la salud o la seguridad pública. Asimismo, debe de ser actual o al menos inminente. En cuanto a sus efectos, la situación debe

4 Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 117. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 124.

5 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 24. En esta misma opinión consultiva, la Corte IDH se refirió al uso del término ‘garantías’ a lo largo del texto del artículo 27 de la CADH. El título del artículo es “Suspensión de Garantías”; el párrafo primero habla de “suspender las obligaciones contraídas”; el párrafo segundo de “suspensión de los derechos”; y el párrafo tercero de “derecho de suspensión”. Cuando la palabra “garantías” se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las “garantías judiciales indispensables”. Del análisis de los términos de la CADH en el contexto de estos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos”, ya que siendo estos consustanciales con la persona, lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.

de afectar a toda la población, a la totalidad del territorio o una parte del mismo, y constituir una amenaza a la vida organizada de la sociedad.⁶

Sin privilegiar o excluir ninguna situación en particular, el DIDH contempla la posibilidad de la suspensión de garantías para hacer frente a aquellas situaciones de emergencia que constituyan una amenaza o situación excepcional. En el mismo sentido, los diversos instrumentos internacionales no mencionan de forma taxativa las causales que autorizan la declaración, sino simplemente se limitan a establecer que las mismas constituyan un contexto excepcional para el Estado.

Con fines ilustrativos se señalan los siguientes motivos que los Estados suelen invocar para declarar un estado de excepción: amenazas a la seguridad del Estado, al orden público, a la vigencia de la Constitución y de las instituciones democráticas, existencia de actos de violencia, subversión o terrorismo, intento de golpe de Estado, asesinato de miembros del gobierno, vandalismo, ataque o amenaza de ataque del exterior (guerras), motines o rebeliones internas, etc.⁷ También se invoca, con frecuencia, la necesidad de hacer frente a calamidades públicas, catástrofes naturales (particularmente ciclones, terremotos, etc.) o provocadas por el hombre.

De forma creciente se mencionan cuestiones étnicas y/o perturbaciones internas resultantes de tensiones sociales provocadas por factores económicos vinculados a la pobreza, al empobrecimiento o a la pérdida de ventajas sociales por parte de segmentos importantes de la población.⁸ Los efectos del cambio climático, en cuanto al acceso a recursos y las condiciones sociales de la población, también pueden constituir situaciones excepcionales.

Sin embargo, la declaración de un estado de excepción no solo esta condicionada a la existencia de una situación excepcional, sino que debe de cumplir con ciertos requisitos específicos, como por ejemplo, la declaratoria oficial del estado de emergencia, la proporcionalidad de las medidas adoptadas, la temporalidad de las mismas y otras que condicionan la legalidad de la medida. Dichas limitaciones obran como garantías jurídicas para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias.

El derecho interno de los Estados debe adaptarse a los límites señalados por el mismo artículo y no suspender sus obligaciones en situaciones no contempladas por este.

2.2. Proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis

Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevaron a las autoridades internas a declarar un estado de excepción; por tanto, corresponde a estas ejercer un adecuado y efectivo control de la situación. En este sentido, el alcance de la suspensión de los derechos debe de ser proporcional a la gravedad de la crisis.

La obligación de limitar cualquier suspensión de garantías a lo estrictamente necesario según las exigencias de la situación, refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación de los derechos.⁹

La suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario para contrarrestar la situación, y resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborden los límites

6 TEDH. *Lawless vs. Irlanda* (n.º 3), sentencia del 1 de julio de 1961, p. 14, párr. 28. El peligro debe de ser de tal magnitud que ponga en peligro la vida de la nación, dichos peligros son los únicos en los cuales se autoriza la declaración de un estado de emergencia. CIDH. Informe Anual 1985-1986, pp. 177-178.

7 Durante un conflicto armado de carácter internacional o no internacional, son aplicables las normas de derecho internacional humanitario que contribuyen, junto con el artículo 27 de la CADH, a impedir el abuso de las facultades extraordinarias del Estado.

8 ONU. Comisión DHONU. Informe del relator especial Leandro Despouy. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., párr. 36.

9 ONU. Comité DHONU. Observación General n.º 29. *Estados de emergencia (artículo 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001, párr. 4.

señalados en el decreto del estado de excepción.¹⁰ En los regímenes de excepción, los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada, y corresponderá a los órganos del SIDH, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria.¹¹

Habida cuenta de que el artículo 27.1. contempla distintas situaciones, y dado además que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben de ser ajustadas a las exigencias de la situación en cuestión, resulta claro que lo permisible en una de ellas podría no serlo en otras. De tal manera que la adecuación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la situación, deberá analizarse caso por caso.

La legalidad de las medidas que se adopten dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.¹²

La proporcionalidad de las medidas guarda una relación directa con la duración, el ámbito geográfico y alcance material del estado de excepción.

2.3. Limitación temporal y geográfica de la suspensión de las obligaciones

La limitación temporal se encuentra implícita en la naturaleza misma del estado de excepción. Es fundamental señalar una limitación en el tiempo de la duración de la medida para evitar que la misma se convierta en una situación permanente.

Antes de la entrada en vigor de la CADH, la CIDH –basándose en las obligaciones contenidas en la DADDH– afirmó el principio de temporalidad en diversas ocasiones, al denunciar la aplicación rutinaria del estado de excepción en países como Haití (informe especial de 1979) y Paraguay (visita *in situ* de 1965), y recomendar el levantamiento del estado de excepción con respecto al Uruguay (informe anual de 1980) y Argentina (informe especial de 1980).¹³

En cuanto a la limitación geográfica, si bien no se desprende del texto del artículo 27 de la CADH, la misma debe de entenderse incluida en el contexto de la exigencia de proporcionalidad de las medidas. En el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH –siguiendo al Comité DHONU– adoptó el criterio de que todo estado de emergencia debe de cumplir con los requisitos de “duración, [...] ámbito geográfico y [...] alcance material”.¹⁴

2.4. Compatibilidad con otras obligaciones internacionales

Este requisito busca compatibilizar las diversas normas internacionales que regulan la materia, puesto que un mismo Estado puede ser parte de varias convenciones, universales y regionales que regulan los estados de excepción. La frase “demás obligaciones que impone el derecho internacional”, en el artículo 27 de la CADH, abarca las obligaciones convencionales y consuetudinarias impuestas tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho humanitario. Los Estados no pueden invocar el artículo 27 de la CADH como justificación de actos que violan, por ejemplo, el derecho humanitario o las normas imperativas de derecho internacional, entre ellos la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.¹⁵

10 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 38. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 99.

11 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 47.

12 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 22.

13 ONU. Comisión DHONU. Informe del relator especial Leandro Despouy. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*, *op. cit.*, párr. 72.

14 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 48. En dicho asunto, la Corte IDH determinó que el Decreto n.º 86 que establecía un estado de emergencia era incompatible con las obligaciones del artículo 27.1. de la CADH, ya que “no fijó un límite espacial definido [...] tampoco determinó un límite temporal [...] ni estableció los derechos que serían suspendidos, es decir el alcance materia de la suspensión”.

15 *Cfr.* ONU. Comité DHONU. Observación General n.º 29, *op. cit.*, párr. 11.

Los tratados de derechos humanos y el derecho humanitario¹⁶ reconocen un núcleo inderogable de derechos, el cual, como señalamos al inicio, en el caso de la CADH es mucho más amplio. Este conjunto de derechos comunes al sistema internacional de protección de los derechos humanos y al derecho humanitario está compuesto por el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tortura, tratos, o penas crueles inhumanos y/o degradantes, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y la irretroactividad de la ley penal.

Por otro lado, dado que ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos no contemplan cláusula de suspensión alguna, sus obligaciones seguirán vigentes aun en el caso de suspensión de algunas de las obligaciones de la CADH. Tal es el caso del CAT, la CEDAW, la CDN; y, dentro del SIDH, tratados como la CIDFP, el Protocolo a la Convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, por citar algunos ejemplos.

Asimismo, los Estados deben de tomar en cuenta la codificación de los crímenes de lesa humanidad, ya que ciertas violaciones a los derechos humanos pueden ser definidas como crímenes de tal naturaleza y, en tal caso, un Estado no puede justificar su violación como consecuencia de la declaración de un estado de excepción.¹⁷

2.5. Las medidas adoptadas no pueden ser discriminatorias

El artículo 27.1. de la CADH, al igual que el artículo 4 del PIDCP, exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. El hecho de que la prohibición de discriminación no figure entre aquellos derechos no susceptibles de suspensión, a los que se hace mención expresa en el párrafo 2 del artículo 27, no constituye un obstáculo para considerarlo implícitamente inderogable, ya que el mismo artículo condiciona la legalidad de la suspensión al respeto del principio de no discriminación.¹⁸

Igualmente, la Corte IDH ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *jus cogens*, por lo que no puede ser suspendido ni derogado.¹⁹

2.6. Alcance material de la suspensión de garantías

El objetivo y fin de los tratados de derechos humanos no es el intercambio recíproco de derechos y obligaciones entre los Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos. Al aprobar dichos tratados, los Estados se someten a un orden legal por el bien común, asumiendo obligaciones no en relación con otros Estados sino con los individuos bajo su jurisdicción.

16 El contenido del artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, constituye un mínimo normativo aplicable a cualquier tipo de conflicto armado; normativamente esta protección se expresa en la “cláusula martens”. El Protocolo II, que regula los conflictos armados de carácter no internacional contiene prácticamente todos los derechos irreducibles del PIDCP, los cuales son prescripciones con valor universal, oponibles a los Estados inclusive en ausencia de toda obligación convencional o de todo compromiso expreso de su parte, pudiéndose inclusive admitir como parte del *jus cogens*. Asimismo, *cfr. Declaración de normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción*. (Normas de Turku). Aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada posteriormente en una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo (Noruega) el 29 y el 30 de septiembre de 1994.

17 La protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprenden elementos que deben respetarse en toda circunstancia, esto se refleja en la prohibición del genocidio. Asimismo, la deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, por expulsión u otros actos coercitivos constituye un crimen de lesa humanidad.

18 La Corte IDH se ha pronunciado en diversos casos sobre la ilegalidad de una distinción arbitraria, es decir, aquella carente de justificación razonable y objetiva, lo cual constituye discriminación. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 89. Sobre el alcance del concepto de discriminación, *ver* el comentario al artículo 24 (igual protección de la ley) a cargo de Uprimny y Sánchez.

19 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 101.

Así, la CADH establece distintos supuestos para la restricción, limitación o suspensión de los derechos y libertades por parte del Estado, atendiendo a la naturaleza del derecho o libertad en cuestión: 1. derechos que pueden ser objeto de limitaciones o restricciones, siempre y cuando se cumplan las condiciones que exige la propia CADH; 2. derechos que pueden ser suspendidos en la medida que se dé cumplimiento a los requisitos de forma y fondo que exige el artículo 27 de la CADH; y 3. derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso y son considerados inderogables.²⁰

En las siguientes secciones, analizaremos las acciones que los Estados pueden emprender con respecto a los grupos 2 y 3 de derechos, mencionados en el párrafo anterior.

2.6.1. *Derechos que pueden ser suspendidos*

A pesar de que un derecho pueda ser suspendido conforme al artículo 27 de la CADH, el Estado tiene la obligación de demostrar que las medidas adoptadas para hacer frente a la situación son legales y legítimas (atendiendo a un test de necesidad y proporcionalidad).

Los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH sobre la suspensión de derechos en estados de excepción se han centrado, principalmente, en el análisis del artículo 7 de la CADH (derecho a la libertad personal). Esto debido a las numerosas sentencias en donde la Corte IDH ha analizado el alcance de las leyes antiterroristas promulgadas en el Perú. Dichos desarrollos –que iniciaron en la década de los 90 y continúan hasta nuestros días–, arrojan importantes criterios que pueden ser empleados para determinar si la suspensión de otros derechos o libertades es conforme a la CADH.²¹

2.6.1.1. *Análisis de la legalidad de la suspensión*

En el caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, de 2015, la Corte IDH analizó la legalidad de la detención del señor Galindo. Los hechos del caso sucedieron durante la prorrogación de un estado de emergencia proclamado en el Perú. El señor Galindo, quien era funcionario judicial, se había sometido voluntariamente a la Ley de Arrepentimiento, la cual establecía un procedimiento especial para quienes brindaran información a las autoridades sobre organizaciones terroristas a cambio de beneficios. El señor Galindo había estado, al menos, 30 días en un cuartel bajo custodia de autoridades estatales.

La Corte IDH señaló que, de acuerdo con el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Arrepentimiento, las autoridades estaban autorizadas a adoptar todas las medidas necesarias para ubicar y mantener al solicitante de los beneficios de la Ley en “un ambiente especial o su domicilio”, según fuera el caso.²²

Antes de entrar al análisis de la detención, la Corte IDH –con base en los alegatos señalados tanto por el Estado como por la CIDH– determinó el cuerpo normativo aplicable al momento de los hechos: 1. identificó las normas constitucionales que seguían vigentes, 2. el decreto que prorrogó el estado de emergencia por sesenta días y otro que le otorgó a las Fuerzas Armadas competencia para asumir el control del orden interno, 3. la Ley de Arrepentimiento, y 4. el reglamento de dicha Ley. De esta manera, para determinar la legalidad de la detención del Sr. Galindo *no bastaba con considerar la suspensión de garantías, sino que se debía atender a todo el marco normativo vigente, a fin de identificar las garantías que quedaron suspendidas, las facultades que se otorgaron a los poderes para hacer frente a la situación de emergencia, y aquellas que seguían vigentes*, lo cual podía estar regulado en diversas disposiciones.²³

20 Zovatto, G. D. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. IIDH - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, p. 128.

21 Para un mayor análisis sobre el alcance del artículo 7, ver el comentario a esta disposición a cargo de Casal.

22 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 189.

23 *Ibidem*, párrs. 187-188. Así lo estableció la Corte IDH: “[...] el Decreto Supremo n.º 084 DE/CCFFAA [...] suspendió la garantía contemplada en el artículo 2 inciso 24, apartado f) constitucional. El mismo establecía la necesidad de que toda detención, para ser lícita, fuera hecha ‘por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito’. No obstante, no surg[ía] del texto del Decreto Supremo n.º 084 DE/CCFFAA la suspensión total o parcial de otras normas, y ello tampoco fue indicado por el Estado, los representantes o la Comisión.

A partir del análisis normativo, la Corte IDH identificó que la siguiente garantía constitucional estaba vigente: “nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.” Por tanto, concluyó que la falta de registro de la privación de la libertad hizo que la detención del señor Galindo fuera ilegal.

Asimismo, enfatizó que ese deber surgía tanto de una norma interna que no se encontraba suspendida, como de su jurisprudencia constante,²⁴ y aclaró que la aplicación del artículo 40 del Reglamento de la Ley de Arrepentimiento no subsanaba dicha ilegalidad.²⁵ Finalmente, la Corte IDH estableció que hubo un periodo en el que el señor Galindo estuvo privado de la libertad sin que existiera base normativa para ello, lo cual también hizo que su detención fuera ilegal.²⁶

2.6.1.2. Análisis de la legitimidad de la suspensión

2.6.1.2.1. Criterios generales para determinar la necesidad y proporcionalidad de la suspensión

La Corte IDH ha señalado que: “la suspensión de ciertos derechos no implica que los mismos son completamente inaplicables. Por consiguiente, aún bajo la vigencia [de la] suspensión de garantías es necesario analizar la proporcionalidad de las acciones adoptadas por las autoridades estatales[...]”.²⁷ Para analizar dicha proporcionalidad ha establecido los siguientes parámetros: 1. la finalidad de la medida debe ser compatible con la CADH; 2. debe ser idónea para cumplir el fin perseguido; 3. debe ser necesaria, es decir, “absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido”; 4. debe ser estrictamente proporcional “de forma tal que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”, y 5. deberá contener una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas, pues de no ser así será arbitraria.²⁸

En el mencionado caso *Galindo Cárdenas*, las autoridades peruanas argumentaron que el “alojamiento” del señor Galindo durante 30 días aproximadamente en un cuartel bajo custodia de autoridades estatales, había sido necesario.²⁹ Debido al estado de emergencia al momento de los hechos, el Estado señaló que suspendió determinadas garantías respecto a medidas de privación de libertad, y afirmó que el señor Galindo fue privado legalmente de la libertad al haberse sometido voluntariamente a los beneficios de la Ley de Arrepentimiento; asimismo, que dicha detención había tenido la finalidad de proteger su vida e integridad frente a los riesgos existentes.³⁰

De este modo, dado que las partes y la Comisión indicaron la existencia y relevancia de otras normas, no basta con considerar la suspensión de garantías para concluir la legalidad del hecho de que el señor Galindo permaneciera bajo custodia de autoridades estatales pese a no haber sido detenido en delito flagrante ni por orden judicial. Al respecto, se destaca que el propio Estado indicó la pertinencia en el caso de la Ley de Arrepentimiento y su reglamento”. *Ibidem*, párr. 191.

24 Al analizar el registro de la detención en el caso *Espinoza González vs. Perú*, la Corte IDH señaló que “si bien la detención se realizó el 17 de abril de 1993 el ingreso había sido registrado recién dos días después de esta, y sin que se haya señalado con claridad las causas de la detención, quién la realizó ni la hora de detención. Por tanto, la Corte determin[ó] que la falta de un registro adecuado de la detención [...] constitu[ía] una violación del derecho consagrado en el artículo 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento [...]”. *Ver* Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 123.

25 Cfr. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 197.

26 *Ibidem*, párr. 195.

27 *Ibidem*, párr. 201. (notas al pie omitidas) Citando a: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 141. Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 132.

28 Cfr. *Ibidem*, párr. 198. (notas al pie omitidas)

29 *Ibidem*, párr. 180.

30 *Ibidem*, párr. 174.

A pesar de los argumentos del Estado, la Corte IDH concluyó que:

No ha[bía] sido allegada prueba alguna que evidenci[ara] la existencia de un acto que diera cuenta de una *motivación suficiente sobre las supuestas finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la privación de libertad* que sufrió el señor Galindo. En efecto, de las actas de 15 de octubre de 1994 sólo surg[ía] que el señor Galindo “solicit[ó] las garantías del caso para su seguridad personal y de su familia”. La “solicitud” indicada no señal[aba] que el señor Galindo requiriera ser privado de su libertad física. Aun asumiendo que el texto transcrito refleja[ra] la verdad de lo ocurrido, *el mismo no e[ra] base suficiente para dar cuenta de la supuesta necesidad de la medida, en tanto no explica[ba], como tampoco lo h[izo] ningún otro medio de prueba allegado a la Corte, por qué habría resultado preciso que el señor Galindo se viera privado de la libertad*. Por lo tanto durante todo el tiempo que duró la privación de la libertad del Sr. Galindo, la misma resultó arbitraria.³¹

2.6.1.2.2. El análisis del control judicial a la luz de la prohibición de detenciones arbitrarias

Durante estados de emergencia en donde se suspendan las garantías que regulan el derecho a la libertad personal, el Estado deberá demostrar la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, pues de no ser así, las detenciones que se efectúen se tornarán arbitrarias. Particularmente, la Corte IDH se ha referido a la importancia de mantener controles judiciales adecuados que puedan examinar las actuaciones de los órganos del Estado; y si bien no ha declarado la inderogabilidad del derecho a contar con dichos controles judiciales, su jurisprudencia constante ha desarrollado, paulatinamente, un estricto test para determinar la necesidad y proporcionalidad de la suspensión de esa garantía.

En 1992, en el Perú se expidieron los decretos leyes n.º 25.475 y n.º 25.744 relativos al delito de terrorismo y traición a la patria. El primero de ellos dispuso, en su artículo 12.c), que una persona presuntamente implicada en el delito de terrorismo podía ser mantenida en detención preventiva por un plazo no mayor de 15 días naturales, con cargo de dar cuenta dentro de 24 horas al Ministerio Público y al juez penal. De acuerdo con el artículo 2.a) del segundo Decreto Ley, el mencionado término de 15 días podía ser prorrogado por un periodo igual sin que la persona fuera puesta a disposición de autoridad judicial.³²

En sus primeros casos sobre el análisis de esta legislación, la Corte IDH concluyó que la misma contradecía lo dispuesto por el artículo 7.5. de la CADH,³³ y consideró que el periodo transcurrido desde la detención, y hasta la fecha en que las víctimas habían sido puestas a disposición judicial, había sido excesivo y contrario a la CADH.³⁴ Posteriormente, en el caso *J. vs. Perú*, de 2013, la Corte IDH ahondó en el criterio de la necesidad y proporcionalidad de las medidas tomadas, y recalcó la relevancia de los controles judiciales:

[...] está demostrado que la señora J. no fue presentada ante un Juez por al menos 15 días [...], sin que consten en el expediente razones fundadas para demorar ese tiempo en someter la detención de la señora J. ante un juez. [...] [I]ncluso bajo suspensión de garantías, debe analizarse la proporcionalidad de que la señora J. permaneciera detenida al menos 15 días sin ninguna forma de control judicial, teniendo en cuenta que fue detenida sin que mediara orden judicial. *En casos como el presente, donde la detención inicial se realizó sin orden judicial, la presentación ante un Juez es particularmente importante.*

31 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 199. (énfasis agregado)

32 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 130. (notas al pie omitidas)

33 Esta disposición establece que: “[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

34 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 110-111. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. F. 2000, párr. 73. Las víctimas habían sido detenidas por 36 días aproximadamente.

Por tanto, la Corte IDH estimó que:

[...] las medidas tomadas en el [...] caso no fueron las “estrictamente necesarias”. En particular, la Corte resalt[ó] que la suspensión de ciertos aspectos del derecho a la libertad personal no puede significar que las acciones estatales puedan anular los controles jurisdiccionales sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones [...]. En consecuencia, [...] consider[ó] que la falta de presentación “sin demora” de la señora J. ante un juez no se justific[ó] por la suspensión de garantías existente en el presente caso, por lo que fue arbitraria y por tanto el Estado violó el artículo 7, incisos 1, 3 y 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la Convención.³⁵

En 2015, en el caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, la Corte IDH no solo analizó los decretos ley, sino también el Reglamento de la Ley de Arrepentimiento,³⁶ el cual disponía en su artículo 14 que “la declaración [del solicitante de los beneficios de la Ley de Arrepentimiento] debía realizarse necesariamente ante el representante del Ministerio Público”. El Estado señaló que podía determinar las medidas necesarias para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público, por lo cual había establecido ese procedimiento.³⁷

La Corte IDH estimó que si bien Perú había hecho referencias generales a la “seguridad nacional” y al “orden público”, no se había acreditado en el caso la necesidad de omitir la intervención de órganos con funciones judiciales en el control de la privación de la libertad del señor Galindo, durante todo el tiempo que duró la privación. Por tanto, “el Estado violó el artículo 7.5. de la Convención. Además, dada la falta de acreditación de la necesidad de la omisión establecida, la misma [implicó] también una conducta estatal arbitraria respecto de la privación de la libertad, en vulneración del artículo 7.3. de la Convención”.³⁸

2.6.1.3. Análisis de otras garantías que regulan la detención

Durante un estado de emergencia, los Estados deben velar por el cumplimiento y aplicación de las garantías que continúan vigentes conforme a su legislación interna, y aquellas consagradas en la CADH.

En el caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, la Corte IDH concluyó que el Estado había violado su deber de informar sobre las razones de la detención a Gladys Espinoza conforme al artículo 7.4. de la CADH. La Corte IDH aclaró que, en caso de que se alegara la violación de esa disposición, los hechos debían ser analizados no solo bajo el derecho interno, sino también bajo la normativa convencional.³⁹ La Corte IDH señaló que había sido mediante un interrogatorio y en el marco de la investigación policial, que la víctima “tuvo conocimiento de las razones de su detención, sin que se t[uviera] certeza sobre el momento específico ni las circunstancias en que [eso] ocurrió”.⁴⁰ La Corte IDH señaló que la víctima debía ser notificada:

[...] inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención, incluyendo los cargos, los hechos y su base jurídica, en un lenguaje simple y libre de tecnicismos, [y que en el caso] recién un día después de [la detención de la víctima] se le notificó solamente que se encontraba detenida para el esclarecimiento de delito de terrorismo.⁴¹

35 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 144.

36 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 204.

37 Cfr. *Idem*. La CIDH, por su parte, vinculó la violación del artículo 7.5. de la CADH con el artículo 12.c) del Decreto-Ley que establecía el requisito de informar al juez cuando se dispusiera la detención de una persona, y señaló que la legislación antiterrorista había consagrado un amplio margen de atribuciones sin control legal o jurisdiccional alguno, en referencia a las “funciones policiales en las investigaci[ones] preliminar[es] sobre terrorismo”. Cfr. *Idem*.

38 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 205.

39 Cfr. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015

40 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

41 *Idem*.

Siguiendo esta línea, en la mencionada sentencia *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, la Corte IDH identificó las normas que seguían vigentes durante el estado de excepción, y determinó violaciones a diversas garantías consagradas en la CADH. En primer lugar –al igual que en el caso *Espinosa González*– concluyó que el Estado había incumplido con el deber de informar las razones de la detención,⁴² lo cual, a su vez, había tenido un impacto directo en el derecho de defensa del señor Galindo, por lo que el Estado vulneró los artículos 7.4., 8.2.b., y 8.2.c. de la CADH. En segundo lugar, la Corte IDH concluyó que el Estado había violado el derecho del señor Galindo a recurrir la legalidad de la detención ante un juez o tribunal competente consagrado en el artículo 7.6. de la CADH.⁴³

2.6.2. Derechos inderogables

En cuanto a los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, existen dos interpretaciones sobre su consagración en los tratados internacionales. La primera es que la derogación de estos derechos no puede justificarse como una necesidad en una situación de emergencia pública. La segunda es que son ‘derechos núcleo’, y por tanto, al no ser derogables, pertenecen al objeto y fin del tratado. Esta segunda aproximación ha sido confirmada por la Corte IDH, quien en una opinión consultiva señaló que: “[...] toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe de ser considerada incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia no autorizada por esta”.⁴⁴

Con base en ese criterio se concluye que la suspensión de determinados derechos no puede efectuarse con o sin reserva, toda vez que dicha suspensión será en contra del objeto y fin del tratado mismo. Este criterio de la Corte IDH conecta los principios de inderogabilidad y el de incompatibilidad, estableciendo con ello que los derechos no suspendibles o inderogables pertenecen al *jus cogens*.⁴⁵ Por ello, consideramos que la consagración de cierto derecho como no suspendible por los tratados de derechos humanos responde a ambas interpretaciones.

En cuanto a la cantidad de derechos señalados como inderogables, la CADH es –frente al PIDCP y el CEDH–, sin duda alguna, el instrumento internacional ‘más protector’ al extender la prohibición absoluta de suspensión a un mayor número de derechos.⁴⁶ En palabras de la Corte IDH:

[...] el artículo 27.2. dispone, como se ha dicho, límites al poder del Estado Parte para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia y al incluir “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.⁴⁷

2.6.3. Garantías judiciales indispensables

Las garantías judiciales indispensables deben de subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas durante los estados de excepción.⁴⁸ Asimismo, la determinación de qué garantías judiciales son ‘indispensables’ para la protección de los derechos que

42 Cfr. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 211-217.

43 Cfr. *Ibidem*, párrs. 220-226.

44 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983, párr. 61.

45 Rodríguez Huerta, G. *Tratados sobre derechos humanos. El sistema de reservas*. ITAM-Porrúa, México, 2005, párr. 58.

46 La CEDH prohíbe la suspensión de cuatro derechos: derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura ni a penas ni tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, derecho a no ser sometido a esclavitud y servidumbre, principio de irretroactividad de la ley y la pena más favorable. Por su parte, el PIDCP prohíbe la suspensión de siete derechos: derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura ni a penas ni tratamientos inhumanos y degradantes, derecho a no ser sometido a esclavitud y servidumbre, principio de irretroactividad de la ley y la pena más favorable, derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no cumplir con una obligación contractual, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Por su parte, la CADH prohíbe la suspensión de once derechos.

47 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 23. (énfasis agregado)

48 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987, párr. 21. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 99.

no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados; pues aquellas que resulten necesarias para asegurar los derechos relativos a la integridad, o libertad de la persona,⁴⁹ necesariamente difieren de las que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre.⁵⁰

De acuerdo con la Corte IDH, las garantías tienen que ser *judiciales e idóneas*, y deben garantizar el ejercicio de los derechos a los que se refiere el artículo 27.2. de la CADH. En un Estado de Derecho, es fundamental el control de la legalidad –por parte de un órgano judicial independiente e imparcial– de los actos que se realicen bajo una suspensión de garantías.

Las garantías judiciales en el artículo 27.2. de la CADH son indeterminadas, en primer lugar, por la diversidad de garantías judiciales existentes en el continente y, en segundo lugar, por el distinto tipo de protección jurisdiccional a que responden los distintos tipos de derechos protegidos por dicho artículo. Sin embargo, dichas garantías judiciales no pueden entenderse y ejercerse sin el cumplimiento del “debido proceso legal” consagrado en el artículo 8 de la CADH. Por lo que el debido proceso legal no podrá suspenderse en cuanto constituye una condición necesaria para que los instrumentos procesales, regulados por la CADH, puedan considerarse como garantías judiciales, como sería el caso del amparo y el hábeas corpus.⁵¹

El hábeas corpus constituye el medio idóneo para garantizar tanto la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo; a través de dicho recurso, la presentación del detenido ante el juez permite a este la constatación de la legalidad de la detención, y protegerlo contra la tortura u otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Es por ello que constituye el recurso idóneo para la protección de una buena parte de los derechos protegidos por el artículo 27.2.

2.7. Obligación de notificar el estado de excepción

La notificación es un requisito indispensable que habilita a los Estados a recurrir a las normas internacionales para suspender ciertos derechos en circunstancias excepcionales. La obligación de la notificación del artículo 27.3. de la CADH constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva, cuyo objetivo y fin es la protección del ser humano. Asimismo, es una medida de publicidad que tiene la función de informar a la comunidad internacional de la imposibilidad de cumplir con ciertas obligaciones de manera excepcional y transitoria; constituye una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías, y permite a los otros Estados partes apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la CADH. Por ende, la falta de este deber de información implica el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 27.3. de la CADH.⁵²

Los Estados partes de la CADH se han comprometido a observar un régimen específico de notificación internacional: la comunicación del establecimiento de un estado de excepción a los demás Estados se hace por conducto del Secretario General de la OEA,⁵³ y deberá de reunir los siguientes requisitos: 1. debe ser inmediata; 2. debe señalar de manera expresa las disposiciones que se suspenden; 3. debe

49 La Corte IDH ha señalado que, para verificar la legalidad de una detención basada en la suspensión de la libertad bajo un régimen de excepción, se deberán observar las garantías judiciales indispensables contenidas en los artículos 7.6. y 25.1. de la CADH. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párrs. 49 a 55. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. F. 2000, párr. 107.

50 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. F. 1997, párr. 28.

51 En procedimientos contenciosos recientes ante la Corte IDH, la CIDH ha sostenido que el debido proceso es aplicable “en lo esencial, a todas las garantías judiciales convencionales aún bajo el régimen de suspensión regulado en el artículo 27 [de la CADH]”. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 168. Sobre el alcance del hábeas corpus, ver el comentario al artículo 8 (garantías judiciales) a cargo de Ibáñez.

52 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007, párr. 70.

53 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 124. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 117.

expresar las razones que motivan dicha suspensión; y 4. deben notificar por el mismo conducto el levantamiento del estado de excepción.

Es interesante señalar que la Corte IDH ha hecho referencia explícita a esta importante obligación estatal, y ha establecido su incumplimiento cuando no se ha hecho,⁵⁴ no así ha declarado la violación directa del artículo 27 de la CADH en los puntos resolutivos de la sentencia. Esto nos permite inferir que el artículo 27 establece un parámetro de actuación, que regula la legalidad del ejercicio de la facultad del Estado de suspender garantías. De esta forma, la naturaleza jurídica de esta disposición es principalmente de regulación, y en tal sentido distinta al resto de las obligaciones contraídas en las otras disposiciones de la CADH, principalmente las de los capítulos I (enumeración de deberes) y II (derechos civiles y políticos) de la primera parte de la CADH.

54 En el caso *J vs. Perú*, la Corte IDH constató que “al momento de la detención de la Sra. J. estaba vigente un decreto de suspensión de garantías para los detenidos, implicados o procesados por delitos de terrorismo, la Corte IDH señaló que no constara que se hubiera informado inmediatamente a los demás Estados partes en la [CADH], por conducto del Secretario General de la [OEA], de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que se hubiera dado por terminada tal suspensión”, y que no constaba que en el caso se hubiera cumplido con ese deber”. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párrs. 72, 124. En contraste, en el caso *Espinosa González vs. Perú*, cuyos hechos se enmarcan también a principios de la década de los 90, en aplicación del decreto que suspendía garantías durante la lucha contra el terrorismo en aquel país, la Corte IDH señaló que del acervo probatorio constaba que por “nota de 12 de julio de 1993 la Representación Permanente del Perú ante la (OEA) habría remitido únicamente a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana, ‘copia de los Decretos Supremos promulgados por el Gobierno del Perú entre el 19 de enero y el 19 de junio [de 1993]’ [...]”. La Corte IDH señaló que, en consecuencia, no se tenían elementos para analizar si el Estado había cumplido con el deber de notificación establecido en el artículo 27.3. de la CADH. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párr. 118.

Artículo 28. Cláusula federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el Gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el Gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.
3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C n.º 26. En adelante: Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. 1996.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C n.º 39. En adelante: Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 54. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 80. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 81. En adelante: Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 82. En adelante: Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C n.º 87. En adelante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C n.º 116. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*: FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C n.º 121. En adelante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C n.º 200. En adelante: Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C n.º 203. En adelante: Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A n.º 7. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986.

Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs Argentina*. Resolución de 27 de noviembre de 2002.

Corte IDH. *Caso de la Cárcel de Urso Branco vs. República Federativa de Brasil*. Medidas Provisionales. Resolución de 7 de julio de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Resolución n.º 3/87, Caso n.º 9647, Estados Unidos.

CIDH. Informe Anual 1986-1987, OEA/Ser.L/II.74, Doc. 10 rev. 1, 16 de septiembre, 1988.

CIDH. Resolución n.º 26/88, Caso 10.109, Argentina, 13 de septiembre de 1988.

CIDH. Informe n.º 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991.

CIDH. Informe Anual 1986-1995, OEA/ Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 28 de febrero de 1996.

CIDH. Informe n.º 5/96, Caso 10.970, Perú, 1º de marzo de 1996.

CIDH. Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de septiembre de 1997.

CIDH. Informe n.º 31/97, Paulo C. Guardatti, Argentina, Caso 11.217, 14 de octubre de 1997.

CIDH. Informe Anual 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 de febrero de 1998.

CIDH. Informe n.º 24/98, *Caso João Canuto De Oliveira Brasil*, Caso 11.287, 7 de abril de 1998.

CIDH. Informe n.º 2/99, *Caso Manuel Manríquez México*, Caso 11.509, 23 de febrero de 1999.

CDH. Informe n.º 59/99, *Caso Newton Coutinho Mendes y Otros Brasil*, Caso 11.405, 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000.

CIDH. Informe n.º 52/01, *Caso Juan Raul Garza Estados Unidos*, Caso 12.243, 4 de abril de 2001.

CIDH. Informe n.º 34/00, *Caso Carandirú Brasil*, Caso 11.291, 13 de abril de 2000.

CIDH. Informe Anual del 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 de abril de 2001. Informe n.º 10/0, *Caso Marcos Aurelio De Oliveira Brasil*, Caso 11.599.

CIDH. Informe n.º 35/01, *Jailton Neri Da Fonseca Brasil*, Caso 11.634, 22 de febrero de 2001.

CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 2003.

CIDH. Informe n.º 98/03, *Statehood Solidarity Committee Estados Unidos*, Caso 11.204, Fondo, 29 de diciembre de 2003.

CIDH. Informe n.º 35/08, *Admisibilidad y Fondo, Antonio Ferreira Braga Brasil*, Caso 12.019, 18 de julio de 2008.

CIDH. Informe n.º 26/09, *Admisibilidad y Fondo, Wallace de Almeida Brasil*, Caso 12.440, 20 de marzo de 2009.

CIDH. Informe n.º 37/10, *Manoel Leal De Oliveira, Brasil*, Caso 12.308, Publicación, 17 de marzo de 2010.

Sentencias emitidas por tribunales internacionales

Corte Internacional de Justicia

CIJ. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15.

CIJ. *La Grand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 9.

Documentos adoptados en el seno de Organizaciones Internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organización de las Naciones Unidas

Comité de Derechos Humanos

Comité DHONU. *Lindgren y otros vs. Sweden*, Comunicación n.º 298/1988, UN Doc. CCPR/C/40/D/298/1988, 1990.

Comité DHONU. Observaciones finales sobre Bélgica, UN Doc. CCPR/C/79/Add.3, 1992.

Comité DHONU. *Nicholas Toonen vs. Australia*, Comunicación n.º 488/1992, U.N.Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 1994.

Comité DHONU. Observaciones finales sobre Suiza, UN Doc. CCPR/CO/73/CH, 2001.

Comité DHONU. Observación general n.º 31. *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

Comisión de Derecho Internacional

International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session, (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10).

Referencias académicas

BARBERIS, J. A. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Tecnos, Madrid, 1984.

BIDART CAMPOS, J. G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*. Argentina, 1995.

BRENNAN, W., Jr. "State Constitutions and the Protection of Individual Rights", en 90 Harv. L. Rev. 489, 1977.

BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. OUP, 2003.

BUERGENTHAL, T. "Inter-American System for the Protection of Human Rights", en MERON, Th. (Ed.). *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*. Clarendon Press, Oxford, 1986.

COLAUTTI, C. E. *El Pacto de San José de Costa Rica: Protección a los Derechos Humanos*. Lea, Buenos Aires, 1989.

DALLA VIA, A. *Estudios sobre Constitución y Economía*. UNAM, 2003.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed., IIDH, 2004.

GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, 1991.

KONDER COMPARATO, F. "A proteção a os direitos humanos e a organização federal de competências", en *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. IIDH-CICR-ACNUR-CE, 1996.

KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L. "Federal Clause, Colonial Clause", en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995.

HOWARD, D. "Protecting Human Rights in a Federal System" en TUSHNET, M. (Ed.) *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America*. ABC-CLIO, USA, 1990.

JOSEPH, S., et al. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*. 2ª ed., OUP, 2004.

LAPLANTE, L. "Bringing effective remedies home: the Inter-American human rights system, reparations, and the duty of prevention". *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, n.º 3, 2004.

MEDINA QUIROGA, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

NOWAK, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N.P. Engel, Publisher, 2005.

PINTO, M. *Temas de derechos humanos*. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2009.

SERNA DE LA GARZA, J. M. "Constitutional Federalism In Latin America". 30 Cal. W. Int'l L.J. 277, 2000.

SHARPE, R. J. "The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective", en ALSTON, Ph. (Ed.). *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*. Clarendon Press, 2000.

SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights*. OUP, 2000.

TUSHNET, M. V. "Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order". 47 Wayne L. Rev. 841, 2001.

WOEHLING, J. "Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des Etats-Unis et du Canada". 46 R.D.McGill 21, 2000.

Otras referencias no académicas

LEÁUTAUD, E., et al. *Modelos comparados del federalismo: América Latina, Sudáfrica, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Austria, Bélgica y Suiza*. Centro Latinoamericano de la Globalidad, 2003.

Contenido

1. Introducción	852
2. Obligaciones internacionales del Estado y federalismo	854
3. Las obligaciones de los Estados federales en instrumentos internacionales de derechos humanos	857
4. Los antecedentes del artículo 28 de la CADH	859
5. La cláusula federal como fuente de obligaciones	860
5.1. La cláusula federal y los deberes de los Estados	860
5.2. La cláusula federal a la luz del artículo 1.1. de la CADH	861
5.3. La cláusula federal a la luz del artículo 2 de la CADH	863
6. El artículo 28 y el deslinde interno de competencias	865
7. Las entidades de la federación frente a la CADH	866
8. Conclusión	867

1. Introducción

La mayoría de las personas protegidas por la CADH y por el SIDH viven en países federales.¹ De allí, la importancia de analizar el artículo 28 de la CADH, la llamada cláusula federal, pues no son pocas las ocasiones en que el Gobierno federal se encuentra en la situación de tener que responder a

¹ Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México y Venezuela. La CIDH en un caso concreto, al analizar las obligaciones que surgen de la DADDH para un Estado con estructura federal consideró pertinente analizar la regulación específica que sobre tal materia –el derecho a elegir representantes al Poder Legislativo Federal por parte de los residentes de la ciudad donde se asienta el Gobierno federal– existía en el resto de los países federales del continente americano. Ver CIDH. Informe n.º 98/03, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, Caso 11.204, Fondo, 29 de diciembre de 2003.

denuncias por faltas cometidas por sus Estados federados.² Asimismo, el hecho de que en muchas ocasiones los agentes públicos de violaciones a los derechos humanos dependen de los gobiernos locales y no del federal dificulta el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales.³ También resulta cierto que varios países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos,⁴ o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional.⁵ También autoridades locales han pretendido desatenderse de sus obligaciones argumentando que los tratados han sido ratificados por el Estado federal y no por el estadual.⁶

Por supuesto que no puede excluirse que existan circunstancias en las que la estructura federal permite que la protección de los derechos humanos sea mayor o mejor a nivel local que a nivel federal.⁷ Por ejemplo, es posible que las constituciones y leyes estatales contengan mayores protecciones o reconozcan más derechos que sus pares federales.⁸ También es factible que las normas jurídicas o instituciones destinadas a la protección de los derechos emerjan primariamente a nivel estadual para

- 2 Konder Comparato, F. “A proteção a os direitos humanos e a organização federal de competências”, en *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. IIDH-CICR-ACNUR-CE, 1996, p. 281. Un ejemplo de esta situación se produjo en el caso *Toonen vs. Australia* ante el Comité DHONU; en dicho caso se cuestionaban dos disposiciones del Código Penal de Tasmania por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado. El Gobierno federal australiano concordó con el Señor Toonen en que este último había sido víctima de injerencia arbitraria en su vida privada e incluso que podría ser víctima de discriminación y claramente indicó que no compartía los razonamientos de las autoridades de Tasmania. En su respuesta al Comité DHONU, el Gobierno australiano acompañó las respuestas producidas por el Gobierno de Tasmania. Ver Comité DHONU. *Nicholas Toonen vs. Australia*, Comunicación n.º 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 1994, párrs. 6.1 y ss.
- 3 CIDH. Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de septiembre de 1997. Original: Portugués, Capítulo 5. El Comité DHONU ha tomado en cuenta que la estructura federal de diversos Estados dificulta, afecta u obstaculiza el cumplimiento cabal del PIDCP. Ver Comité DHONU. Observaciones finales sobre Bélgica, UN Doc. CCPR/C/79/Add.3, 1992, párr. 4 (toma nota de las dificultades principales con que se enfrenta Bélgica, a saber, el carácter centrífugo del federalismo belga). Comité DHONU. Observaciones finales sobre Suiza, UN Doc. CCPR/CO/73/CH, 2001, párr. 6 (preocupa al Comité que la aplicación de las obligaciones del Estado parte en virtud del Pacto en todas las áreas de su territorio pueda verse dificultada por la estructura federal del Estado parte).
- 4 Quizás el ejemplo más claro es la declaración que el Gobierno de Estados Unidos de América acompañó al momento de ratificar el PIDCP que dice “[l]os Estados Unidos entienden que este Pacto será aplicado por el Gobierno federal en la medida en que tenga atribuciones legislativas y judiciales en las materias de que se trata; en los demás casos será aplicado por las administraciones estatales y locales; en la medida en que las administraciones estatales y locales tengan atribuciones sobre esas materias, el Gobierno federal tomará las medidas adecuadas según el sistema federal para que las autoridades competentes de las administraciones estatales o locales puedan tomar las medidas procedentes para el cumplimiento del Pacto”.
- 5 Por ejemplo, en el caso *Garrido Baigorria vs. Argentina*, el Estado argentino “accept[ó] las consecuencias jurídicas de los hechos... a la luz del artículo 28 párrs. 1 y 2 de la Convención” en un aparente intento de limitar los alcances de su responsabilidad. Solamente, ante un cuestionamiento de los representantes de las víctimas acerca del alcance de la misma, el Gobierno reconoció su responsabilidad por la totalidad de los hechos. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. 1996, párrs. 24-25.
- 6 Por ejemplo ver nota del Consejero General del Gobernador de Texas al Departamento de Estados Unidos (argumentando que dado que el Estado de Texas no es signatario de la CADH de Viena sobre Relaciones Consulares, es inapropiado solicitarle a Texas que determine si ha habido una violación de tal CADH). June 16, 1997, letter of Alberto Gonzales, General Counsel to Texas Governor George W. Bush, to Michael Matheson.
- 7 Ver Brennan, W., Jr. “State Constitutions and the Protection of Individual Rights”. 90 Harv. L. Rev. 489, 1977. En este artículo, el autor argumenta que las Constituciones estatales son fuente de derechos que muchas veces van más allá que la Constitución federal y, por ende, los tribunales estatales no están limitadas al interpretar las Constituciones estatales por la interpretación de la Corte Suprema de Justicia a la Constitución federal. Asimismo, ver Howard, D. “Protecting Human Rights in a Federal System”, en Tushnet, M. (Ed.) *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America*. ABC-CLIO, USA, 1990. Este autor sostiene que los Estados pueden proteger más ampliamente los derechos.
- 8 Por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego en Argentina reconoce toda una serie de derechos a los niños que no tienen una recepción expresa en la Constitución Argentina, salvo la jerarquización constitucional de la CADH sobre los Derechos del Niño y una mención sobre acciones afirmativas a favor de la niñez en el artículo 75 inciso 24.

luego consolidarse federalmente.⁹ Además, el federalismo ofrece la posibilidad teórica de un doble nivel de protección de los derechos a través de los mecanismos judiciales de los Estados federados y de la federación.¹⁰

El alcance de la cláusula federal contenida en el artículo 28 debe definirse claramente a fin de no restringir o limitar indebidamente la protección internacional para los habitantes de Estados con estructura federal,¹¹ así como para evitar que los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones.¹²

2. Obligaciones internacionales del Estado y federalismo

Antes de analizar el alcance específico del artículo 28 precisaremos cómo el derecho internacional regula todo lo relativo al federalismo. Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma de Gobierno y de Estado que estimen pertinente, sea federal, unitaria o cualquier otra.¹³ Sin embargo,

[e]l Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento con las prescripciones de su derecho interno para impedir que se califique de ilícito ese comportamiento según el derecho internacional. El hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento.¹⁴

La Corte IDH ha establecido expresamente que “[s]egún una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”.¹⁵

9 Por ejemplo, en Canadá, la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Québec fue adoptada en 1975 mientras que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades fue adoptada en 1982. En México, la Procuraduría de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes fue creada en 1988 mientras que la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por Decreto presidencial en 1990 y elevada a rango constitucional hasta 1992.

10 Ver Woehrling, J. “Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l’exemple des Etats-Unis et du Canada”. 46 R.D.McGill 21, 2000, pp. 39 y ss.

11 CIDH. Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de septiembre de 1997. Original: Portugués. Indicando que “no puede dejar de expresar su preocupación por la falta de cumplimiento, por parte del Estado [...], de muchas obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos en razón de que los Estados miembros o entidades estatales que forman parte de la República Federativa ejercen jurisdicción y tienen competencia respecto a delitos cometidos en sus respectivos territorios. El denominado “principio federativo”, de acuerdo con el cual los Estados individuales gozan de autonomía, ha sido usado frecuentemente como explicación para impedir la investigación y determinación de los responsables de violaciones —muchas veces graves— de derechos humanos y ha contribuido a acentuar la impunidad de los autores de tales violaciones”.

12 CIDH. Resolución n.º 3/87, Caso n.º 9647, Estados Unidos.. La CIDH encontró que un Estado federal había violado sus obligaciones internacionales por permitir que la determinación de si los homicidios merecían la pena de muerte quedara en manos de cada Estado de la Unión y no del Gobierno federal. En muchos países federales, las disposiciones en materia penal son eminentemente una facultad de los gobiernos locales y no del Gobierno central. Un caso políticamente sensible que ha debido resolver es aquel en el que se alegaba la violación de los derechos de los residentes del Distrito de Columbia en Estados Unidos, que de acuerdo con la Constitución de dicho país no pueden votar, en tanto y en cuanto residen en la ciudad capital y asiento del Gobierno federal y los redactores originales de la Constitución tenían que otorgarles la posibilidad de voto, podría crear desequilibrios e influencias indebidas en el Gobierno federal. Ver CIDH. Informe n.º 98/03, *Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos*, Caso 11.204, Fondo, 29 de diciembre de 2003, párr. 100.

13 Barberis, J. A. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Tecnos, Madrid, 1984, p. 59.

14 International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10).

15 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párr. 46. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso de la Cárcel de Urso Branco vs. República Federativa del Brasil*, Medidas Provisionales. Resolución de 7 de julio de 2004. Así lo expresó el juez Antonio A. Cançado Trindade en su voto concurrente a la sentencia: “[e]n el presente caso de la Cárcel

Esta afirmación es compartida por otro tribunal internacional, la CIJ, la cual ha señalado:

La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado.¹⁶

Este principio encuentra su respaldo en la CVDT. En efecto, el artículo 27 de la CADH dice que “[u]na 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”.¹⁷ Asimismo, el Estado tampoco puede alegar las disposiciones o insuficiencias de su derecho interno como eximente de su responsabilidad internacional.¹⁸ La Corte IDH ha desechado la posibilidad de la invocación del derecho interno, incluida la Constitución, como limitante de la responsabilidad internacional del Estado indicando que ello obligaría a la propia Corte IDH a tener:

Como primer parámetro de referencia la Constitución de un Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana [lo que], acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención Americana.¹⁹

Como ha dicho la CIDH, específicamente refiriéndose al artículo 28 de la CADH:

Una interpretación diversa de la obligación contenida en la cláusula federal conduciría al absurdo de convertir la protección de los derechos humanos en una decisión meramente discrecional, sujeta al arbitrio de cada uno de los Estados [p]artes.²⁰

El Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca. En derecho interno, por lo general, el ‘Estado’ se subdivide en una serie de entidades jurídicas distintas (ministerios, departamentos, unidades integrantes de una federación, etc.) que pueden tener una personalidad jurídica separada según el derecho interno, con cuentas separadas y responsabilidades separadas. Pero, en derecho internacional, un Estado no puede eludir su responsabilidad internacional por un simple proceso de subdivisión interna.

de Urso Branco, tampoco puede el Estado pretender eximirse de responsabilidad internacional por violaciones de los derechos humanos [derechos a la vida y a la integridad personal de reclusos] por razones de orden interno ligadas a su estructura federal”. Al respecto, la Corte IDH en la sentencia del caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina* (reparaciones), invocó una “jurisprudencia centenaria”, que hasta el presente no ha variado, en el sentido de que “*un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional*”, párr. 46. (énfasis agregado) En la opinión consultiva sobre el *derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* –verdaderamente pionera e histórica, y que ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia– la Corte Interamericana determinó, sobre este punto específico, que “las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, *independientemente de su estructura federal o unitaria*”, párr. 140, y punto resolutivo 8. (énfasis agregado) Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 140 y resolutivo 8.

16 CIJ. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, párr. 73.

17 El artículo 46 de la CADH permite la alegación de disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando la violación de esas disposiciones “sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de [su] derecho interno”.

18 Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. OUP, 2003, p. 35.

19 Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001, párr. 93. Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001, párr. 84. Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001, párr. 84.

20 CIDH. Informe n.º 26/09, *Wallace de Almeida, Brasil*, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, 20 de marzo de 2009, párr. 166.

El Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada.²¹ Por lo tanto,

Se considera[...] hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al Gobierno central como a una división territorial del Estado.

El término órganos del Estado no se limita, pues, a los órganos de la administración central sino que se extiende a los *órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive en el ámbito provincial o municipal*.²² La responsabilidad internacional del Estado se aplica por igual a los órganos de la administración central y a los de la administración regional o local. Desde el punto de vista del derecho internacional, no importa que la división territorial forme parte de un Estado federal o sea una región autónoma específica, y tampoco importa que el derecho interno del Estado confiera o no al Parlamento federal la facultad de obligar a la división territorial a atenerse a las obligaciones internacionales del Estado.²³

La CIDH ha señalado en repetidas oportunidades que cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el Gobierno nacional de dicho Estado responde en la esfera internacional por los actos cometidos por agentes de los Estados miembros de la federación.²⁴ Consistente con esta interpretación ha señalado que “la responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos causadas por agentes del poder público –*independientemente.... [de la] entidad a la cual pertenezcan—es imputable, en definitiva, al Estado*”.²⁵ Agregando en un caso posterior:

Como principio general del derecho internacional, los actos practicados por entidades federales u órganos de un Estado que violan una obligación asumida internacionalmente son atribuidos a este último al establecerse la responsabilidad internacional.²⁶

Como consecuencia, la aplicación de las normas internacionales debe realizarse en la totalidad del territorio de la federación. Recogiendo este postulado, el artículo 29 de la CVDT prevé que “un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

21 International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session, (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10). Comentarios al proyecto de artículos, pp. 66-67.

22 International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session, (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10). Comentarios al proyecto de artículos, p. 70. De hecho, el Comité de DHONU analizó la responsabilidad del Estado que surgía por la actuación de sus municipios. Véase, por ejemplo, el caso *Lindgren vs. Suecia*, donde se alegó discriminación debido a la diversidad de regímenes municipales de subsidios a escuelas privadas. Comité DHONU. *Lindgren y otros vs. Sweden*, Comunicación n.º 298/1988, UN Doc. CCPR/C/40/D/298/1988, 1990.

23 International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10). Comentarios al proyecto de artículos, p. 74. En el caso *La Grand*, la CIJ declaró que el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean. Agregó que si las obligaciones internacionales caen dentro de la esfera de competencia del Gobierno local, este está obligado a actuar de conformidad con los compromisos internacionales del Estado. CIJ. *La Grand (Germany vs. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 9, párr. 28.

24 CIDH. Informe n.º 35/01, *Jailton Neri Da Fonseca, Brasil*, Caso 11.634, 22 de febrero de 2001, párr. 13. CIDH. Informe Anual del 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 de abril de 2001. Informe n.º 10/0, *Marcos Aurelio De Oliveira, Brasil*, Caso 11.599, párr. 21. CIDH. Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000. CIDH. Informe n.º 24/98, *João Canuto De Oliveira, Brasil*, Caso 11.287, 7 de abril de 1998, párr. 42. CIDH. Informe Anual 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 de febrero de 1998.

25 CIDH. Informe n.º 2/99, *Manuel Manriquez, México*, Caso 11.509, 23 de febrero de 1999. (énfasis agregado)

26 CIDH. Informe n.º 37/10, *Manoel Leal De Oliveira, Brasil*, Publicación, Caso 12.308, 17 de marzo de 2010, párr. 143.

Aplicando estos principios, la Corte IDH en una opinión consultiva sostuvo que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, deben ser respetadas por los Estados americanos partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.²⁷

3. Las obligaciones de los Estados federales en instrumentos internacionales de derechos humanos

Sentados sumariamente los principios generales del derecho internacional clásico vale la pena reseñar la regulación que incluyen otros tratados de derechos humanos a fin de tomar en cuenta el contexto legal en el que hay que interpretar la CADH. El tratado forma parte de un *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos, al cual se puede recurrir para fijar el alcance de alguna de las disposiciones convencionales.²⁸

Tradicionalmente, los tratados en general han incluido la llamada cláusula federal; esto es una disposición específica que fija el alcance del tratado respectivo en el ámbito federal.²⁹ Sin embargo, *la cláusula federal es cada vez más extraña en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos*. Dentro del propio SIDH la CIPST, la CIDFP y la CIEFDPD no prevén una cláusula federal. Con ello, podría entenderse que la previsión de la CADH es una excepción antes que una regla general en el contexto de los tratados interamericanos de derechos humanos y, por ende, debe ser analizada, interpretada y aplicada de manera restrictiva.

Tan solo la Convención de Belém do Pará previó en su artículo 20 una cláusula que estipula:

Los Estados partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la O[EA] y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

En realidad, esta es una cláusula que los autores denominan territorial antes que federal, y que es común casi con un texto idéntico en tratados de derecho internacional privado.³⁰ No surge claramente de la historia legislativa ni de la práctica posterior que el artículo 20 de dicha Convención se refiera a las unidades territoriales de una federación o a posesiones territoriales de algunos Estados. De todas maneras ningún Estado ha hecho la declaración a la que se refiere el mencionado artículo para limitar la aplicación de la Convención de Belém de Pará.

Dentro del sistema de la ONU existe un claro predominio de las convenciones que no han previsto disposición alguna en materia de obligaciones o restricciones específicas para los Estados federales. Así, entre otras, la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura u otros Tratos Cruces,

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párrs. 192 y 194.

28 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999, p. 192 y 194.

29 Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L. “Federal Clause, Colonial Clause”, en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995, p. 359.

30 *Iér*, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 93, inciso 1.

Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no contienen cláusulas federales. Solo dos antiguas convenciones, adoptadas con anterioridad a la CADH y relacionadas con la protección de la persona humana, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en sus artículos 37 y 41, contienen una cláusula federal.

Tanto el PIDESC como el PIDCP expresamente establecen que los mismos son aplicables en toda la extensión territorial sin excepción o limitación de algún tipo. Así el PIDESC en su artículo 28 y el PIDCP en su artículo 50 disponen de manera idéntica que:

Las disposiciones [...] serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.³¹

Estas disposiciones fueron materia de controversia en el largo proceso de elaboración de los tratados. La principal discusión giró en torno a si estas disposiciones implicaban federalizar materias que estaban bajo la jurisdicción de las unidades de la federación. Finalmente, como se observa, primó la iniciativa de dejar claro que los pactos se aplican a todo el territorio de la federación, recepcionando así el principio del derecho internacional clásico.³²

El Comité DHONU ha entendido que si bien el Pacto permite que los Estados partes hagan efectivos los derechos reconocidos en el tratado con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno, incluidas las relativas a su estructura federal, para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado.³³ De conformidad con estos artículos, los gobiernos centrales en federaciones deben garantizar que la legislación y práctica de sus provincias se hallen en conformidad con las disposiciones de los tratados.³⁴

Dentro de los otros sistemas regionales de derechos humanos, ni el CEDH ni la CADHP contienen una disposición referida al alcance de las obligaciones en los Estados federales.

La CADH en tanto tratado internacional, debe ser interpretada teniendo en cuenta los principios generales de derecho internacional que fueron reseñados precedentemente.³⁵ En particular, es indis-

31 Un texto similar se encuentra en el artículo 41 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

32 Ver Nowak, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N.P. Engel, Publisher, 2005, pp. 636-637. En el marco de la Organización Internacional del Trabajo se ha establecido un marco de coordinación, consulta e información entre el Gobierno federal, los Estados componentes de la federación y la propia OIT. Véase artículo 19 inciso 7 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Esta cláusula es importante ya que la Corte IDH en diversas oportunidades ha recurrido a las normas adoptadas en el marco de la OIT para interpretar normas pertinentes de la CADH o de otros instrumentos de derechos humanos. Ver Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 157 y ss. En esta sentencia la Corte IDH cita el Preámbulo de la OIT y el Convenio n.º 98 para interpretar el derecho a la libertad de asociación sindical. Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005. En esta sentencia, la Corte IDH cita el Convenio n.º 87 para interpretar el derecho a la libertad de asociación sindical. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párrs. 86 y 145. En esta sentencia, la Corte IDH cita, entre otros, los convenios n.º 97, 111, 143 y 168, para analizar el principio de no discriminación.

33 Comité DHONU. Observación general n.º 31. *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 4.

34 Joseph, S., et al. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*. 2nd. ed. OUP, 2004, p. 14.

35 CIDH. Resolución n.º 26/88, Caso 10.109, Argentina, 13 de septiembre de 1988, párr. 4. CIDH. Informe Anual 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev. 1, 16 de septiembre de 1988, en donde aplica la CVDT. CIDH. Informe n.º 5/96, Caso 10.970, Perú, 1 de marzo de 1996. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. RC. 2001, párr. 24, en donde

pensable partir considerando las disposiciones de la CADH, en el contexto más amplio de los sistemas internacionales e interamericanos de derechos humanos, y de manera evolutiva en vista de los desarrollos en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la CADH fue adoptada y con la debida consideración a otras reglas de derecho internacional aplicables a los Estados miembros.³⁶

Desde esta perspectiva, el artículo 28 de la CADH ha sido calificado como “un anacronismo”,³⁷ pues no se inscribe dentro de la tendencia del resto de los tratados de derechos humanos de no incluir en su normativa una cláusula federal. Por lo tanto, al interpretar el artículo 28 de la CADH se debe tener presente la jurisprudencia y práctica internacional en la materia.

4. Los antecedentes del artículo 28 de la CADH

El artículo 32 de la CVDT permite acudir a medios de interpretación complementaria, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración. Un análisis detenido de la historia legislativa indica que la preocupación principal de la delegación proponente del actual artículo 28 era no alterar el reparto interno de competencias, pero no restringir el alcance territorial y jurisdiccional de la CADH.

El proyecto original de convención preparado por la CIDH, en su artículo 29 indicaba que:

Cada Estado parte, cuando constituya una federación, tomará las medidas necesarias, con arreglo a su Constitución y a sus leyes, para que se hagan efectivas las disposiciones de la presente Convención en todos los Estados, Provincias o Departamentos federados y otros territorios bajo su jurisdicción.³⁸

El Gobierno de los Estados Unidos sostuvo que el artículo era ambiguo y se prestaba a interpretaciones variadas. Sin embargo, concordaba en la necesidad de que se incluyera un artículo que enfatizara la necesidad de la cooperación entre el Gobierno central y los gobiernos legales, pero sin alterar la distribución de poderes al interior de las federaciones. Por ende, proponía una redacción que dejara en claro que “todos los gobiernos nacionales están sujetos a todas las disposiciones de la Convención respecto a la cual ejercen jurisdicción”.³⁹ Durante las discusiones puntuales sobre este artículo, la delegación de los Estados Unidos volvió a insistir en la necesidad de que no se adoptara una disposición que cambiara “totalmente la estructura de la actual forma de gobierno” haciendo legislar al Gobierno federal sobre materias que no caían dentro de su esfera sino de los Estados de la Unión.⁴⁰ A fin de satisfacer a estas preocupaciones, la Conferencia Especializada decidió incluir el actual artículo 28, redactado sobre la base de una propuesta del Gobierno de los Estados Unidos.

La delegación del Gobierno de los Estados Unidos entendió que la redacción del artículo 28 era fundamentalmente diferente al artículo 50 del PIDCP ya citado. La principal distinción radicaría en que el Pacto, a diferencia de la CADH, obliga al Gobierno federal a ejercer poderes sobre materias que pueden estar reservadas a las unidades del estado. En cambio, la CADH obligaría solamente a tomar las medidas necesarias para que las entidades de la federación cumplieran con las disposiciones de este

la Corte IDH emplea jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

36 CIDH. Informe n.º 52/01, *Juan Raul Garza, Estados Unidos*, Caso 12.243, 4 de abril de 2001. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*

37 Buergenthal, Th. “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, en Meron, Th. (Ed.). *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 445.

38 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 24. Asimismo, ver United States Department of State, U.S. Position Paper for the Inter-American Human Rights Conference, San José, Costa Rica, November 7-22, 1969, prepared by Walter J. Landry, sección 29.a.

39 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 67.

40 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 275.

instrumento. Entre las medidas estaban recomendaciones de acuerdo con la delegación norteamericana. Pero en todo caso, siempre sería una decisión interna y no una obligación internacional.⁴¹

5. La cláusula federal como fuente de obligaciones

La Corte IDH ha reconocido que el artículo 28 puede ser objeto de interpretación por parte de la Corte IDH así como pasivo de ser inobservado por parte del Estado. En efecto, la Corte IDH reafirmó ante un cuestionamiento estatal su facultad de:

interpretar y aplicar todas las disposiciones de la Convención Americana, no sólo aquellas que reconocen derechos específicos, sino también las que establecen obligaciones de carácter general como las que se derivan de los artículos 1 y 2 del tratado, habitualmente interpretadas y aplicadas por el Tribunal, así como otras disposiciones, entre las que figuran las normas de interpretación previstas en el artículo 29 de dicho instrumento.⁴²

Una vez sentada su facultad de interpretación y aplicación del artículo 28, la Corte IDH se detuvo para sostener que:

el alegato sobre la eventual inobservancia de las obligaciones emanadas del artículo 28 de la Convención debe referirse a un hecho con entidad suficiente para ser considerado como un verdadero incumplimiento.⁴³

Hasta el momento la Corte IDH no ha definido qué debe interpretarse como “entidad suficiente” para configurar una inobservancia del artículo 28. Sin embargo, es importante notar que la Corte IDH, para determinar la no inobservancia de las obligaciones emergentes del artículo 28, tuvo en cuenta que “el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir una obligación internacional”.⁴⁴

De todas maneras la Corte IDH se ha referido a las “obligaciones emergentes del artículo 28 de la CADH, en relación con los artículos 1 y 2 del mismo tratado”.⁴⁵ En otras palabras, reconoció implícitamente el artículo 28 como fuente de obligaciones y no como mera limitación a las generales que surgen de los artículos 1 y 2 de la CADH.

5.1. La cláusula federal y los deberes de los Estados

A fin de analizar las obligaciones de la CADH es indispensable leer conjuntamente los artículos 1, 2 y 28.⁴⁶ Una lectura armónica e integral de estas disposiciones, permite sostener que la CADH establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados partes (es decir, los Estados con estructura federal, unitaria o cualquier otra), los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (art. 1.1.). Adicionalmente, coloca a los Estados partes con organización federal en la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (arts. 2 y 28.2.). Las dos obligaciones generales consagradas en la CADH –la de respetar y garantizar los derechos protegidos (art. 1.1.) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (art. 2)– se hallan indisolublemente interrelacionadas y no condicionadas por el artículo 28.

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la CADH y de los principios generales del derecho, “conduciría a relevar al Gobierno central de sus obligaciones bajo la Convención y podría

41 Buergenthal, Thomas. “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, *op. cit.*, p. 37.

42 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 145.

43 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 220.

44 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 138.

45 *Ibidem*, párr. 139. Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 221.

46 Ver los comentarios a los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

dejar a las personas privadas de protección internacional”.⁴⁷ Jamás, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la CVDT y en especial el artículo 29, inciso a de la CADH, se podría concluir que el artículo 28 restringe los deberes del Estado federal. Como señala el artículo 29.a: “[n]inguna disposición de la presente Convención, puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes... suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.

5.2. La cláusula federal a la luz del artículo 1.1. de la CADH

Del artículo 1 de la CADH se desprende que el Estado tiene dos obligaciones básicas: respetar y garantizar los derechos reconocidos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En los términos del derecho internacional, es claro que en los Estados federales, las personas están sujetas a su jurisdicción independientemente de que se encuentren o residan en los ámbitos provinciales o federales. Por lo tanto este deber de respeto y garantía se extiende a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal. Los artículos 1 y 2 de la CADH no distinguen entre personas sujetas a la jurisdicción de Estados federales y personas sujetas a la jurisdicción de Estados unitarios.

El sistema de la CADH está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados a hacerlo.⁴⁸ La CADH no posibilita a los Estados reconocer los derechos que consagra en función de su estructura federal, sino que los reconoce directamente y obliga a los Estados a respetarlos y garantizarlos conforme lo dispone el artículo 1. El hecho de que los Estados puedan fijar las condiciones del ejercicio de un derecho determinado, no impide su exigibilidad conforme al derecho internacional. En consecuencia, si por cualquier circunstancia –incluida la estructura federal del Estado–, el derecho no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado, ello constituiría una violación de la CADH susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.⁴⁹

Como indicó la CIDH:

E[I] artículo [28], en conexión con el artículo 1(1) de la Convención, impone a los Estados, en conformidad con sus constituciones y leyes, la obligación de adoptar medidas para que los órganos, autoridades y estructuras de poder que los componen respeten y garanticen el pleno ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Convención.⁵⁰

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que la obligación de garantía de los derechos reconocidos en la CADH, codificada en el artículo 1.1., implica el deber de los Estados partes de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵¹ Es claro que todas las estructuras de poder público implican tanto aquellas a nivel nacional como las de nivel provincial o estadual. Por eso, “la C[IDH] ha instado a un Gobierno federal que adopte de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y a sus leyes, *para que todo el aparato del Estado, incluyendo las autoridades de los Estados federales adopten medidas para cumplir con la Convención*”.⁵²

El artículo 1 de la CADH obliga a los Estados partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta disposición ha dicho la Corte IDH:

47 CIDH. Informe n.º 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 41.

48 Ver el Preámbulo de la CADH y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982, párr. 33.

49 Ver *mutatis mutandis*. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986, párr. 24.

50 CIDH. Informe n.º 24/98, *Caso João Canuto de Oliveira Brasil*, Caso 11.287, 7 de abril de 1998, párr. 145.

51 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 166.

52 CIDH. Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de septiembre de 1997. Capítulo 5. (énfasis agregado)

Contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce [...].⁵³

Estos obstáculos pueden perfectamente encontrarse en la estructura federal del Estado y, por ende, el Gobierno central, responsable internacional de acuerdo con los artículos 1, 2 y 28, deberá efectuar y adoptar todas las medidas necesarias para que los habitantes bajo su jurisdicción que se encuentren en los territorios de las unidades federativas puedan gozar de manera no discriminatoria de todos los derechos reconocidos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, requiere “la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación”.⁵⁴ Por lo tanto, el Estado federal debe crear esta estructura legislativa que le permita por sí o a través de las unidades federativas cumplir con su obligación de garantizar los derechos. Además, este deber de garantía exige “la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁵⁵

De allí que, en adición al marco normativo, el Estado federal deba realizar todas las conductas necesarias para que las normas convencionales produzcan un efecto útil, es decir que tengan existencia concreta en la realidad de las provincias.

De manera más puntual, el primer componente de este deber de garantía es el de la prevención.⁵⁶ La Corte IDH ha entendido que este deber de prevención:

abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.⁵⁷

Asimismo, el Estado está en el deber de investigar toda violación a los derechos humanos de conformidad con el artículo 1.1. de la CADH.⁵⁸ Esta obligación, en muchas circunstancias puede resultar de difícil cumplimiento, especialmente cuando violaciones cometidas por agentes provinciales deben ser investigadas y juzgadas por los órganos de procuración y administración de justicia provinciales. La no infrecuente falta de voluntad o capacidad para llevar a cabo dichas investigaciones y juzgamientos ha concitado mucha atención en países con estructura federal.⁵⁹ Por lo pronto, en varios países precisa-

53 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990, párr. 34.

54 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 167.

55 *Idem*.

56 Laplante, L. “Bringing effective remedies home: the Inter-American human rights system, reparations, and the duty of prevention”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, n.º 3, 2004, p. 347 y ss.

57 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 174.

58 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, párr. 64.

59 En los Estados Unidos, el Gobierno federal ha adoptado legislación a nivel federal tanto en el área civil como la penal para buscar remedios judiciales por violaciones a los derechos constitucionales o civiles. Múltiples leyes federales han establecido garantías a nivel federal en materia de derechos civiles con lo cual es el Gobierno federal el que adquiere competencia para realizar su implementación, incluida su investigación y juzgamiento por tribunales civiles. Ver, por ejemplo, Civil Rights Acts, Voting Rights Act, Equal Credit Opportunity Act; Americans with Disabilities Act; National Voter Registration Act; Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act; Voting Accessibility for the Elderly and Handicapped Act; Civil Rights of Institutionalized Persons Act; Freedom of Access to Clinic Entrances Act; Police Misconduct Provision of the Violent Crime Control and Law Enforcement Act; Immigration Reform and Control Act; Immigration and Nationality Act. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido la constitucionalidad de la posibilidad de que la jurisdicción federal juzgue estos hechos. Ver, por ejemplo, 383 U.S. 745, *United States vs. Guest* (1968). Debe tenerse en cuenta, de todas maneras, que en los Estados Unidos, ninguna de las disposiciones mencionadas precedentemente ha sido adoptada con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de los pocos tratados de derechos humanos ratificados por dicho país. Por el contrario, es bastante claro que la ratificación de las

mente para dotar al Gobierno federal con mayores herramientas se ha dado una tendencia de federalizar la persecución de los delitos vinculados a la violación de derechos humanos.⁶⁰

Del deber de garantía, también se desprende la obligación de reparar el daño que haya sido causado por una eventual violación a alguno de los derechos reconocidos.⁶¹ La jurisprudencia interamericana ha entendido que el Estado obligado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Esta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al derecho internacional.⁶² De modo, que el Estado federal estará obligado a reparar las violaciones independientemente de lo que disponga su derecho federal, en particular todo lo relativo a la indemnización. En varios casos ante el SIDH, los Gobiernos estatales han asumido el pago de las indemnizaciones por violaciones a los derechos humanos.⁶³

La CIDH ha seguido la tesis que las obligaciones que surgen del artículo 1 son las determinantes al momento de precisar el alcance de las obligaciones de un Estado federal. El artículo 28 de la CADH viene a complementar estas obligaciones genéricas. Así la CIDH indicó que:

el artículo 1(1) de la Convención establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación de los derechos reconocidos por la Convención que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas del derecho internacional, a acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad del Estado. De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, cuando se trata de un Estado federativo... el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por las entidades que componen la federación.⁶⁴

En un informe sobre la situación general de los derechos humanos en un país, señaló en relación a la existencia de grupos parapoliciales, que el Gobierno federal tiene la obligación de emprender acciones urgentes para desmantelar dichos grupos y para investigar y sancionar a los responsables, para destacar luego la responsabilidad que le corresponde, además, a los distintos Estados del interior en estos casos de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la CADH en relación con el artículo 1 del citado instrumento internacional.⁶⁵

5.3. La cláusula federal a la luz del artículo 2 de la CADH

Por su parte, la obligación del artículo 2 requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, incluidas las originadas en la estructura federal a fin de armonizarlas con las normas convencionales.⁶⁶

convenciones de derechos humanos, no tiene por objeto federalizar materias que pudiesen corresponder a los Estados de la Unión. Ver las cláusulas interpretativas que Estados Unidos suele adjuntar a sus ratificaciones citadas en nota 5.

60 Ver artículo 109 introducido por Enmienda Constitucional n.º 45/2004, Publicada en DOU de 31/12/2004 (traducción no oficial). Asimismo, ver Flavia Piovesan, Reforma do Judiciário e Direitos Humanos, mimeo, sin fecha, p. 18 y ss. La CIDH consideró dicha norma como un “importante” esfuerzo del Gobierno brasileño por adoptar medidas legislativas para cumplir con lo establecido en la CADH. *Caso Oliveira*, párr. 149.

61 Ver, en general, Shelton, D. *Remedies in International Human Rights*. OUP, 2000.

62 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004, párr. 53.

63 Ver, por ejemplo, Decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza n.º 1.105, de 17 de julio de 1999, autorizando el pago de la indemnización en el caso Garrido-Baigorria ante la Corte. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs Argentina*. Resolución de 27 de noviembre de 2002. CIDH. Informe n.º 31/97, *Paulo C. Guardatti*, Argentina, Caso 11.217, 14 de octubre de 1997. Decreto n.º 42.793 de 8 de enero de 1998, del Estado de Sao Paulo, autorizando el pago para las víctimas del caso del 42º Distrito Policial (Parque Sao Lucas). CIDH. Informe n.º 34/00, *Carandirú, Brasil*, Caso 11.291, de 13 de abril de 2000.

64 CIDH. Informe n.º 34/00, *Carandirú, Brasil*, Caso 11.291, 13 de abril de 2000, párr. 36.

65 CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 2003, párr. 561.

66 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86, *op. cit.*, 1986, párr. 30.

El deber general del artículo 2 de la CADH implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la CADH. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁶⁷ Ambas vertientes exigen, por ende, acciones positivas por parte del Gobierno federal para asegurar la vigencia efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

La mención que realiza el artículo 2.a, procedimientos constitucionales, implica una remisión a la Constitución solamente en cuanto al aspecto procedimental. Los Estados pueden elegir la manera en que se realizará la adecuación del derecho y práctica de las unidades de la federación a las obligaciones de la CADH. Pero en modo alguno, significa que el Estado puede sustraerse de dichas obligaciones invocando su derecho constitucional. Como ha dicho la CIDH:

el artículo 2 señala “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”, con lo que deja en manos del estado de Río de Janeiro, o del Estado del Brasil, la elección de las vías por las cuales cumplirá su compromiso internacional. Lo relevante es únicamente “el resultado de la implementación”, esto es, el respeto y la garantía de los derechos.⁶⁸

El cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos protegidos depende no solamente de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes –que frecuentemente no son suficientes– sino que puede requerir, además, otras providencias por parte de los Estados partes. Por ello, cuando uno analiza la conducta del Estado federal no puede limitarse tan solo a las disposiciones constitucionales o legales que *prima facie* establezcan la distribución de competencias entre las jurisdicciones y que, incluso, muchas veces limitan al Gobierno central para actuar. Debe analizarse, obviamente, las conductas específicas asumidas, los pasos adoptados para dar pleno efecto a los derechos y garantías, las acciones tendientes a remover los obstáculos, a facilitar que las autoridades locales y federales cumplan con las obligaciones convencionales y a evitar que sean violados los derechos reconocidos. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del efecto útil). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la CADH sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.⁶⁹

De este modo el artículo 28 –leído junto con el artículo 2– constituye una obligación adicional que se suma a la impuesta por el artículo 1 dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos convencionales. Como dijo la CIDH “la obligación que surge del artículo 2 de la CADH es reforzada y precisada, en virtud de [la] estructura federal, por el artículo 28 del mismo tratado”.⁷⁰

La obligación que resulta de los artículos 2 y 28.2. en cuanto requieren que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la CADH en las entidades componentes de la federación, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo primero de la CADH de respetar y garantizar los derechos.

La CIDH ha aceptado esta interpretación sosteniendo que “estas obligaciones contenidas en los dos primeros artículos de la CADH son las que imponen al Gobierno... la exigencia de ‘tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta CADH’, en los términos del artículo 28.2”.⁷¹ La CIDH clarificó asimismo que “las ‘medidas pertinentes’ de que trata el artículo 28 de la CADH, en tanto especificación del artícu-

67 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 207.

68 *Ibidem*, párr. 161.

69 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001, párr. 87. Ver Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999, párr. 36. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999, párr. 37. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001, párr. 83.

70 CIDH. Informe n.º 26/09, *Wallace de Almeida, Brasil*, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, de 20 de marzo de 2009, párr. 162.

71 CIDH. Informe n.º 8/91, México, Caso 10.180, de 22 de febrero de 1991, párr. 40.

lo 2 de la misma, deben producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado parte”.⁷²

Con base en lo dispuesto en el artículo 28, en un caso la CIDH señaló que esperaba que el Estado federal adoptase de inmediato todas las medidas pertinentes a efecto de que las recomendaciones contenidas en un informe sobre un caso individual sean cumplidas por la autoridad competente.⁷³ Es decir, la CIDH, consciente de la estructura federal del Estado en cuestión, no pretendía que el Gobierno central por sí mismo cumpliera con las recomendaciones emitidas, para lo cual carecería de competencia.

6. El artículo 28 y el deslinde interno de competencias

La interpretación de la cláusula federal a la luz de la CADH en su integralidad y de los principios sobre los que se asienta, conduce inexorablemente a soslayar toda posibilidad de encontrar en la cláusula federal una eximente de responsabilidad internacional. El artículo 28 puede servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en ningún modo para crear un vacío de responsabilidad internacional.⁷⁴ De allí que sea errada la preocupación de algunos comentaristas en el sentido de que la cláusula federal puede implicar una posibilidad de retacear la aplicación de la CADH y/o hacerla más dificultosa dependiendo de la organización constitucional de los Estados partes,⁷⁵ o que podría significar prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte de la CADH en las unidades de la federación,⁷⁶ o que restringe notablemente las obligaciones asumidas por los Estados federales en el marco de la CADH.⁷⁷

El deslinde interno de responsabilidades, a los fines de la cláusula federal, no siempre resulta sencillo. La práctica y jurisprudencia constitucional de países federales está plagada de ejemplos de las complejidades relativas a la exacta distribución de competencias entre autoridades federales y locales.⁷⁸ Además, puede exigir que la CIDH y la Corte IDH analicen el derecho interno de los Estados para determinar si, en el caso concreto, se trata de “materias sobre las [el Estado federal] que ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1.) o “materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación” (art. 28.2.).⁷⁹ Ello debido a que el inciso 1 del artículo 28 remite al derecho interno de las federaciones para atribuir, según el reparto de competencia federal y local, el deber del Gobierno federal de cumplir con el tratado dentro de las obligaciones que le son propias.⁸⁰ El acápite

72 *Ibidem*, párr. 165.

73 CIDH. Informe n.º 2/99, *Manuel Manríquez, México*, Caso 11.509, de 23 de febrero de 1999, párr. 121.

74 Pinto, M. *Temas de derechos humanos*. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 74.

75 Medina Quiroga, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 100.

76 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, 1991.

77 Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3a. ed., IIDH, 2004, p. 60.

78 Buergenthal, Th., *op. cit.*, pp. 447-448. Ver Colautti, quien analiza cómo muchas cláusulas de la CADH en Argentina son de competencia concurrente en las provincias y el Estado nacional. Colautti, C. E. *El Pacto de San José de Costa Rica: Protección a los Derechos Humanos*. Lea, Buenos Aires, 1989, pp. 144 y 145. En los Estados Unidos, por ejemplo, de acuerdo con el principio conocido como “anti-commandeering” el Congreso federal y en general las autoridades federales no pueden ordenar a los poderes legislativos estatales o a las autoridades ejecutivas estatales actuar de determinada manera o cumplir con directivas federales. Ver Tushnet, M. V. “Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order”, 47 Wayne L. Rev. 841, 2001, p. 850. Para una perspectiva comparada ver Leáutaud, Esquivel, et al. *Modelos comparados del federalismo: América Latina, Sudáfrica, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Austria, Bélgica y Suiza*. Centro Latinoamericano de la Globalidad, 2003. Serna de la Garza, José María. “Constitutional Federalism In Latin America” en 30 Cal. W. Int’l L.J. 277, 2000.

79 Aquí, la CIDH y Corte IDH se pueden enfrentar al difícil tema de determinar si aceptan la versión oficial del Estado acerca de la interpretación correcta de atribución de competencias entre la federación y sus entidades o puede desecharse dicha interpretación.

80 Bidart Campos, J. G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*. Argentina, 1995, p. 279.

2 del artículo 28 complementa el inciso anterior para adjudicar al Gobierno federal una obligación de actuar según su Constitución y sus leyes para impeler a los Gobiernos locales a adoptar las medidas que les permitan cumplir con la CADH.⁸¹ La CIDH ha sostenido que el artículo 28.2. de la CADH “reconociendo y respetando cada sistema federal en particular, requiere que el Gobierno central adopte las medidas que permitirán a las autoridades de las entidades componentes de la federación lograr el cumplimiento de la Convención”.

En uno y otro caso, las obligaciones del Gobierno federal pueden ser diferentes, pero en modo alguno eliminan sus obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la CADH, en relación con el artículo 28 de la misma.

Para decidir con precisión, los órganos del SIDH deberían analizar si el Gobierno federal además de sus obligaciones de respeto y garantía, estaba obligado por sí mismo a cumplir con “todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1.), o si por el contrario debía tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de las entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la CADH (art. 28.2.). De todas maneras, lo determinante será precisar si el o los derechos en cuestión fueron respetados y garantizados tal como lo exige el artículo 1 de la CADH y si el Estado adoptó las disposiciones de derecho interno (sea este federal o estadual) para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en la CADH. En este sentido, algunos han sostenido que la cláusula federal es insustancial porque el problema se resolvería no desde el derecho internacional sino desde el derecho constitucional que es el que en definitiva deslinda las competencias territoriales.⁸²

7. Las entidades de la federación frente a la CADH

Aun cuando las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y por lo tanto no son técnicamente parte de la CADH, al integrar la federación, no pueden desatenderse internamente del tratado celebrado por el Estado federal que las comprende.⁸³ Por ello, aun cuando el Gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades componentes puedan dar efectividad al tratado, las entidades federales no por ello están eximidas de cumplir con la CADH.⁸⁴ Si bien el Estado federal está gravado con dicha obligación, ello no significa que las entidades federadas queden desligadas de toda obligación de cumplir con la CADH.⁸⁵ Por eso, el artículo 28 debe entenderse como extendiendo las obligaciones que resultan de la CADH a cada unidad componente de la federación.⁸⁶

En un caso de una ejecución extrajudicial, la CIDH aplicó el deber de respeto a las autoridades estatales junto con la omisión de las autoridades federales de adoptar las medidas pertinentes señalando que las autoridades del Estado federado en cuestión no cumplieron con su obligación de hacer respetar el derecho a la vida en este caso.⁸⁷ Específicamente, la CIDH indicó que “los Estados de la federación, en tanto parte del Estado, se encuentran igualmente vinculados por lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por el Gobierno federal”.⁸⁸ Con posterioridad, en otro caso, la CIDH señaló que:

La vinculación de las entidades federativas en un Estado federal a los derechos humanos de fuente internacional, está apoyada desde el punto de vista jurídico-internacional en lo dispuesto

81 *Ibidem*, p. 279.

82 Dalla Via, A. *Estudios sobre Constitución y Economía*. UNAM, 2003, p. 89.

83 Bidart Campos, J. G., *op. cit.*, p. 279.

84 *Ibidem*, p. 280.

85 *Idem*.

86 Colautti, C. E., *op. cit.*, p. 141.

87 CDH. Informe n.º 59/99, *Newton Coutinho Mendes y Otros, Brasil*, Caso 11.405, 13 de abril de 1999, párr. 107.

88 CIDH. Informe n.º 26/09, *Wallace de Almeida, Brasil*, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, 20 de marzo de 2009, párr. 164.

por la C[VDT] (arts. 27 y 29), y en las llamadas cláusulas federales. En esta teleología, la Convención Americana en su artículo 28 contempla la llamada cláusula federal, de la cual se deriva la obligación del Gobierno federal de tomar las medidas pertinentes a fin de que las autoridades competentes de los Estados de la federación [...], puedan adoptar las disposiciones para el cumplimiento de dicho tratado internacional.⁸⁹

De modo que en un Estado federal, las normas y prácticas, sean nacionales o provinciales, están sujetas al menos a un doble control. Por un lado, al control federal, es decir que no trasciendan el límite constitucional de reparto de competencias entre la federación y sus entidades componentes. Y por el otro, a un control sustantivo para asegurar que son compatibles con las normas internacionales de derechos humanos.⁹⁰

Además, al estar las provincias jurídicamente vinculadas a las normas internacionales de derechos humanos, crea en los Estados federales un doble sistema de protección judicial de los derechos.⁹¹ En efecto, al ser vincular los tratados de derechos humanos tanto para el Estado nacional como para los provinciales, los tribunales federales como los locales tienen la posibilidad y la obligación de aplicar y garantizar judicialmente los derechos reconocidos en las normas internacionales.⁹²

8. Conclusión

Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma federal, unitaria o aquella que estimen pertinente. Sin embargo, no pueden retardar injustificadamente la implementación de la CADH o violarla de cualquier otra forma amparándose en su forma federal de gobierno. Los principios generales del derecho internacional relativos a la responsabilidad internacional de Estados federales permiten sostener que estos son responsables por las acciones y/u omisiones de sus subdivisiones políticas y no pueden evitar dicha responsabilidad alegando que sus poderes constitucionales de control sobre ellas son insuficientes para exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Estos principios implican que los Estados federales partes de la CADH son plenamente responsables a nivel internacional por las violaciones cometidas por acción o por omisión por agentes estatales de sus unidades componentes. Además, el Estado federal está obligado a adoptar las medidas necesarias a nivel interno para asegurar su cumplimiento en el ámbito de las provincias.

El artículo 28 de la CADH refleja los principios generales del derecho internacional, aplicados específicamente a los Estados federales y en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos. Como corolario de estos principios, un Estado puede violar un tratado internacional, incluida por supuesto la CADH, tanto por acción como por omisión. De modo que si el Estado federal no adopta la legislación o las medidas necesarias y exigibles de conformidad con los artículos 1, 2 y 28 de la CADH incurrirá en responsabilidad internacional.

89 CIDH. Informe n.º 35/08, Antonio Ferreira Braga, Brasil, Caso 12.019, Admisibilidad y Fondo, 18 de julio de 2008, párr. 130.

90 Sharpe, R. J. "The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective", en Alston, Ph. (Ed.). *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*. Clarendon Press, 2000, pp. 438-439. Aquí el autor explica las diferentes implicaciones en Canadá de un control sobre los actos de las provincias desde la perspectiva del federalismo y del Canadian Charter of Rights and Freedom.

91 Woehrling, J. "Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des États-Unis et du Canada". 46 R. D. McGill 21, 2000, pp. 39 y ss.

92 Ver, por ejemplo, Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, Expediente n.º 1429/96 "c/ Illanes, Luis Roberto y otro p/ Estafa - Recurso de Queja - Inconstitucionalidad y Casación" de 22 de mayo de 1.998 (declarando inconstitucional el inciso 2 del artículo 438 del Código Procesal Penal (Ley n.º 6.140) en cuanto fija un límite objetivo para la procedencia del recurso de casación por ser contrario al artículo 8.2.h. de la CADH). Tribunal Superior de Justicia, Sentencia n.º 157, "Suárez Ricardo M. contra Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba sobre ejecución de sentencia, apelación recurso de inconstitucionalidad" de 12 de octubre de 2004 (declarando la inaplicabilidad de la ley provincial n.º 8836 y ordenando el pago de una indemnización con base entre otros considerandos, en el artículo 4 de la CADH).

Una lectura conjunta de los artículos 28, 1.1. y 2 de la CADH, implica que todo Estado parte de la CADH con estructura federal en que no se encuentre garantizado el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la CADH para todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de que las mismas se encuentren dentro del ámbito de competencias del Gobierno federal o de una de las unidades territoriales de la federación, se encuentra en la obligación internacional de adoptar la legislación o las medidas que sean necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir con este fin.

El artículo 28 tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa, la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales. El artículo 28 no altera o disminuye el alcance de los artículos 1 y 2 de la CADH sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al privar de efecto útil a la CADH en las unidades componentes de los Estados federales.

El federalismo no es un problema sino una posibilidad. Al crear un doble sistema de garantías constitucionales, los derechos teóricamente tienen mejores posibilidades de ser protegidos. El derecho internacional de los derechos humanos provee un tercer sistema de protección. Por lo tanto de lo que se trata es de buscar la manera de integrar a los tres sistemas plenamente. Y para ello se requiere de voluntad política y no de excusas jurídicas.

Artículo 29. Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 54. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 1999. Serie C n.º 57. 1999. En adelante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de RC. 1999.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso de Golder vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1975.
TEDH. *Caso de Deumeland vs. Alemania*, Sentencia de 29 de mayo de 1986.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Corte Internacional de Justicia

CIJ. *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1951, p. 15.
CIJ. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.
CIJ. *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Zeeland)*, Merits, Judgment, Z.C.J. Reports 1974, p. 175.
CIJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

ONU. Comisión de Derecho Internacional, Anuario, Volumen II, 1966.

Referencias académicas

CASTILLA, K. “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 20, IIJ, UNAM, México, enero-junio de 2009.
NIKKEN, P. *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*. Civitas, IIDH, 1987.

Otras referencias no académicas

Estados Unidos de América, Ley de Comercio Exterior, Informe del Grupo Especial.

Otras fuentes bibliográficas sugeridas

AMAYA VILLARREAL, A. F. “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *International Law. Revista colombiana de derecho internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2005.
BUERGENTHAL, T. *et al. La protección de los derechos humanos en las Américas*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Civitas, Madrid, 1990.
HENDERSON, H. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista IIDH*, vol. 39, 2004.

Contenido

1. Introducción	871
2. Reglas de interpretación de los tratados	871
2.1. La interpretación de los tratados de derechos humanos.....	873
2.2. La interpretación por instancias internacionales	874
3. Principio de garantía mínima.....	874
4. Principio pro persona	874
4.1. Preferencia de la norma más protectora	875
4.2. Conservación de la norma más favorable	875
5. Las normas de la interpretación de la CADH.....	875

1. Introducción

Interpretar las normas jurídicas implica desentrañar su verdadero sentido y alcance. La interpretación jurídica es el procedimiento mediante el cual se asigna significado a los textos normativos utilizando los métodos y técnicas aceptados por la comunidad jurídica. Una norma puede dar lugar a diversos significados de acuerdo con los métodos de interpretación. Es por ello que, en el derecho de los tratados, se han establecido distintas reglas de interpretación que buscan orientar a los operadores jurídicos en el proceso de interpretación y aplicación de los mismos. Al ser un tratado internacional, la CADH está sujeta a las normas de interpretación de la CVDT. Los elementos que constituyen la regla general de interpretación son la buena fe, el texto, el contexto y el objeto y fin del tratado, estos elementos son los que se utilizan con mayor frecuencia en la interpretación de los tratados en la actualidad.

2. Reglas de interpretación de los tratados

Las reglas generales de interpretación, aplicables a todos los tratados internacionales, se encuentran contempladas en los artículos 31, 32 y 33 de la CVDT. Las reglas de interpretación de Viena vinculan elementos tanto subjetivos como objetivos.

En primer lugar, de acuerdo con la regla general de interpretación, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Segundo, para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto (incluidos su preámbulo y anexos): a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Tercero, conjuntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Cuarto, se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Como se puede observar, el artículo 31 se denomina “Regla general de interpretación” porque la intención de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU era señalar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituyen una sola operación combinada; es así que se obtendrá una interpretación jurídica pertinente.¹

El texto, el contexto y el objeto y el fin son elementos que corresponden a las metodologías textual, sistemática y teleológica de interpretación de los tratados, metodologías que están bien establecidas y se siguen normalmente al interpretar disposiciones complejas de tratados multilaterales.

Por razones pragmáticas, el uso normal para la interpretación consiste en partir del sentido corriente del texto “bruto” de las disposiciones pertinentes del tratado y en tratar después de interpretarlo en su contexto, y a la vista del objeto y el fin del tratado. Sin embargo, los elementos a los que se hace referencia en el artículo 31 –el texto, el contexto, el objeto y el fin y la buena fe– han de considerarse como una sola norma holística de interpretación, en vez de una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico.²

1 ONU. Comisión de Derecho Internacional, Anuario, vol. II, 1966, p. 241.

2 Estados Unidos de América, Ley de Comercio Exterior, Informe del Grupo Especial, p. 7.22.

La interpretación teleológica puede constituir el vehículo adecuado para una interpretación dinámica y progresiva del tratado. Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano.³

Sin embargo, en algunas ocasiones, cuando las instancias internacionales se refieren a la regla de interpretación del artículo 31, solamente citan el primer párrafo de dicho artículo,⁴ por lo que no queda claro si realmente aplican de manera adecuada la regla de interpretación.

Lo mismo podríamos decir del contexto, ya que cuando el artículo 31 (2) habla del contexto, en ningún momento establece que solo comprenderá los medios que ahí se mencionan, sino que deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier otro referente que sirva para confirmar la interpretación de la regla general. Así, lo señaló la CIJ en el caso de las *Pesquerías (Alemania vs. Islandia)* donde sostuvo que la resolución unilateral del Gobierno de Islandia puede considerarse como parte del contexto debido a que el mismo tratado se refería a dicha resolución.⁵

Muy interesante es el supuesto planteado por el artículo 31 (3) (c): “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

Creemos que esta disposición abre la “caja de pandora”: establece para el intérprete de la norma, la obligación de revisar cualquier norma internacional que sea aplicable para la interpretación del tratado, en el caso concreto: costumbre, otros tratados, *ius cogens*, principios generales, resoluciones, actos unilaterales, jurisprudencia, etc. Dicha disposición presupone que el intérprete conoce el universo normativo internacional.

En el caso *Estados Unidos vs. Camarones*, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio, al interpretar el párrafo (g) del artículo XX del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT por sus siglas en inglés), tomó en cuenta el contexto histórico y la evolución del derecho internacional, e interpretó los términos “recursos naturales agotables” a la “luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio ambiente”, por lo que, para interpretar dichos términos tomó en cuenta las siguientes convenciones: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la cual es un reflejo del derecho consuetudinario, la Convención sobre la Diversidad Biológica, y la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres.

Al utilizar dichas convenciones y hablar del contexto histórico del GATT, el Órgano de Apelación aplicó, tanto la regla del 31 (3) (c) como los medios complementarios del artículo 32 de la CVDT:

Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

3 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, p. 1. La CIJ ha establecido que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”. CIJ. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

4 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de RC. 1999, p. 21. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999, párrs. 38, 50-52. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999, párrs. 37, 49-51. TEDH. *Caso de Golder vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1975, párrs. 29-30. TEDH. *Caso de Deumeland vs. Alemania*, Sentencia de 29 de mayo de 1986.

5 CIJ. *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Zeeland)*, Merits, Judgment, Z.C.J. Reports 1974, p. 175, párr. 13.

Por lo que se refiere a la última regla de interpretación de Viena, el juez que interpreta el tratado deberá de saber en qué idioma o idiomas dicho tratado es auténtico, ya que el juez tal vez solo disponga del texto del tratado en un idioma distinto de aquel en que fue autenticado, y salvo que se encuentre en el supuesto del artículo 33 (2), tendría que acudir a un texto auténtico.⁶

La regla sobre la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas señala lo siguiente:

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerado como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o si las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Además de las reglas de interpretación, al momento de aplicar un tratado se deberá de tomar en cuenta, el principio de buena fe y el de *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la CVDT); la regla de prevalencia del derecho internacional: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27 de la CVDT); en este caso se puede presentar la situación en la que el tratado sea contrario a una norma superior del orden interno y, por lo tanto, el juez determine la prevalencia de su norma constitucional comprometiendo con ello la responsabilidad internacional del Estado. También deberá de tomar en cuenta el principio de irretroactividad de los tratados (artículo 28 de la CVDT). Igualmente, las demás reglas de interpretación en materia de tratados que existan en la práctica internacional y que no se encuentran codificadas en la CVDT.⁷

2.1. La interpretación de los tratados de derechos humanos

Como ya lo hemos señalado, los tratados sobre derechos humanos –al ser tratados internacionales– están sujetos a las reglas de interpretación de la CVDT. Sin embargo, también es cierto que se les reconoce una naturaleza especial al buscar establecer un orden público internacional y un conjunto de derechos a favor de los individuos más que derechos y obligaciones recíprocas entre los Estados. Los tratados de derechos humanos habrán de considerarse no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios.⁸

Sin duda alguna lo anterior forma parte del objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos y conlleva a la protección progresiva de los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos. Si el interés jurídico tutelado directamente es el ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garantice la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.⁹

6 Por regla general, los tratados poseen una disposición que se refiere a este supuesto, como ejemplo, el artículo 54 de la CDN, establece: “[e]l original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”.

7 El preámbulo de la CVDT establece: “[...] afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

8 Nikken, P. *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*. Civitas, IIDH, 1987, p. 90. CIJ. *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1951, p. 15, párr. 23.

9 Nikken, P., *op. cit.*, p. 90. CIJ. *Reservations to the Convention on Genocide*, *op. cit.*, p. 15, párrs. 100-101.

Por otro lado, la interpretación de dichos tratados debe de ser evolutiva tomando en consideración las condiciones contemporáneas, la evolución en la protección de los derechos humanos, así como la interpretación progresiva de los mismos.

2.2. La interpretación por instancias internacionales

Una de las características de los tratados de derechos humanos es que crean algún tipo de órgano u órganos de supervisión encargados de velar por el cumplimiento, por parte de los Estados, de los compromisos adquiridos a través de los tratados. En el caso de la CADH, dichos órganos son la CIDH y la Corte IDH; estos órganos, en el ejercicio de las competencias establecidas por la CADH, la aplican e interpretan, contribuyendo a una definición progresiva de los derechos humanos.

La interpretación evolutiva de los tratados ha sido reconocida en diversas ocasiones por la Corte IDH, los tratados internacionales de derechos humanos son “instrumentos vivos” cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.¹⁰

3. Principio de garantía mínima

Los tratados de derechos humanos reconocen que los mismos establecen un mínimo de derechos humanos que no pueden ser violados por los Estados. Esta suerte de garantía mínima no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos que merecen protección. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrecen una protección coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados.¹¹

Los tratados de derechos humanos constituyen un mínimo de protección. A partir de un mínimo definido por un tratado internacional, siempre será posible que el derecho interno o bien otro tratado amplíen el alcance de aquel, es decir, constituyan una norma más protectora; lo que está prohibido es descender el nivel de protección. Bajo el principio de garantía mínima será lícito para un Estado derogar una norma interna que sea más protectora que la norma internacional, siempre y cuando no se descienda del estándar definido por la norma internacional.

4. Principio pro persona

Este principio interpretativo implica que se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente de si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno.

[...] si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe de prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce.¹²

El principio pro persona (también conocido como *pro-homine*) tiene dos manifestaciones o reglas principales: 1. preferencia interpretativa y, 2. preferencia de normas. La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: la interpretativa extensiva y la interpretativa restringida.

10 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 155. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 114.

11 Ver, entre otros, artículo 6.2. del PIDCP, artículo 60 de la CEDH, artículo 5 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

12 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985, párr. 52.

Si uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto del instrumento, y que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos, la interpretación de dichos convenios siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las limitaciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario.

Por su parte, la preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: 1. la preferencia de la norma más protectora y, 2. la de la conservación de la norma más favorable.¹³

4.1. Preferencia de la norma más protectora

El principio pro persona, en el sentido de preferir la norma más protectora (sin importar su ubicación jerárquica) que mejor salvaguarde o menos restrinja el ejercicio de los derechos humanos, así en algunos casos la norma más protectora será la establecida en un tratado internacional; y en otros podrá ser una norma propia del orden jurídico interno que posea un estándar mayor de protección de la persona que la normativa internacional aplicable; o bien podrá ser determinado tratado internacional sobre otro tratado internacional. Asimismo, podría darse el caso de que una norma inferior brinde mayor protección sobre una jerárquicamente superior.

Así parece que el principal operador de dicho principio es el juez, quien tendrá que resolver, en el caso concreto que se le presenta, cuál es la norma que prevalece sobre la otra, al ser más protectora. De este modo, la aplicación del principio pro persona no implica una discusión sobre jerarquía normativa, ni una cuestión de abrogación o derogación de normas, sino al estilo del artículo 27 de la CVDT se trata de un asunto de prevalencia.

La tradicional regla de jerarquía normativa cede ante el carácter más favorable de otra norma, aun de jerarquía inferior. Esto no constituye un problema de legalidad, ya que la norma superior, es decir el tratado, permite la aplicación de la norma inferior en tanto es más protectora.

Esta aplicación del principio puede verse entre otros tratados, en la CADH, la CEDAW, la CDN o la CCT.

4.2. Conservación de la norma más favorable

En esta aplicación del principio pro persona, una norma posterior no derogaría ni desaplicaría una norma anterior, aun de menor jerarquía, en tanto la anterior otorga protecciones mayores a la persona.

5. Las normas de la interpretación de la CADH

El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de naturaleza y efectos diversos (tratados, declaraciones, recomendaciones, resoluciones) y todos han contribuido al desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos.¹⁴

En sus diversos incisos, el artículo 29 limita la interpretación de la CADH, ya que la supresión de los derechos y libertades consagrados en la misma iría en contra de su objeto y fin como tratado de derechos humanos.¹⁵

13 Castilla, K. "El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. n.º 20, IIJ, UNAM, México. enero-junio de 2009, p. 71.

14 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *op. cit.*, párr. 115.

15 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999, párr. 41.

En los tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones hacia los individuos sujetos a su jurisdicción, creando una garantía objetiva que es oponible a los Estados partes. Así, los Estados no pueden limitar ni restringir los derechos consagrados en la CADH en otro sentido ni considerar supuestos distintos a los establecidos por la misma.

Los Estados miembros de la CADH están vinculados por otros tratados de derechos humanos tanto regionales como universales. Dado que su derecho interno consagra una serie de derechos y garantías, cuando en una misma situación sean aplicables, tanto la CADH como otro u otros tratados y la ley interna del Estado, deberá de prevalecer la norma más favorable a la persona humana (principio pro persona).

En el Preámbulo de la CADH se señala que los Estados signatarios reafirman “su propósito de consolidar, en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la CADH y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.¹⁶

Por su parte, el artículo 29 d) prohíbe toda limitación que tenga por efecto restringir o excluir el efecto de la DADDH, la cual es parte del sistema normativo interamericano de protección de los derechos humanos.

Para los Estados partes de la CADH, la fuente concreta de sus obligaciones es, en principio, la propia Convención. Sin embargo, ello no los excluye de las obligaciones que derivan de la DADDH; esta vinculación obligatoria surge por el simple hecho de ser miembros de la OEA.¹⁷ En palabras de la Corte IDH: “[l]a circunstancia de que la D[ADDH] no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos [...]”.¹⁸

Asimismo, el artículo prohíbe excluir o limitar los efectos de otras declaraciones internacionales que por la práctica internacional vinculan a los Estados partes de la CADH.

Las declaraciones son actos por los cuales los Estados manifiestan su apoyo a principios generales que consideran de gran valor, pero no son adoptadas con la formalidad ni la fuerza vinculante de los tratados. No obstante, una declaración puede recoger una norma consuetudinaria, cristalizar su formación o bien puede ser el punto de partida para la generación de una nueva norma consuetudinaria. Por ello, las declaraciones con alguna de estas características poseen fuerza vinculante independiente, aun en los casos en que un tratado internacional haya codificado con posterioridad el contenido de una determinada declaración.

Las reglas del derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y aplicabilidad autónomas respecto a las del derecho internacional convencional, incluso cuando las dos categorías de derecho tengan un contenido idéntico.¹⁹

La jurisprudencia de la Corte IDH ha utilizado el artículo 29 de la CADH en cuatro ámbitos diferentes. Primero, para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la CADH. En este sentido, a la

16 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 44.

17 El carácter vinculante de la DADDH se desprende de dos situaciones: primera, ha quedado incorporada a la carta de la OEA y, segunda, constituye una práctica consuetudinaria en el seno de la OEA en los términos del artículo 38.1 b) del Estatuto de la CIJ.

18 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989, párrs. 46 y 47.

19 CIJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 177.

luz de las reglas de interpretación del artículo 29, la Corte IDH ha acudido a tratados internacionales distintos a la CADH para interpretar ciertas disposiciones de la misma.²⁰

Segundo, las disposiciones del artículo 29 a) para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la CADH. En este sentido, la Corte IDH ha determinado que las responsabilidades ulteriores que podrían restringir el derecho a la libertad de expresión debían de ser no solo “necesarias” como lo establecía el artículo 13, sino específicamente “necesarias en una sociedad democrática”.²¹

Tercero, el artículo 29 b) lo ha empleado para interpretar las garantías de la CADH a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales, como la inclusión de la propiedad comunal de las comunidades indígenas dentro del derecho a la propiedad privada,²² y en las normas de derecho interno, como sería la exigencia de una protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas.²³

Cuarto, ha utilizado el literal c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática de gobierno. La Corte IDH ha utilizado dicho artículo para fijar criterios de interpretación, como el principio de “interpretación evolutiva” de los tratados de derechos humanos, el principio pro persona y la prohibición de privar a los derechos su contenido esencial. También ha utilizado el artículo 29 para determinar el alcance de su competencia consultiva; en este sentido, ha determinado que, en el uso de su competencia consultiva, puede ser necesario la interpretación de la DADDH.²⁴

20 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párrs. 154 y 157.

21 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párrs. 41-44.

22 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 147, 148 y 153.

23 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párrs. 203-205.

24 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párrs. 217-220.

Artículo 30. Alcance de las restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. En adelante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Case of Sunday Times vs. United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979, Series A n.º 30.

TEDH. *Case of Barthold vs. Germany*, Judgment of 25 March 1985, Series A n.º 90.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Comité DHONU. Observación General n.º 25. *Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas*, 1996.

Comité DHONU. Observación General n.º 27. *Libertad de circulación*, 1999.

Contenido

1. Introducción	879
2. Restricciones permitidas por la CADH	879
3. Restricciones establecidas en ley	880
4. Restricciones dictadas por razones de interés general	881

1. Introducción

Los derechos humanos pueden ser limitados en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad. Los tratados de derechos humanos no solo señalan cuáles son los derechos de las personas sino también su posible restricción por parte de los Estados. Las restricciones se refieren a las limitaciones normales que puede imponer la autoridad pública a los derechos de los particulares, en razón del interés público o el bien común en tanto que no existen derechos absolutos.

Si bien se puede afirmar que no existen derechos humanos absolutos, las restricciones deben de ser necesarias y proporcionales de acuerdo con lo establecido por los Estados democráticos. Una primera restricción al ejercicio de los derechos serán los derechos de los demás; el derecho internacional permite restringir los derechos de las personas con la finalidad de armonizarlos con los derechos de los demás. La facultad de restringir los derechos humanos contemplados en los tratados, por parte del Estado, no es discrecional, sino que está limitada y exige el cumplimiento de determinadas condiciones.

Las restricciones, por tanto, no pueden ser indiscriminadas, solamente se permiten aquellas que responden a razones específicamente enumeradas en los tratados internacionales. De tal manera que el artículo 30 de la CADH no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos por ella protegidos, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de tales derechos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.¹

2. Restricciones permitidas por la CADH

A lo largo del texto, podemos encontrar que la CADH establece diversas disposiciones relativas a la aplicación de restricciones a los derechos que el mismo texto convencional contempla:

[Libertad de conciencia y de religión] Artículo 12.3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.²

[...]

[Libertad de pensamiento y de expresión] Artículo 13.2. El ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión no puede estar sujeto a censura previa,³ sino a responsabilidades ulteriores, las que deben de estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...] Artículo 13.4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el objeto exclusivo de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia.⁴

[...]

[Derecho a la propiedad privada] Artículo 21.1. La propiedad privada puede estar subordinada, por ley, su uso y goce al interés social.⁵

1 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 17.

2 Sobre limitaciones de las libertades de conciencia y religión, ver el comentario al artículo 12 a cargo de Huaco.

3 Sobre la prohibición de censura previa, ver el comentario al artículo 13 a cargo de Zelada y Salazar.

4 Cfr. Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. FRC. 2001.

5 Cfr. Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. EPF. 2008. Sobre privaciones y restricciones al derecho de propiedad, ver el comentario al artículo 21 a cargo de Gonza.

[...]

[Derechos políticos] Artículo 23.2. [...] La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades [...] exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.⁶

[...]

[Correlación entre deberes y derechos] Artículo 32.2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias de bien común en una sociedad democrática.⁷

[...]

Sobre la libertad de asociación, la CADH autoriza restricciones a este derecho siempre que las mismas estén previstas por la ley, y sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o derechos y libertades de los demás, pudiendo llegar a la privación de estos derechos a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (artículo 16.3.).⁸

En cuanto al derecho de circulación y residencia (artículo 22 de la CADH), puede ser restringido por una ley en la medida en que sea indispensable en una sociedad democrática, para impedir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. También pueden ser restringidos por ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.⁹

Todas las causales contempladas en la CADH son conceptos indeterminados, los cuales poco a poco serán delimitados por los órganos que la interpretan y por los jueces y legisladores nacionales tomando en consideración las reglas de interpretación de la CVDT, principalmente el principio de buena fe y el objeto y fin del tratado. Recordemos que la CADH como tratado de derechos humanos busca la protección de los derechos humanos de los individuos tanto por parte de su Estado como de los demás Estados partes.

Las restricciones permitidas por el Pacto de San José son las que están establecidas de manera expresa en el tratado, no existen restricciones implícitas; la función del artículo 30 es entonces sujetar las mismas a ciertos requisitos generales para que sean lícitas a la luz de la CADH.

3. Restricciones establecidas en ley

El segundo límite de toda restricción de derechos es que la misma debe de estar establecida en una ley. Como lo establece el artículo 30 de la CADH, las restricciones permitidas no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general. La Corte IDH ha interpretado el concepto “ley” en sentido formal:

6 Con respecto a las limitaciones al derecho a ser elegido, el Comité DHONU ha señalado que: “[e]l derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios [para presentar su candidatura] deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura”. Comité DHONU. Observación General n.º 25. *Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas*, 1996, párr. 17. Sobre regulación de derechos políticos, ver el comentario al artículo 23 a cargo de Caballero, Rábago y García.

7 Sobre correlación entre derechos y deberes, ver el comentario al artículo 32 a cargo de Ferrer y Pelayo.

8 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985. Sobre las limitaciones a la libertad de asociación, ver los comentarios a los artículos 15 y 16 a cargo de Mujica.

9 Sobre restricciones legítimas y *de facto* al derecho de circulación y residencia, ver el comentario al artículo 22 a cargo de Uprimny y Sánchez.

[...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público [...]. La Corte concluye que la expresión leyes, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo [...].¹⁰

Al establecerse las limitaciones a los derechos a través de una ley en sentido formal y someter dicha restricción al proceso legislativo, se permite a las minorías expresar su inconformidad o desacuerdo, lo que logra evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. Los principios de legalidad y de reserva de ley constituyen un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

El requisito de que las restricciones se encuentren establecidas en ley, busca evitar la imposición de restricciones a través de decretos legislativos además que presuponen el requisito de generalidad.

4. Restricciones dictadas por razones de interés general

Las restricciones dictadas por razones de interés general tienen que resultar necesarias en una sociedad democrática, es decir, tiene que existir una necesidad social imperiosa. Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la CADH comprenden todos aquellos bienes que, por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática.¹¹

La restricción de los derechos consagrados en la CADH debe de ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de (un) derecho.¹²

Los conceptos de orden público o bien común, derivados de interés general, cuando se invoquen como razón para imponer una limitación, deben de ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los diversos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la CADH.¹³ La Corte IDH ha interpretado el alcance de las razones de interés general,¹⁴ en el sentido de que las leyes deben de ser adoptadas en función del bien común, concepto que debe de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático.¹⁵

De igual manera la restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.¹⁶

10 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párrs. 26 y 27. La Corte IDH establece que el requisito de ley, en sentido formal, no se contradice con la posibilidad de delegaciones legislativas en la materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la Constitución, *ibidem*, párr. 36.

11 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 73.

12 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 123.

13 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párrs. 66 y 67.

14 Sobre el desarrollo del concepto de interés general, ver los comentarios al artículo 13 a cargo de Zelada y Salazar, a los artículos 15 y 16 a cargo de Mujica, y al artículo 21 a cargo de Gonza.

15 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 29.

16 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párrs. 96 y 133. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párrs. 121 y 123. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 46. Asimismo, *Cfr.* TEDH. *Case of Barthold vs. Germany*, Judgment of 25 March 1985, Series A n.º 90, para. 58. TEDH. *Case of Sunday Times vs. United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979, Series A n.º 30, para. 59. Comité DHONU. Observación General n.º 27. *Libertad de circulación*, 1999, párrs. 14 y 15. Comité DHONU, Observación General n.º 25, *op. cit.*, párrs. 11, 14, 15 y 16.

Artículo 31. Reconocimiento de otros derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención [CADH] otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opiniones consultivas

Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1.

Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10.

Referencias académicas

AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, J. *Derecho de los Tratados*. Porrúa, México, 2010.

Contenido

1. Introducción	882
2. Enmiendas	883
3. Protocolos adicionales	883
4. Protocolos adicionales de la CADH	884

1. Introducción

El artículo en comento permite incluir otros derechos y libertades, no contemplados en la CADH, en el régimen interamericano de protección de los derechos humanos con la finalidad de lograr una protección progresiva de los derechos humanos.

Esto puede ser posible a través de dos mecanismos: primero, mediante enmiendas a la propia CADH (art. 76) y segundo, a través de protocolos adicionales a la CADH (art. 77). Estos dos mecanismos, propios del derecho de los tratados permiten modificar o ampliar algunos aspectos de un tratado internacional. En el caso que nos ocupa, ampliar la protección internacional de algunos derechos humanos, bien no contemplados en un inicio en la CADH o bien abordados en la misma de manera muy general, como sería el caso de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Analicemos a continuación cada uno de estos mecanismos.

2. Enmiendas

El proceso de enmiendas de los tratados está contemplado en los artículos 39 y 40 de la CVDT. Conforme al principio de autonomía de las partes, los tratados multilaterales pueden modificarse por acuerdo entre las partes. La enmienda implica la revisión del tratado multilateral en relación con todos los Estados contratantes.

El acuerdo entre las partes es el principio que rige la modificación de los mismos, la cual recibe diversos nombres: modificación, reforma, enmienda o revisión de tratados. Respecto de la figura de la enmienda, las normas de la CVDT operan de manera subsidiaria, primero hay que aplicar la regla del tratado específico que se pretende someter al proceso de enmienda.

La CADH establece en el artículo 76 la regla aplicable a la propia Convención, así como el proceso de la misma. Primero, la propuesta de enmienda se presenta ante la Asamblea General de la OEA, la cual puede ser presentada por un Estado parte directamente, por la CIDH o la Corte IDH por conducto del Secretario General de la OEA. Posteriormente, una vez aceptada la enmienda, estas entrarán en vigor, respecto de los Estados ratificantes de las mismas, cuando se deposite el instrumento de ratificación que corresponda a los dos tercios de los Estados partes de la CADH. En relación con los demás Estados, entrarán en vigor en el momento en que ratifiquen las enmiendas.

Bajo el esquema clásico de la CVDT, al ser los Estados quienes asumen las obligaciones establecidas en la CADH, se entiende que sean ellos quienes, en principio, tienen el derecho de proponer enmiendas; sin embargo al crearse el SIDH esta posibilidad se amplía a otros órganos, pues se reconoce, a la CIDH y a la Corte IDH, el papel de intérpretes del texto convencional, además de que dichos organismos desarrollan el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos.

Es importante señalar que hasta el día de hoy la CADH no ha sufrido ninguna enmienda.

3. Protocolos adicionales

Otra forma de ampliar la protección de otros derechos y libertades es a través de la celebración de protocolos adicionales a la CADH. Los protocolos adicionales son tratados secundarios que se derivan de un tratado principal y buscan ampliar ciertos aspectos del tratado principal. Si bien, en ese sentido se pueden considerar como ‘dependientes’ del tratado principal, los protocolos son tratados independientes en cuanto a su proceso de celebración, entrada en vigor y ratificación. Por lo tanto, solo vinculan a aquellos Estados que se adhieran al mismo.

En los sistemas internacionales de derechos humanos, los protocolos adicionales han sido muy socorridos,¹ y han sido el instrumento más utilizado para ampliar los derechos consagrados en los tratados principales. Además, dicho proceso parece ser mucho ‘más amigable’ que las enmiendas.

Si bien el primer tratado no se altera, el protocolo adicional podrá ser empleado para interpretar los derechos consagrados en el tratado principal.

Por último, en el caso de protocolos adicionales a la CADH, la Corte IDH podrá, en el ejercicio de sus facultades derivadas del artículo 64 de la Convención, emitir una opinión consultiva sobre dichos tratados, o bien, emitir una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un Estado y los protocolos adicionales.

¹ Tal es el caso de los protocolos adicionales de los siguientes instrumentos: PIDCP, el CEDH, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y la CEDAW.

4. Protocolos adicionales de la CADH

La protección de los derechos humanos en las Américas ha sido ampliada a través de dos protocolos adicionales a la CADH: 1. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, y 2. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

El Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte fue aprobado por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1990 y entró en vigor el 28 de agosto de 1991. Como lo establece su Preámbulo, con dicho protocolo se busca alcanzar un acuerdo internacional que signifique un desarrollo progresivo de la CADH, la cual reconoce el derecho a la vida y restringe la aplicación de la pena de muerte.

El Protocolo de San Salvador, suscrito el 17 de noviembre de 1988 y en vigor a partir del 16 de noviembre de 1999, busca reconocer la interdependencia y universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Resulta de vital importancia que dichos derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático, representativo de gobierno.

CAPÍTULO V - DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C n.º 58. 1999. En adelante: Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151. En adelante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153. En adelante: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n.º 170. En adelante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C n.º 171. En adelante: Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184. En adelante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C n.º 199. En adelante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242. En adelante: Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C n.º 300. En adelante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe Anual 1992-1993. *Documentos Preparatorios del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Documento 5. Informe sobre la primera ronda de consultas sobre el futuro instrumento legal interamericano sobre derecho de las poblaciones indígenas.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referencias académicas

EISSEN, M. "The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual", en *Nordisk Tidsskrift Ret*, n.º 32, 1962.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª. ed., IIDH, San José, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, E., y SILVA GARCÍA, F. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

GARCÍA ROCA, J. "Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

PAUST, J. J. "The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law", en *Harvard Human Rights Journal*, n.º 5, 1992.

SAUL, B. "In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities", en *Columbia Human Rights Law Review*, n.º 32, 2000-2001.

Otras referencias no académicas

Amnistía Internacional. *Muddying the waters. The Draft "Universal Declaration of Human Responsibilities": No complement to human rights*. 1998. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/002/1998/en> (fecha de último acceso 18 de abril de 2017).

Contenido

1. Introducción	887
2. La correlación entre derechos y deberes en la CADH	888
2.1. La correlación entre derechos y deberes en el derecho internacional de los derechos humanos y su problemática	888
2.2. El estatus de las disposiciones del artículo 32 de la CADH	890
3. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática	892
3.1. Los 'derechos de los demás' y la 'seguridad de todos' como limitantes a los derechos	892
3.2. La consideración de las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática	893
3.3. El artículo 32 de la CADH como el origen del test de proporcionalidad en el SIDH	895

1. Introducción

Dentro del Capítulo V de la CADH referente a los deberes de las personas, el artículo 32 establece la existencia de una correlación entre deberes y derechos. Durante los trabajos preparatorios del Pacto de San José, si bien la discusión se enfocó principalmente en la configuración de los derechos para las personas, las obligaciones estatales derivadas de ellos y la conformación institucional de los órganos del SIDH, también se llegaron a abordar, y eventualmente a aprobar, disposiciones tendientes a dotar de equilibrio al nuevo instrumento internacional, como lo es la existente correlación entre derechos y deberes.

Una primera aproximación al tema provino del profesor René Cassin, invitado especial a la Conferencia Especializada que dio como origen a la Convención Americana. En su participación en la sesión inaugural de los trabajos, mencionó que “el universalismo es lo que constituye la base de todos los trabajos y acciones que tienden a proteger y a promover los derechos del ser humano como también sus deberes”.¹

La iniciativa para que una cláusula que contemplara la correlación entre derechos y deberes fuese incluida la presentó la delegación brasileña el 10 de noviembre de 1969 debido a que consideraban que “[e]l proyecto de convención ha[b]ía omitido los importantes principios consagrados en el Artículo XXXVIII de la D[ADDH] y en el Artículo XXIX de la Declaración Universal, los cuales hacen falta en la futura [C]onvención para afirmar la regla jurídica de que no hay derechos sin deberes.”² La iniciativa brasileña fue eventualmente aprobada con un mínimo cambio.³

En el Informe del Relator de la CIDH –organismo técnico asesor de la Conferencia– del día 19 de noviembre de 1969 se mencionó que “se [...] qu[iso] consagrar el principio de que el ejercicio y goce de los derechos conlleva deberes en la sociedad humana. [Dicha disposición] se aprobó a propuesta del Delegado del Brasil. El concepto expresado en el segundo párrafo de este artículo aparece en el Artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.⁴

1 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2. p. 432.

2 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op cit.*, pp. 125-126.

3 *Idem.*, p. 278.

4 *Idem.*, p. 306.

Al igual que en los trabajos preparatorios de la CADH, en los documentos preparatorios del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se discutieron la correlación entre deberes y derechos, y las limitaciones de los derechos en una sociedad democrática. Al respecto, las delegaciones de Colombia, Perú y México mencionaron la pertinencia de este tipo de cláusula. En los trabajos preparatorios también se sumaron a la discusión sobre este tema Chile y Canadá. Por su parte, las organizaciones indígenas coincidieron en que dicha correlación debe ser incluida no sólo en la relación de los Estados con las poblaciones indígenas, sino de estas con las otras poblaciones y al interior de las mismas, dentro del marco de los valores culturales de cada pueblo. De igual forma, afirmaron que debía rechazarse “todo concepto paternalista y etnocida que sostenga lo contrario respecto al crecimiento libre de las poblaciones indígenas”.⁵

Como es posible apreciar, los trabajos preparatorios de la CADH, así como otros ejercicios posteriores no dan mucha luz del rol de este precepto en relación con los otros derechos concretos consagrados en la Convención, al tiempo de que ha sido la Corte IDH quien ha interpretado y aplicado lo dispuesto por este artículo en varias oportunidades en el marco de su competencia consultiva y contenciosa.

En el presente comentario en una primera sección se explicará cómo los individuos poseen deberes conforme al derecho internacional de los derechos humanos y cómo dichos deberes se encuentran íntimamente correlacionados con los derechos humanos de todas y todos. Posteriormente, en una segunda sección, se abordarán los límites que impone la Convención al ejercicio de los derechos, y cómo a partir de estos elementos propuestos en el artículo 32 de la CADH, la Corte IDH ha interpretado en distintas ocasiones los alcances de las restricciones impuestas a los derechos por los Estados partes.

2. La correlación entre derechos y deberes en la CADH

El inciso 1 del artículo 32 dispone que “[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”. En este apartado, se analizará la existente correlación entre derechos y deberes en el derecho internacional de los derechos humanos, así como el estatus de estas disposiciones a partir de la naturaleza del SIDH.

2.1. La correlación entre derechos y deberes en el derecho internacional de los derechos humanos y su problemática

Para algunos autores, en la actualidad, debe estar fuera de toda duda que los individuos tienen deberes emanados de los tratados y del derecho internacional, y que dichos deberes pueden estar relacionados con los derechos humanos.⁶ Así, los derechos humanos pueden implicar deberes para las personas y grupos, o solo a los Estados.⁷

De ahí es que la cuestión a analizar no es si los tratados pueden vincular a los individuos, sino si estos deberes pueden resultar del lenguaje de un tratado particular aun cuando no haya una mención expresa a los mismos.⁸ Los tratados de derechos humanos demuestran que existen deberes que explícitamente afirman, o al menos, quieren expresar implícitamente, que los individuos pueden tener deberes y que pueden ser oponibles ante ciertas acciones de particulares.⁹

5 CIDH. Informe Anual 1992-1993. *Documentos Preparatorios del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Documento 5. Informe sobre la primera ronda de consultas sobre el futuro instrumento legal interamericano sobre derecho de las poblaciones indígenas.

6 Paust, J. J. “The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law”, *Harvard Human Rights Journal*, n.º 5, 1992, p. 51.

7 *Idem*.

8 Paust, J. J. “The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law”, *op. cit.*, pp. 51-52.

9 *Ibidem*, p. 52.

La existencia de estos deberes es evidente en la DUDH tanto en el Preámbulo como en los artículos 28 y 29; respecto a este último artículo se afirma que “[t]oda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Asimismo, señala de forma similar que “[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

La DADDH –instrumento predecesor de la CADH– pone especial énfasis en la correlación entre deberes y derechos, señalando desde su preámbulo que “[e]l cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. Igualmente, establece en el articulado de su capítulo segundo un amplio catálogo de deberes del individuo ante la sociedad, los hijos y los padres, de sufragio, de obediencia a la ley, de servicio a la comunidad, de pagar impuestos, de trabajo, entre otros.

Al igual que estos instrumentos, el PIDCP contiene deberes a cargo de los individuos. En su preámbulo menciona que los individuos “por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto [...]”. Asimismo, el artículo 5.1 dispone que “[n]inguna disposición del [...] Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

El Convenio Europeo dispone en su artículo 17 (Prohibición de Abuso de Derecho) que “[n]inguna de las disposiciones del [...] Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.”¹⁰

En el sistema africano, la Carta de Banjul reconoce ciertos deberes que deben cumplir las personas. El artículo 27 señala que “[t]odo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional.” Además, señala que “[l]os derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común”. El artículo 28 del mismo instrumento señala que “[t]odo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos”. El artículo 29 estipula una serie de deberes a cargo del individuo entre los que se encuentran: “[p]reservar el desarrollo armonioso de la familia”, “[s]ervir a su comunidad nacional poniendo sus aptitudes físicas e intelectuales a su servicio”, “[n]o comprometer la seguridad del Estado del cual sea nacional o residente”, “[t]rabajar al máximo de su rendimiento y pagar los impuestos estipulados por la ley en el interés de la sociedad”, “[p]reservar y reforzar los valores culturales africanos”, entre otros.

De igual manera, otros tratados internacionales en materia de derechos humanos tanto del sistema universal como de los distintos sistemas regionales, establecen diversos tipos de deberes a cargo de las personas.

De la misma forma, los múltiples estatutos que crean y dan lugar a tribunales internacionales para perseguir crímenes de lesa humanidad, como los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y el

10 Sobre la aplicación de este precepto por el TEDH, ver García Roca, J. “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, pp. 27-28.

mismo Estatuto de la Corte Penal Internacional reafirman la idea de que los deberes individuales existen con respecto a los derechos humanos en el ámbito internacional.¹¹

Si bien los individuos no son partes firmantes de los instrumentos internacionales mencionados en los párrafos anteriores, de estos emanan tanto derechos como obligaciones generales que relacionan a los individuos con los tratados y entre sí.¹² Los deberes implícitos de los particulares también se ven reflejados en los mandatos encaminados a la tipificación de cierto tipo de conductas como delictivas.¹³

En los últimos años también se ha analizado en el DIDH el surgimiento de deberes emergentes, como los derivados de las actividades de las grandes corporaciones transnacionales, o de la protección de los derechos ambientales, que pueden afectar a terceros. Asimismo, respecto a violaciones del pasado, se ha llegado a reconocer un tipo de responsabilidad colectiva, como ha ocurrido con las víctimas del Holocausto o de la Segunda Guerra Mundial, así como las víctimas de esclavitud o colonización y respecto a pueblos y comunidades indígenas.¹⁴

En 1997 se intentó por parte de un grupo de notables redactar el proyecto de una “Declaración Universal de Responsabilidades de las Personas”, la cual serviría de complemento a la DUDH en su cincuenta aniversario. Sin embargo, dicho instrumento, lejos de ofrecer claridad en la discusión, se erigió como un manifiesto ético, más que un instrumento jurídico,¹⁵ con poco apoyo y atención internacional,¹⁶ y más aun, dicho documento fue duramente criticado por organizaciones de derechos humanos.¹⁷

La resistencia por parte de organizaciones de derechos humanos a este tipo de ejercicios, y en general a expandir el régimen de obligaciones y deberes más allá de lo ya establecido en los tratados internacionales no es gratuita, en especial si consideramos que los derechos humanos han surgido progresivamente como respuesta a los más atroces abusos de la noción de “obligación” y “deber”.¹⁸ Al respecto, habría que recordar que dentro de la tradición occidental, en el Medievo, los individuos eran poseedores solo de obligaciones y deberes hacia el señor feudal, hacia el monarca y la iglesia. Los derechos humanos, así, empezaron a emerger incipientemente como prerrogativas en contra de estos poderes absolutos. A su vez, el actual movimiento internacional de los derechos humanos emerge a mediados del siglo XX como respuesta al sentido del “deber” inspirado en el nacionalismo más exacerbado, y en última instancia el imperialismo, que alcanzaron su apoteosis durante el régimen nazi.¹⁹

A pesar de este panorama no podemos soslayar que, tal como lo indica la CADH, existe una correlación entre derechos y deberes, el punto es, desde el derecho internacional, encontrar la forma en que estos deberes se articulen en relación con los derechos en sociedades democráticas en donde se respeten los derechos humanos.

2.2. El estatus de las disposiciones del artículo 32 de la CADH

En los casos en que agentes estatales e incluso particulares violan derechos humanos, el Estado tiene la obligación de investigar, sancionar y prevenir dichas conductas, incluso velando con especial atención por las personas que se encuentren de forma individual o colectiva en situación de riesgo. Este marco normativo internacional hace que en los individuos recaiga la obligación de respetar los

11 Paust, J. J. “The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law”, *op cit.*, pp. 56-59.

12 Eissen, M. “The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual”, en *Nordisk Tidsskrift Ret*, n.º 32, 1962, p. 233.

13 Tal como lo estipulan la CIPST o la CIDFP. A este respecto, ver el comentario al artículo 2 a cargo de Ferrer y Pelayo.

14 Saul, B. “In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities”, en *Columbia Human Rights Law Review*, n.º 32, 2000-2001, pp. 596-600.

15 *Idem.*, p. 575.

16 *Idem.*, p. 578.

17 Amnistía Internacional. *Muddying the waters. The Draft “Universal Declaration of Human Responsibilities”: No complement to human rights*. 1998. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/002/1998/en> (fecha de último acceso 18 de abril de 2017).

18 Saul, B. “In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities”, *op cit.*, pp. 608-609.

19 *Idem.* p. 613.

derechos. Adicionalmente, el Estado a su vez, además de la obligación de respeto, tiene la obligación de emitir las normas necesarias y los procedimientos adecuados para llevar a cabo su obligación de garante, conforme a los estándares de los artículos 1 y 2 de la Convención.

La ‘horizontalidad’ de los derechos ha permitido que la Corte IDH haya determinado en varios casos responsabilidad internacional estatal por violación de derechos humanos por no prevenir, investigar y efectivamente sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos aun si estos son particulares, o en su defecto, no se ha podido establecer si eran agentes estatales o no.²⁰

Dada la naturaleza jurídica de la CADH y el hecho de que su objeto sea establecer un sistema de derechos y de garantías para hacerlos valer, y que los principales entes obligados en el respeto y garantía de los derechos sean los Estados partes, nos permite concluir que lo estipulado por el artículo 32 es una disposición de naturaleza distinta a la de los derechos consagrados en el mismo instrumento internacional.

Si observamos la CADH, en los artículos 1 al 26 encontraremos normas que consagran derechos, mientras que el alcance y contenido de las restricciones a los mismos –deseables y necesarios para la convivencia colectiva–, deben observar lo dispuesto en los artículos 30 y 32 de la misma Convención.

Así, por ejemplo, el artículo 30 (alcance de las restricciones) dispone textualmente que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Por otra parte, el reconocimiento de esta realidad en torno a la correlación entre derechos y deberes ha llevado a la Corte IDH, en su jurisprudencia constante, a considerar los elementos del artículo 32 como estándares para evaluar si las restricciones son acordes a la Convención Americana, y decidir si existe o no responsabilidad internacional cuando los Estados delimitan el ejercicio de un derecho.

Así, toda limitación a los derechos, cuando no sea explicitada en la CADH, tendrá que supeditarse a lo dispuesto por los artículos 30 y 32, de lo contrario, la Corte IDH puede determinar que la restricción no es legítima, siendo, en consecuencia, violatoria de este tratado internacional. El limitar o restringir los derechos de forma adecuada, en última instancia, es una cara más de la obligación de garantía, consagrada en los artículos 1 y 2 de la CADH.

Igualmente, cabe decir que lo dispuesto por el artículo 32 de la CADH en varias disposiciones se ve de alguna manera complementado con las restricciones al ejercicio de los derechos que prevén disposiciones específicas del mismo instrumento. Así, por ejemplo, los artículos que estipulan modalidades mediante las cuales el ejercicio de los derechos puede ser restringido o regulado por el Estado. Uno de los casos puede ser el artículo 13 relativo a la libertad de pensamiento y expresión.²¹

En todo caso, los mandatos que contemplan la cláusula del artículo 32 no pueden implicar la anulación y ni siquiera la disminución de los derechos consagrados en los demás artículos de la Convención, sino una forma de determinar si cierta o cual medida restrictiva aplicada por un Estado es válida o no

20 Sin duda, un ejemplo claro es el caso *Campo Algodonero*, en donde no fue posible determinar quién o quiénes habían sido los autores de los asesinatos, ni fue posible determinar si los mismos contaron con apoyo estatal. Ver Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009. Asimismo, ver Ferrer Mac-Gregor, E., y Silva García, F. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

21 El artículo 13 de la CADH sobre la libertad de pensamiento y de expresión señala: [...] 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...] 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

bajo los estándares de la jurisprudencia internacional, es decir, si limita el derecho imponiendo un deber legítimo.

Igualmente, habría que destacar que, como lo señalan algunos autores, ninguna interpretación del artículo 32 puede sugerir que el ejercicio de los derechos consagrados en la CADH depende del ejercicio de los deberes de cada persona.²²

3. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática

El artículo 32.2. de la CADH dispone que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. De esta manera, los límites que pareciesen existir a los derechos, son: los derechos de los demás, la seguridad de todos, las justas exigencias del bien común y, por último, las justas exigencias de una sociedad democrática.

Las restricciones establecidas a los derechos deben ser delineadas por los Estados en su normativa interna. Estas limitaciones o restricciones eventualmente pueden llegar a ser evaluadas por el SIDH en un *test de proporcionalidad* en donde se analiza si las restricciones a los derechos, gobernadas, como se explicó, por los artículos 30 y 32 de la Convención son legítimas. Esta es la aplicación que tiene el artículo 32 en la jurisprudencia de la Corte IDH y que será analizada a continuación.

3.1. Los ‘derechos de los demás’ y la ‘seguridad de todos’ como limitantes a los derechos

En la jurisprudencia de la Corte IDH la aplicación del artículo 32 se ha realizado de la mano del artículo 30 (alcance de las restricciones) del mismo instrumento internacional.

Adicionalmente al requisito fundamental de que las restricciones sean aplicadas conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, la Corte IDH, ha mencionado que las restricciones señaladas por la ley deben responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.²³ Estos son, según la Corte IDH, *finés legítimos*.

En cuanto a la disposición que señala que las restricciones deben asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, se puede decir que debido a la naturaleza de las controversias que se conocen en el SIDH, la posibilidad de llegar a disputas entre los derechos de particulares de forma directa no es posible, ya que como se ha mencionado, los derechos de la CADH son oponibles procesalmente únicamente a los Estados partes de este instrumento.

No obstante lo anterior, la Corte IDH ha llegado a conocer en su más reciente jurisprudencia casos que versan sobre conflictos de derechos entre particulares. En esas oportunidades, el actuar del Estado respecto a los mismos han sido los antecedentes directos de la disputa ante esta instancia internacional. En este punto es importante señalar los casos *Kimel*,²⁴ relativo a libertad de expresión; *Atala Riffo y niñas*, relativo a un litigio de custodia de menores entre dos padres;²⁵ el caso *Albán Cornejo*, relativo a

22 Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª. ed., IIDH, San José, 2004, p. 88.

23 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006.

24 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

25 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

mala praxis médica cometida en un hospital privado en Ecuador,²⁶ o el caso *Forneron e hija* relativo a un proceso de adopción.²⁷

Mientras que respecto al requisito señalado por el artículo 32 de la Convención Americana en el sentido de que las restricciones se funden en “la seguridad de todos”, es pertinente mencionar que en incontables casos la Corte IDH ha conocido de violación a derechos humanos en el contexto de operativos de seguridad pública y actos perpetrados siguiendo una política determinada de seguridad nacional. En la mayoría de los casos, la Corte IDH ha encontrado no solo que se limitaron de forma injustificada derechos inderogables, sino que incluso se llegaron a perpetrar graves violaciones a los derechos humanos de las víctimas. En este sentido, la Corte IDH ha podido documentar graves violaciones a los derechos humanos cometidos en torno a conflictos armados internos en la región en países como Brasil,²⁸ Bolivia,²⁹ Chile,³⁰ Guatemala,³¹ México,³² Paraguay,³³ Perú,³⁴ Venezuela,³⁵ entre otros. En estos casos, se ha establecido que la necesidad de salvaguardar la seguridad no puede llevar al Estado a violar derechos humanos. Así, la Corte IDH ha señalado que “si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”.³⁶

De estas consideraciones se puede concluir que dentro del esquema jurisprudencial de la Corte IDH, la protección de “la seguridad de todos” no puede en ningún caso llevar a que se cometan violaciones a los derechos humanos, como lo son casos de desaparición forzada de personas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, faltas al debido proceso, la negación al acceso a la justicia, entre muchas otras. De esta forma, debe aclararse que la ‘autorización’ del artículo 32 no permite la violación de derechos sino su debida limitación persiguiendo un fin legítimo.

3.2. La consideración de las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática

En la opinión consultiva referente a la *colegiación obligatoria de periodistas*, la Corte IDH consideró que:

el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2. sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. [...] [e]l artículo 32.2. contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.³⁷

La Corte IDH entiende el concepto de “bien común”, dentro del contexto de la Convención, como un estándar “referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”. Así, la Corte IDH consideró que puede estimarse como un imperativo del bien común la organización de la

26 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. FRC. 2007.

27 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. FRC. 2012.

28 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

29 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2009.

30 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

31 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

32 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

33 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. FRC. 2006.

34 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

35 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999.

36 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

37 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985. párr. 65.

vida social de forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.³⁸ Sin embargo, la Corte IDH no ignoró la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos.³⁹

La Corte IDH señaló que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la CADH o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real, según lo establecido en el artículo 29.a) del mismo instrumento. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, para la Corte IDH deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.⁴⁰

A partir de esas consideraciones, la Corte llegó a la conclusión que la colegiación obligatoria de periodistas constituía una restricción a la libertad de expresión que lejos de velar por el bien común, violaba el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, violando el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.⁴¹

Posteriormente, la Corte IDH ha desarrollado el concepto de “bien común” utilizándolo como elemento de la definición de lo que es “ley”. Así, la Corte IDH define que una ley es una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”.⁴² El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común”, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático.⁴³ De ahí que el concepto esbozado en el artículo 32 haya sido ampliamente utilizado por la Corte IDH como parámetro de interpretación y piedra de toque de desarrollo de los ejes rectores de su jurisprudencia.

Igualmente, respecto a la correlación de derechos y deberes en una sociedad democrática, la Corte IDH ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.⁴⁴ Igualmente, ha establecido que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte [...] [y constituye] un ‘principio’ reafirmado por los Estados Americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.⁴⁵

La Corte IDH ha reiterado que las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.⁴⁶

38 *Ibidem*, párr. 66.

39 *Ibidem*, párr. 67.

40 *Idem*.

41 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985. párr. 77.

42 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986. párr. 38.

43 *Ibidem*, párrs. 26-29.

44 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. párr. 191.

45 *Ibidem*, párr. 192.

46 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005. párr. 85.

3.3. El artículo 32 de la CADH como el origen del test de proporcionalidad en el SIDH

Con el fin de evaluar una restricción a los derechos, la Corte IDH –atendiendo a diversos matices y formulaciones dependiendo de la materia a tratar– ha desarrollado un *test*, fundamentado en la interpretación de los artículos 30 y 32 de la CADH. A grandes rasgos, la Corte IDH ha considerado que las restricciones son legítimas cuando: (i) están previstas por la ley, a partir de lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención; (ii) responden a un objetivo legítimo permitido por la CADH de acuerdo con el artículo 32 para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” u otros fines perseguidos por disposiciones específicas de la Convención respecto a cada derecho (como pueden ser las restricciones que se contemplan en materia de libertad de expresión o libertad personal). (iii) Finalmente, las restricciones deben ser necesarias y proporcionales en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

Cabe señalar que la Corte IDH por lo regular divide en varios pasos los elementos anteriormente señalados,⁴⁷ y en ocasiones los desarrolla con mayor amplitud en ciertos casos.⁴⁸

En principio, se podría pensar que el artículo 30 de la CADH –al establecer como requisito para las restricciones que las mismas se encuentren establecidas por la ley–, otorga un mero requisito formal. Sin embargo, este requisito en principio meramente formal, se ve complementado con la definición de ley realizada por la Corte IDH en donde se considera el “bien común” como un elemento sustancial integrador. A su vez, dentro del test de proporcionalidad de la Corte IDH, los demás elementos o principios en juego emanan directamente del artículo 32 relativo a la correlación de deberes y derechos. En su jurisprudencia más reciente, el origen del test de proporcionalidad a partir de lo dispuesto por el artículo 32 raramente es mencionado por la Corte IDH.

La Corte IDH ha aplicado este estándar en diversos casos para, por un lado, desestimar restricciones a los derechos humanos que no cumplan con los estándares convencionales,⁴⁹ o bien para reafirmar restricciones que sean legítimas.⁵⁰ Igualmente, habría que precisar que dependiendo de los derechos involucrados en el caso concreto, el test utilizado por la Corte IDH puede tener diversos matices que son justificables.⁵¹

47 Por ejemplo, en el caso *Kimel*, la Corte IDH consideró analizar: (i) si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectaron la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; (ii) si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; (iii) la necesidad de tal medida, y (iv) la estricta proporcionalidad de la misma. Ver Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008. párr. 58.

48 En el caso *Castañeda Gutman*, la Corte consideró examinar: (i) la legalidad de la medida, (ii) la finalidad de la medida, (iii) la necesidad en una sociedad democrática, y (iv) proporcionalidad de la medida restrictiva, la cual a su vez divide en: a) la existencia de una necesidad social imperiosa - interés público imperativo, b) la exclusividad en la nominación y el medio idóneo menos restrictivo para regular el derecho a ser votado, y c) proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del objetivo legítimo. Ver Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008. párrs. 174 a 205.

49 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

50 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008. párrs. 175-205. Asimismo, en Chile, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura también conocida como ‘Comisión Valech’ establece la reserva de los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante dicha instancia. En el caso particular, la Corte IDH determinó que la restricción de acceso a la información contenida en el archivo de la Comisión Valech resultaba acorde a la CADH, ya que cumplía los estándares de legalidad, finalidad legítima, necesidad, y estricta proporcionalidad. Ver Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. FRC. 2015. párrs. 87 a 102.

51 Ver los matices entre los test de proporcionalidad de los siguientes casos decididos por el Tribunal Interamericano en los años 2007 y 2008: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007. párr. 93. (respecto a restricciones a la libertad personal), Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008. párrs. 58 y ss. (respecto a restricciones a la libertad de expresión). Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008. párrs. 174-205. (respecto a restricciones al ejercicio de derechos políticos).

PARTE II

MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

CAPÍTULO VI- DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión,
y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPÍTULO VII- LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 34

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.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36

1. 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.
2. 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.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y solo 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.
2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

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.

Artículo 39

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

Artículo 40

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.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Referencias académicas

RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en AYALA CORAO, C., MARTIN, C. y RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. (Comp.) *Manual sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Teoría y Práctica*. Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela (en producción).

Otras referencias

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia). *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. 2015, disponible en: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2745>.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 5. Buenos Aires, Argentina, Cejil, 2008.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Los debates sobre el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Democracia*. Documento de Coyuntura n.º 9, Memoria Histórica del Proceso de Reflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2011/2014, disponible en: <https://cejil.org/es/documento-coyuntura-no-9-debates-rol-comision-interamericana-derechos-humanos-democracia-memoria>.

Due Process of Law Foundation. *Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Aportes n.º 16, 2012, disponible en: <http://dplf.org/sites/default/files/1332509827.pdf>.

Due Process of Law Foundation. *La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Aportes n.º 19, 2014, disponible en: <http://dplf.org/es/resources/19-la-reforma-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos>.

Contenido

1. Composición y estructura	898
1.1. Incompatibilidades	899
1.2. Deberes, inmunidades y privilegios de los miembros de la CIDH	900
1.3. Directiva de la CIDH	900
2. Elección de miembros y su directiva	901
3. Funcionamiento	903
3.1. Estatuto y Reglamento	903
3.2. Sede y periodos de sesiones	904
3.3. Secretaría Ejecutiva	905
3.4. Relatorías y grupos de trabajo	906
3.5. Discusiones, quóruns y votaciones	908

1. Composición y estructura

Los redactores de la CADH establecieron que dos órganos serían los competentes para conocer sobre las obligaciones contraídas por los Estados partes al instrumento regional: la CIDH y la Corte IDH. En este comentario, abordaremos las disposiciones convencionales que regulan la función del primero de ellos.¹

La CIDH (o ‘la Comisión’ en adelante para efectos de este comentario) es un órgano principal y autónomo de la OEA, que tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Así la definen el artículo 106 de la Carta de la OEA y los primeros artículos del Estatuto y el Reglamento de la misma Comisión.²

La CIDH fue creada en 1959 durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago, Chile; su existencia es previa a la adopción de la CADH, la cual la incorpora en su texto como uno de los órganos de protección del SIDH, junto con la Corte IDH. Una vez que la CADH entró en vigor, la CIDH adaptó su Estatuto y Reglamento en función de su rol convencional. De tal manera que para comprender a cabalidad sus funciones es imperativo tomar en cuenta los tres instrumentos.

La Comisión está compuesta por siete comisionados/as que actúan a título personal y representan a todos los Estados miembros de la OEA. A diferencia de la Corte IDH, en este caso no es imprescindible que los/las comisionados/as sean juristas (art. 52 de la CADH). Los/las comisionados/as deben ser “personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos”.³ A pesar de que estos requisitos no se encuentran definidos formalmente, la sociedad civil ha hecho aportes que permiten establecer ciertas pautas de interpretación. Por ejemplo, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil por sus siglas en inglés), ha establecido que:

1. La más alta autoridad moral. Hace referencia al público reconocimiento de una actuación personal y profesional intachable y ejemplar reflejo de calidades humanas tales como el compromiso con la efectiva vigencia de los derechos humanos, el decidido e inequívoco aprecio por la dignidad humana y el profundo respeto por la libertad e igualdad de las personas. También

1 Para conocer sobre el trabajo de la Corte IDH, consultar el comentario al Capítulo VIII sobre las Disposiciones Comunes a la Corte IDH a cargo de Alejandra Nuño.

2 Artículo 106 de la Carta de la OEA, artículo 1 del Estatuto y artículo 1 del Reglamento.

3 Artículos 34 y 35 de la CADH, artículo 2 del Estatuto de la CIDH y artículo 1 de su Reglamento.

existe una vara mínima respecto a la tacha que implica haber participado en gobiernos autoritarios o dictatoriales, [...] [en la comisión] de violaciones de derechos humanos, [...] sostenido posiciones ideológicas incompatibles con la promoción de la dignidad humana o la protección internacional de los derechos humanos, etc.

2. Reconocida competencia en materia de derechos humanos. Con relación a la competencia, la experiencia en este campo no se limita a la formación académica en este ámbito, sino también al ejercicio profesional en esta área, la habilidad intelectual para traducir los hechos y argumentos en sólidos análisis jurídicos y políticos, la capacidad para abordar diversas áreas fundamentales para el desarrollo de las funciones del órgano: especialidades jurídicas (V.g. derecho del refugio), temáticas (V.g. género), habilidades técnicas (V.g. documentación o implementación de políticas públicas en derechos humanos), entre otras. En este ejercicio, las calidades jurídicas, profesionales y humanas de los candidatos deben primar sobre los vínculos y lealtades políticas.⁴

Los miembros de la CIDH son elegidos por cuatro años, asimismo no puede formar parte de la CIDH más de un nacional de un mismo Estado.⁵ En razón de género, desde la primera conformación de la CIDH en 1960 hasta 2016, ha habido 67 integrantes, de los cuales, 57 han sido hombres y tan solo 10 han sido mujeres.⁶

1.1. Incompatibilidades

El artículo 8 del Estatuto y el artículo 4 del Reglamento de la CIDH señalan la existencia de ciertas incompatibilidades en relación con el ejercicio del cargo de Comisionado/a y definen el procedimiento a seguir en la consideración y resolución de un caso.

En ese marco se establece que el cargo de miembro de la CIDH es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieran afectar su independencia, su imparcialidad, o la dignidad, o el prestigio de dicho cargo. En el momento de asumir sus funciones, los miembros se comprometerán a no representar a víctimas o sus familiares, ni a Estados, en medidas cautelares, peticiones y casos individuales ante la CIDH, por un plazo de dos años, contados a partir del cese de su mandato como miembros del órgano.

En caso de que se presente una posible situación de incompatibilidad, esta será resuelta por la propia CIDH con el voto afirmativo de por lo menos cinco de sus miembros. La persona cuestionada tendrá la oportunidad de ser oída antes de que se tome la decisión. Si se llegara a declarar la existencia de la incompatibilidad, la Comisión elevará el caso con sus antecedentes por conducto del secretario general a la Asamblea General de la OEA, la cual decidirá al respecto. La declaratoria de incompatibilidad por parte de la Asamblea General, será adoptada con una mayoría de los dos tercios de los Estados miembros de la Organización y causará la inmediata separación del cargo del miembro de la Comisión, pero no invalidará las actuaciones en las que hubiera intervenido.

4 Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005.

5 Artículo 37.1 de la CADH y artículo 7 del Estatuto de la Comisión.

6 En la Asamblea General de la OEA celebrada en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos, en junio de 2015, fueron elegidos como comisionados: Enrique Gil Botero (ciudadano de Colombia), Francisco Eguiguren Praelli (ciudadano de Perú) y como comisionadas: Margarette May Macaulay (ciudadana de Jamaica y anterior jueza de la Corte IDH) y Esmeralda Arosena de Troitiño (ciudadana de Panamá). Enrique Gil Botero renunció a su cargo como comisionado en febrero de 2017. Este cargo fue ocupado por Luis Ernesto Vargas en mayo de 2017. Dichos mandatos comenzaron a regir el 1 de enero de 2016. La integración de la CIDH la completaron el brasilero Paulo Vannuchi, el estadounidense James Cavallaro, y el mexicano José de Jesús Orozco Henríquez, cuyos mandatos culminaron en 2017; en junio de ese mismo año fueron elegidos como nuevos comisionados Joel Hernández García de México, Flavia Cristina Provesan de Brasil, y Antonia Urrejola Noguera de Chile.

1.2. Deberes, inmunidades y privilegios de los miembros de la CIDH

El artículo 9 del Estatuto dispone que son deberes de los/las comisionados/as:

1. Asistir, salvo impedimento justificado, a las reuniones ordinarias y extraordinarias que celebre la Comisión en su sede permanente o en aquella a la que haya acordado trasladarse transitoriamente.
2. Formar parte, salvo impedimento justificado, de las Comisiones Especiales que la Comisión acuerde integrar para el desempeño de observaciones *in loco*, o para realizar cualquier otro de los deberes que le incumban.
3. Guardar absoluta reserva sobre todos los asuntos que la Comisión considere confidenciales.
4. Guardar, en las actividades de su vida pública y privada, un comportamiento acorde con la elevada autoridad moral de su cargo y la importancia de la misión encomendada a la Comisión.

Por su parte, el artículo 10 del mismo instrumento destaca que, en caso de grave violación de alguno de los deberes por parte de algún/a comisionado/a, previa escucha de su testimonio, con el voto afirmativo de cinco de sus miembros, la CIDH someterá el caso a la Asamblea General de la OEA, la cual decidirá si procede separarlo/a de su cargo.

En cuanto a las inmunidades y privilegios de que gozan los/las comisionados/as desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, el artículo 12 del Estatuto distingue los que les corresponden en el territorio de los Estados miembros de la OEA que son parte de la CADH y aquellos que no lo son. En los primeros, les corresponden “las inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones” (inciso 1). En los segundos, tendrán “los privilegios e inmunidades correspondientes a sus cargos, necesarios para desempeñar con independencia sus funciones” (inciso 2). Por último, se señala que el régimen de inmunidades y privilegios podrá reglamentarse o complementarse mediante convenios multilaterales o bilaterales entre la Organización y los Estados miembros (inciso 3).

1.3. Directiva de la CIDH

El artículo 14 del Estatuto y el artículo 6 del Reglamento establecen que la directiva de la CIDH está compuesta por un/a presidente, un/a primer/a vicepresidente y un/a segundo/a vicepresidente, que serán elegidos/as por mayoría absoluta de sus miembros.

Los artículos 8, 9 y 10 del Reglamento de la CIDH definen las atribuciones de la Presidencia así como los tiempos de permanencia en los cargos directivos y cómo proceder en casos de renuncia, vacancia y sustitución.

Los integrantes de la directiva tienen mandato de un año de duración y pueden ser reelegidos en sus cargos solo una vez en cada periodo de cuatro años. En caso de que un miembro de la directiva renuncie a su cargo o deje de ser miembro de la CIDH, esta llenará su puesto en la sesión inmediata posterior, por el tiempo que reste del mandato (art. 9, inciso 1). Mientras tanto, la sustitución tendrá lugar por orden de jerarquía –también en los casos en que alguno/a se viere impedido/a de desempeñar sus funciones temporalmente–. Así, el primer vicepresidente sustituirá al presidente y el segundo vicepresidente sustituirá al primer vicepresidente. Para el caso de vacancia, ausencia o impedimento del segundo vicepresidente, lo sucederá el miembro más antiguo o de mayor edad, de acuerdo con el orden de precedencia dispuesto en el artículo 3 del Reglamento.

Por su parte, el/la presidente cuenta con las siguientes atribuciones: (a) representar a la Comisión ante los otros órganos de la OEA y otras instituciones; (b) convocar a sesiones de la Comisión, de conformidad con el Estatuto y el Reglamento; (c) presidir las sesiones de la Comisión y someter a su consideración las materias que figuren en el orden del día del programa de trabajo aprobado para el correspondiente periodo de sesiones; decidir las cuestiones de orden que se susciten durante las deliberaciones; y someter asuntos a votación de acuerdo con las disposiciones

pertinentes del Reglamento; (d) conceder el uso de la palabra a los miembros en el orden en que la hayan solicitado; (e) promover los trabajos de la Comisión y velar por el cumplimiento de su programa-presupuesto; (f) rendir un informe escrito a la Comisión, al inicio de sus periodos de sesiones, sobre las actividades desarrolladas durante los recesos en cumplimiento de las funciones que le confieren el Estatuto y el Reglamento; (g) velar por el cumplimiento de las decisiones de la Comisión; (h) asistir a las reuniones de la Asamblea General de la OEA y a otras actividades relacionadas con la promoción y protección de los derechos humanos; (i) trasladarse a la sede de la Comisión y permanecer en ella durante el tiempo que considere necesario para el cumplimiento de sus funciones; (j) designar comisiones especiales, comisiones *ad hoc* y subcomisiones integradas por varios miembros, con el objeto de cumplir cualquier mandato relacionado con su competencia; y (k) ejercer cualquier otra atribución conferida en el Reglamento u otras tareas que le encomiende la Comisión.

El/la presidente puede delegar en uno/a de los/las vicepresidentes o en otro miembro de la CIDH las atribuciones especificadas en los incisos a, h y k.

2. Elección de miembros y su directiva

En relación con el artículo 36 de la CADH, los artículos 3 a 6 del Estatuto de la Comisión definen el proceso de selección de los/as comisionados/as.

Los miembros de la Comisión son elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos/as propuestos/as por los gobiernos de los Estados miembros; a diferencia de la elección de los jueces y juezas de la Corte IDH, en la que participan solo los Estados parte de la CADH (art. 53 del mismo instrumento). Cada gobierno puede proponer un máximo de tres candidatos/as que pueden ser nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización. Cuando se proponga una terna, al menos uno de los/las candidatos/as deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente. Los/las comisionados/as serán elegidos por cuatro años y solo podrán ser reelegidos una única vez.

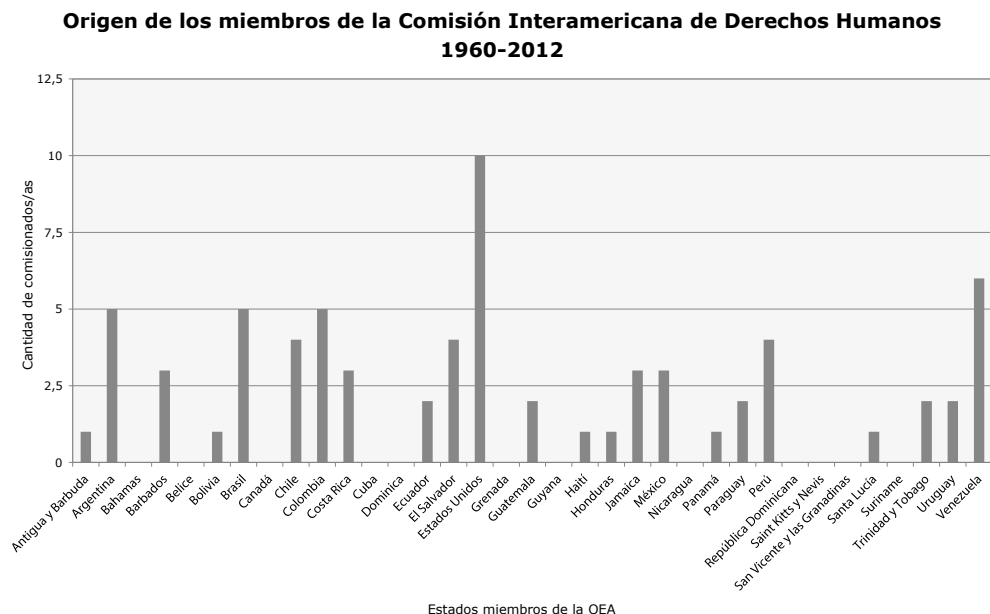
Seis meses antes de la celebración del periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, previa a la terminación del mandato para el cual fueron elegidos los miembros de la Comisión, el secretario general de la OEA deberá pedir por escrito a cada Estado miembro de la Organización que presente sus candidatos dentro de un plazo de noventa días. Posteriormente, el secretario general preparará, en orden alfabético, una lista de los/las candidatos/as presentados/as y la transmitirá a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la celebración de la Asamblea General. La elección de los miembros de la Comisión se hace con base en dicha lista por votación secreta de la Asamblea General, y resultarán elegidos/as los/as candidatos/as que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los Estados miembros. En caso de que sea necesario realizar varias votaciones para elegir a los miembros, se eliminarán sucesivamente a los candidatos que reciban menor número de votos, en la forma que determine la propia Asamblea General.

En atención a los reclamos de la sociedad civil por un proceso de selección de comisionados/as y jueces/juezas público, transparente e inclusivo,⁷ en 2005 la Asamblea General de la OEA incorporó una práctica con esas características al solicitar a la Secretaría General que, al momento de presentarse una candidatura para integrar la Comisión o Corte IDH, publique los respectivos *curriculum vitae* de los/as candidatos/as en la página web de la Organización, a fin de que los Estados miembros y la sociedad civil en general estén adecuadamente informados sobre el perfil del/la candidato/a. Asimismo, en ese marco, la Secretaría General debe emitir un comunicado de prensa notificando la publicación de dicha información. Adicionalmente, la Asamblea General invitó a los Estados miembros a que consideren la

7 Ver Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005.

posibilidad de conocer los puntos de vista de las organizaciones de la sociedad civil con la finalidad de que se presenten las mejores candidaturas para ocupar dichos cargos.⁸

El siguiente gráfico muestra la cantidad de comisionados/as según su país de origen, desde 1960 hasta la actualidad.⁹



Tal y como se observa, Estados Unidos, Venezuela y Argentina son los países que cuentan con una mayor cantidad de comisionados/as de su nacionalidad. Hay un bajo índice de representación de comisionados/as originarios/as de los pequeños Estados insulares del Caribe, y doce Estados no han tenido nunca un nacional como miembro de la CIDH.

Por otro lado, la renuncia de un miembro de la Comisión deberá ser presentada por escrito al/a la presidente de la CIDH.¹⁰ De presentarse esta situación, el artículo 11 del Estatuto de la Comisión establece, en línea con lo dispuesto en el artículo 38 de la CADH, que al producirse una vacante que no se deba al vencimiento normal del mandato, el/la presidente de la Comisión lo notificará inmediatamente al secretario general de la OEA, quien lo pondrá en conocimiento de los Estados miembros de la Organización. Para llenar la vacante, cada gobierno podrá presentar un/a candidato/a dentro del plazo de treinta días desde la fecha de recibo de la comunicación del secretario general. Este preparará una lista por orden alfabético de las personas propuestas y la comunicará al Consejo Permanente de la Organización, el cual llenará la vacante. Cuando la expiración del mandato fuese dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurriera una vacante, esta no se llenará.

8 Ver OEA. AG/RES. 2120 (XXXV-O/05) y OEA. AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06).

9 La Resolución VI adoptada el 31 de enero de 1962 en la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el SIDH. Aquella quedó sin efecto según lo dispuesto en la Resolución AG/RES.2438 (XXXIX-O/09), aprobada en San Pedro Sula, Honduras, el 9 de junio de 2009, en el 39º periodo ordinario de sesiones. Asimismo, dicha resolución estableció que la participación de Cuba en la OEA será el resultado de un proceso de diálogo iniciado a solicitud del Gobierno de ese Estado y de conformidad con las prácticas, propósitos y principios de la OEA.

10 Artículo 5 del Reglamento.

Por último, en cuanto a las elecciones de la directiva de la CIDH, el artículo 7 del Reglamento señala que:

1. La elección de los cargos [...] [de presidente, primer/a y segundo/a vicepresidente] se llevará a cabo con la sola participación de los miembros presentes.
2. La elección será secreta. Sin embargo, por acuerdo unánime de los miembros presentes, la Comisión podrá acordar otro procedimiento.
3. Para ser electo en cualquiera de [estos] cargos [...] se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.
4. Si para la elección de alguno de estos cargos resultare necesario efectuar más de una votación, se eliminarán sucesivamente los nombres que reciban menor número de votos.
5. La elección se efectuará el primer día del primer periodo de sesiones de la Comisión en el año calendario.

3. Funcionamiento

3.1. Estatuto y Reglamento

El Estatuto y el Reglamento de la CIDH son los instrumentos que delinear y definen las cuestiones procedimentales para su operatividad.

El artículo 22 del Estatuto determina que el mismo podrá ser modificado por la Asamblea General y que la CIDH formulará y adoptará su propio Reglamento, el cual, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 79, podrá modificarse por la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. El artículo 78 del Reglamento dispone que cualquier duda que surja en lo que respecta a la interpretación del mismo, deberá ser resuelta por la mayoría absoluta de los miembros de la CIDH.

3.1.1. Antecedentes

Como se mencionó anteriormente, la Comisión fue creada en agosto de 1959 mediante la Resolución n.º VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago, Chile. Debido a que la existencia de la CIDH es previa a la adopción de la CADH en 1969, sus primeros Estatutos y Reglamentos datan de años anteriores.

Su primer Estatuto fue aprobado por el Consejo de la Organización en las resoluciones del 25 de mayo y el 8 de junio de 1960. Durante el primer periodo de sesiones de la CIDH, la misma, tras revisar distintos proyectos, el 24 de octubre de 1960 finalmente aprobó la versión definitiva de su primer Reglamento.¹¹ Este instrumento que regula los procedimientos ante la CIDH fue enmendado en tres oportunidades, en los periodos de sesiones correspondientes a 1961, 1962 y 1966. El Estatuto, por su parte, fue modificado en abril de 1966 durante el décimo tercer periodo de sesiones de la CIDH en la Ciudad de México, en el cual se incorporaron las enmiendas introducidas por la Resolución n.º XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, llevada a cabo en Río de Janeiro, Brasil, en noviembre de 1965.

Con la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires en 1970 y de la CADH en 1978, la Comisión debió adaptar los instrumentos que regulaban su funcionamiento a una nueva realidad.

3.1.2. Relación con la Corte IDH

La reforma de la Carta de la OEA elevó su estatus al de “órgano principal de la Organización”,¹² y la CADH creó un sistema regional de protección de derechos humanos conformado por la Comisión y

11 OEA. Doc. OEA/Ser.L/V/I.2, Rev. 2.

12 Cabe destacar que en el sistema universal no existe un órgano principal en el seno de la ONU que se ocupe de la promoción, protección y defensa de los derechos humanos. La extinta Comisión de Derechos Humanos operaba bajo la

la naciente Corte IDH. Así, algunas de las funciones de la CIDH tuvieron estrecha relación con las de la Corte IDH, por lo que se hizo imperioso un cambio en su Estatuto y Reglamento.

En octubre de 1979 en el noveno periodo ordinario de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, la Asamblea General de la OEA aprobó mediante la Resolución n.º 447 un nuevo Estatuto de la CIDH,¹³ el cual sigue vigente hasta nuestros días.¹⁴

En abril de 1980 –año en el que la Corte IDH inició sus labores– durante su cuadragésimo noveno periodo de sesiones, la CIDH aprobó un nuevo Reglamento en el que incluyó un capítulo que rige las ‘Relaciones con la Corte Interamericana de Derechos Humanos’. Durante la década de los 80, debido al número reducido de países que habían reconocido su competencia contenciosa, el Tribunal Interamericano ejerció especialmente sus funciones consultivas. En 1988 emitió su primera sentencia de fondo,¹⁵ marcando el inicio de desarrollo sustantivo de estándares regionales.

3.1.3. Proceso de fortalecimiento al SIDH

Al inicio del siglo XXI, el SIDH entró en un profundo proceso de reflexión que continúa hasta nuestros días. En ese contexto, los Reglamentos de la Comisión y de la Corte IDH han sido reformados en reiteradas ocasiones en la primera década del nuevo siglo.¹⁶ Las reformas a los Reglamentos de ambos órganos han ido reconociendo progresivamente el rol central de las víctimas en el litigio internacional. Es importante destacar que a pesar de que la propia Comisión y Corte IDH son quienes tienen la facultad de realizar tales modificaciones, ambos órganos han abierto a consulta sus propuestas de reformas. En todo ese proceso, pese a las limitaciones de los mecanismos institucionales, han sido de vital importancia la participación e incidencia de la sociedad civil en las discusiones.¹⁷

3.2. Sede y periodos de sesiones

El artículo 16 del Estatuto establece que la CIDH tendrá su sede en Washington, D.C., Estados Unidos, y contará con la facultad de trasladarse y reunirse en el territorio de cualquier Estado del continente americano cuando lo decida por mayoría absoluta de votos y con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo.

El mismo artículo prevé que la CIDH se reúna en sesiones ordinarias y extraordinarias de conformidad con su Reglamento, el cual dispone en su artículo 14 lo siguiente:

1. La Comisión celebrará al menos dos periodos ordinarios de sesiones al año durante el lapso previamente determinado por ella y el número de sesiones extraordinarias que considere necesario. Antes de la finalización del periodo de sesiones se determinará la fecha y lugar del periodo de sesiones siguiente.

órbita del Consejo Económico y Social, y el actual Consejo de Derechos Humanos lo hace en el marco de la Asamblea General de la ONU.

13 Adicionalmente, en esa oportunidad, a través de la Resolución n.º 448, la Asamblea General de la OEA adoptó el primer Estatuto de la Corte IDH.

14 Como antecedente de este documento está la resolución CP/RES. 253 (343/78) intitulada “transición entre la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, la cual fue adoptada por el Consejo Permanente de la OEA el 20 de septiembre de 1978.

15 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

16 En el caso de la Comisión Interamericana, el Reglamento de 1980 ha sido reformado por la propia Comisión en el año 2000 durante el 109º periodo extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre, posteriormente en su 116º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, en su 118º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003, en su 126º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 27 de octubre de 2006, en su 132º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008, y en su 137º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

17 Ver aportes de la sociedad civil en CP/CAJP-1813/01 de 15 de mayo de 2001, y CP/CAJP-2717/09 de 27 de marzo de 2009; así como en ocasión de la última reforma del artículo 11 del Reglamento de la CIDH ver: <http://www.oas.org/council/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp#Orga%20Sociedad%20Civil>.

2. Los periodos de sesiones de la Comisión se celebrarán en su sede. Sin embargo, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, la Comisión podrá acordar reunirse en otro lugar con la anuencia o por invitación del respectivo Estado.
3. Cada periodo se compondrá de las sesiones necesarias para el desarrollo de sus actividades. Las sesiones tendrán carácter reservado, a menos que la Comisión determine lo contrario.
4. El miembro que, por enfermedad o por cualquier causa grave se viere impedido de asistir a todo o a una parte de cualquier periodo de sesiones de la Comisión, o para desempeñar cualquier otra función, deberá así notificarlo, tan pronto le sea posible, al secretario ejecutivo, quien informará al presidente y lo hará constar en acta.

En los últimos años, ocasionalmente, la CIDH ha hecho uso de la facultad de sesionar fuera de su sede a fin de dar a conocer y promocionar el SIDH, y difundir su trabajo.

3.3. Secretaría Ejecutiva

El artículo 40 de la CADH prevé que la CIDH cuente con los servicios de una Secretaría, los cuales deberán ser desempeñados por una unidad funcional especializada, parte de la Secretaría General de la OEA. De acuerdo con el artículo 21 del Estatuto, la Secretaría se encuentra a cargo de una unidad administrativa especializada bajo la dirección de un/a secretario/a ejecutivo/a. Asimismo, el artículo 11.1. del Reglamento¹⁸ especifica que la Secretaría Ejecutiva estará compuesta por un/a secretario/a ejecutivo/a y por lo menos un/a secretario/a ejecutivo/a adjunto/a, así como por el personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus labores. El artículo 12 del Reglamento dispone que, en casos de ausencia o impedimento, el/la secretario/a ejecutivo/a será sustituido/a por el/la adjunto/a y a falta de ambos/as, designarán temporalmente a uno de los especialistas de la Secretaría Ejecutiva para sustituirlos/as.

En concordancia con el artículo 40 de la CADH, el artículo 21 del Estatuto señala que la Secretaría de la Comisión debe disponer de los recursos y del personal necesario para cumplir con las tareas que le encomiende la Comisión. En el mismo marco, se requiere que, al igual que los miembros de la Comisión, el/la secretario/a ejecutivo/a sea una persona de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. El artículo 11.2. del Reglamento añade que debe tratarse de alguien con experiencia previa e independiente.

El artículo 11.4. del Reglamento dispone que, previo a iniciar su periodo en el cargo y durante el mismo, el/la secretario/a ejecutivo/a y su adjunto/a revelarán a la Comisión cualquier interés que pueda ser considerado en conflicto con el ejercicio de sus funciones. Según el artículo 12 del Reglamento, al momento de asumir sus funciones el/la secretario/a Ejecutivo/a se comprometerá a no representar a víctimas o sus familiares, ni a Estados, en medidas cautelares, peticiones y casos individuales ante la CIDH, por un plazo de dos años, contados a partir del cese de sus funciones.

El/la secretario/a Ejecutivo/a será responsable de las actividades de la Secretaría y asistirá a la Comisión en el ejercicio de sus funciones. El artículo 13 del Reglamento dispone que “[l]a Secretaría Ejecutiva preparará los proyectos de informe, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomienden la Comisión o el presidente[,] [...] recibirá y dará trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión [y] podrá también solicitar a las partes interesadas

18 En marzo de 2011, durante su 141º periodo ordinario de sesiones, la Comisión Interamericana aprobó un borrador de reforma del artículo 11 de su Reglamento y lo abrió para la consulta y comentarios de los Estados y de la sociedad civil. Tras sendas discusiones, la versión final fue aprobada el 2 de septiembre de 2011, y su contenido final se refleja en esta sección. Para un panorama amplio de este proceso ver: Due Process of Law Foundation. *Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aportes* n.º 16, 2012, disponible en: <http://dplf.org/sites/default/files/1332509827.pdf>. Due Process of Law Foundation. *La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aportes* n.º 19, 2014, disponible en: <http://dplf.org/es/resources/19-la-reforma-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos>. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia). *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. 2015, disponible en: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2745>.

la información que considere pertinente [...]” En ese contexto, el artículo 12 remarca que todo el personal de la Secretaría Ejecutiva tiene el deber de guardar la más absoluta reserva sobre todos los asuntos que la CIDH considere confidenciales.

El artículo 12 del Reglamento define las siguientes atribuciones del/de la secretario/a ejecutivo/a: (a) dirigir, planificar y coordinar el trabajo de la Secretaría Ejecutiva y coordinar los aspectos operativos de la labor de los grupos de trabajo y relatorías; (b) elaborar, en consulta con el presidente, el proyecto de programa-presupuesto de la Comisión, que se regirá por las normas presupuestarias vigentes para la OEA, del cual dará cuenta a la Comisión; (c) preparar, en consulta con el presidente, el proyecto de programa de trabajo para cada periodo de sesiones; (d) asesorar al presidente y a los miembros de la Comisión en el desempeño de sus funciones; (e) rendir un informe escrito a la Comisión, al iniciarse cada periodo de sesiones, sobre las labores cumplidas por la Secretaría Ejecutiva a contar del anterior periodo de sesiones, así como de aquellos asuntos de carácter general que puedan ser de interés de la Comisión; y (f) ejecutar las decisiones que le sean encomendadas por la Comisión o el presidente.

El artículo 21 del Estatuto y 11.3. del Reglamento definen el proceso de selección de la persona a cargo de la Secretaría Ejecutiva, quien será designada por el/la secretario/a general de la OEA en consulta con la CIDH.

La Comisión llevará a cabo el siguiente procedimiento interno para identificar el/la candidata/a más calificado/a y remitir su nombre al/a la secretario/a general, proponiendo su designación por un periodo de cuatro años que podrá ser renovado una vez:

1. Realizará un concurso público para llenar la vacante y publicará los criterios y calificaciones para el cargo, así como una descripción de las tareas a ser desempeñadas.
2. Revisará las solicitudes recibidas e identificará entre tres y cinco finalistas, quienes serán entrevistados para el cargo.
3. Las hojas de vida de los/as finalistas se harán públicas, incluyéndolas en la página web de la Comisión, durante el mes anterior a la selección final con el objeto de recibir observaciones sobre los/as candidatos/as.
4. Determinará el/a candidato/a más calificado/a, teniendo en cuenta las observaciones, por mayoría absoluta de sus miembros.

Por último, para que el/la secretario/a general pueda proceder a la separación del/de la secretario/a ejecutivo/a de la CIDH deberá consultar su decisión con la Comisión e informarle de los motivos en que se fundamenta.

3.4. Relatorías y grupos de trabajo

La CIDH tiene una división de trabajo interna que tiene por objeto garantizar el mejor desempeño y cumplimiento de sus funciones. El artículo 15 del Reglamento define el marco operativo para las relatorías y grupos de trabajo.

La Comisión puede asignar tareas o mandatos específicos a uno o a un grupo de sus miembros con vista a la preparación de sus periodos de sesiones o para la ejecución de programas, estudios o proyectos especiales. Asimismo, puede designar a sus miembros como responsables de relatorías de país, en cuyo caso asegurará que cada Estado miembro de la OEA cuente con un/a relator/a; quien ejercerá las responsabilidades de seguimiento que la Comisión le asigne, y al menos una vez al año informará al pleno sobre las actividades llevadas a cabo.¹⁹ De igual manera, puede crear relatorías temáticas o especiales con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos en el continente respecto de áreas de especial interés. Los mandatos serán evaluados en forma periódica y sujetos a revisión, renovación o terminación por lo menos cada tres años. El inciso

19 Si bien el Reglamento no hace ningún pronunciamiento al respecto, se desprende que ningún miembro de la Comisión podrá ser designado relator/a de su país de origen.

3 del artículo 15 establece que los fundamentos de la decisión de creación de este tipo de relatorías serán plasmados en una resolución adoptada por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión, en la que se dejará constancia de la definición del mandato conferido –incluyendo sus funciones y alcances– y la descripción de las actividades a desarrollar, así como los métodos de financiamiento proyectados con el fin de sufragarlas.

Las personas a cargo de las relatorías temáticas y especiales desempeñarán sus actividades en coordinación con aquellas a cargo de las relatorías de país. Los/as relatores/as presentarán sus planes de trabajo al pleno de la CIDH para aprobación, y por lo menos una vez al año, le rendirán un informe escrito sobre las labores realizadas. De igual manera, se espera que llamen la atención del pleno de la Comisión sobre cuestiones que, habiendo llegado a su conocimiento, puedan ser consideradas como materia de controversia, grave preocupación o especial interés de la Comisión.

Las relatorías temáticas estarán a cargo de un miembro de la CIDH, designado por el mismo órgano durante sus periodos de sesiones. Las relatorías especiales estarán a cargo de otras personas, elegidas a través de un proceso de selección definido en el inciso 4 del artículo 15 que dispone que serán designadas por la Comisión conforme a los siguientes parámetros: (a) convocatoria a concurso abierto para llenar la vacante, con publicidad de los criterios a ser empleados en la elección de postulantes, de sus antecedentes de idoneidad para el cargo, y de la resolución de la CIDH aplicable al proceso de selección; (b) elección por voto favorable de la mayoría absoluta de miembros de la Comisión y publicidad de los fundamentos de la decisión.

Los/as relatores/as especiales ejercerán sus funciones en coordinación con la Secretaría Ejecutiva, la cual podrá delegarles la preparación de informes sobre peticiones y casos. El ejercicio del cargo será por un periodo de tres años, renovable por única vez, a menos que el mandato de la relatoría concluya antes de que se cumpla ese periodo. La CIDH, por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros, podrá decidir reemplazar a un relator o relatora especial, por causa razonable. Se espera que previo al proceso de designación, y durante el ejercicio de su cargo, estos/as revelen a la Comisión todo interés que pueda estar en conflicto con el mandato de la relatoría.

Actualmente, la Comisión Interamericana cuenta con nueve relatorías temáticas sobre: Pueblos Indígenas, creada en 1990; Mujeres, creada en 1994; Personas Migrantes, creada en 1996;²⁰ Niños, Niñas y Adolescentes, creada en 1998; Personas Privadas de Libertad, creada en 2004; Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, creada en 2005; Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, y Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGTBI) ambas creadas en 2011,²¹ y Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²²

Adicionalmente, hay una relatoría especial sobre Libertad de Expresión creada en 1997, la cual presenta informes de países, temáticos y anuales diferenciados. Por último, también existe una unidad especializada sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creada en 2012, la misma a la que en abril de 2014 se le encomendó iniciar un proceso para la constitución de una relatoría especial tan pronto se cuente con los fondos necesarios para ello.

20 Originalmente creada como Relatoría de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. El 30 de marzo de 2012, en el marco de su 144º periodo de sesiones, la CIDH decidió modificar su mandato, según expresó: “[e]n respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, el nuevo mandato está enfocado en el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana.”

21 Estas dos últimas Relatorías elevaron su estatus, ya que originalmente habían sido creadas como Unidades.

22 Esta Relatoría temática adquirió dicho estatus en julio de 2017 tras la selección de Soledad García Muñoz como relatora especial.

3.5. Discusiones, quórum y votaciones

El artículo 17 del Reglamento de la CIDH establece que sus miembros no podrán participar en la discusión, investigación, deliberación o decisión de un asunto sometido a la consideración de la Comisión en los siguientes casos: (a) si fuesen nacionales del Estado objeto de consideración general o específica o si estuviesen acreditados o cumpliendo una misión especial como agentes diplomáticos ante dicho Estado; (b) si previamente hubiesen participado, a cualquier título, en alguna decisión sobre los mismos hechos en que se funda el asunto o si hubiesen actuado como consejeros o representantes de alguna de las partes interesadas en la decisión.

En caso de que un miembro considere que debe abstenerse de participar en el examen o decisión del asunto, se lo comunicará a la CIDH, la cual decidirá si es procedente la inhibición. Asimismo, cualquier miembro podrá suscitar la inhibición de otro miembro, fundado en las causales mencionadas. Cuando la CIDH no se encuentre reunida en sesiones ordinarias o extraordinarias, los miembros podrán deliberar y decidir las cuestiones de su competencia por el medio que consideren adecuado.

El artículo 17 del Estatuto dispone que la mayoría absoluta de los miembros de la CIDH constituye quórum, y señala una diferencia en sus incisos 2 y 3. En relación con los Estados que son partes en la Convención, las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión en los casos en que así lo establezcan la CADH y el Estatuto. En los demás casos se requerirá la mayoría absoluta de los miembros presentes. En relación con los Estados que no son partes de la CADH, las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión, salvo cuando se trate de asuntos de procedimiento, en cuyo caso las decisiones se tomarán por mayoría simple.

Los artículos 16 y 18 del Reglamento disponen la necesidad de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión para sesionar, decidir y resolver sobre una serie de cuestiones especiales, tales como:

- a) Elección de los integrantes de la directiva de la Comisión;
- b) Interpretación de la aplicación del [...] Reglamento;
- c) Adopción de informe sobre la situación de los derechos humanos en un determinado Estado;
- d) Cuando tal mayoría esté prevista en la Convención Americana, el Estatuto o el [...] Reglamento.

Respecto a otros asuntos será suficiente el voto de la mayoría de los miembros presentes.

Por último, el artículo 19 del Reglamento reconoce que los miembros de la Comisión, estén o no de acuerdo con las decisiones adoptadas por la mayoría, tendrán derecho a presentar su voto razonado y podrán ser incluidos en la decisión. Los votos razonados deben presentarse por escrito a la Secretaría dentro de los 30 días posteriores al periodo de sesiones en el cual se haya adoptado la respectiva decisión. En casos urgentes, la mayoría absoluta de los miembros puede estipular un plazo menor. Una vez que se venza dicho plazo sin que se haya presentado el voto razonado según lo previsto, se considerará que el respectivo miembro desistió de su derecho a presentarlo, sin perjuicio de consignar su disidencia.

Sección 2. Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que esta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Bibliografía

Normas relevantes

Carta OEA - Carta de la Organización de los Estados Americanos. Adoptada el 30 de marzo de 1948, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951.

CIDFP - Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996.

DADDH - Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre. Aprobada en 1948.

Estatuto de la CIDH. Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en 1979.

Reglamento de la CIDH - Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en 2009. Última modificación marzo de 2013, entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Asunto Internado Judicial de Monagas ("La Pica")*; *Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*; *Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*, e *Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II*. Solicitud de medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de 8 de febrero de 2008.

Corte IDH. *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros*. Medidas Provisionales respecto de Panamá. Resolución de 28 de mayo de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. MC 260/07. *Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala*. Medidas cautelares otorgadas el 20 de mayo de 2010.

CIDH. MC 340/10. *Mujeres y niñas residentes en 22 campos para desplazados internos en Puerto Príncipe, Haití*. Medidas cautelares otorgadas el 22 de diciembre de 2010.

CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. 2011.

Referencias académicas

FAÚNDEZ LEDESMA, H. "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Teorías y realidades)", en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 46, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 1993.

GONZÁLEZ MORALES, F. "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos", en *Anuario del Centro de Derechos Humanos*, n.º 5, Universidad de Chile. Santiago, Chile, julio de 2009.

Contenido

1. Funciones de la CIDH	910
2. Reseña histórica	911
3. Alcance de las funciones de la CIDH	914
4. Funciones políticas	915
5. Funciones judiciales	918
6. Medidas cautelares	918
7. Informe Anual	920

1. Funciones de la CIDH

En el marco del artículo 41 de la CADH, la CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos; para lograr estos fines, la Comisión cuenta con una serie de atribuciones que son enumeradas en el mismo artículo y sobre las cuales se profundiza en los artículos 18, 19 y 20 de su Estatuto.

El artículo 1 del Estatuto refuerza la naturaleza de la CIDH como órgano de la OEA creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia; el inciso 2 del mismo artículo precisa que el término 'derechos humanos' comprende tanto los derechos definidos en la CADH en relación con los Estados partes en la misma, como los derechos consagrados en la DADDH en relación con los demás Estados miembros.

Las funciones de la CIDH fueron ampliándose progresivamente desde su creación. Entre estas funciones pueden distinguirse claramente las de carácter judicial, también llamadas ‘cuasi-judiciales’, y otras de carácter político. Las primeras se ejercen de forma diferenciada entre aquellos Estados que son parte de la CADH y aquellos que no lo son, mientras que las segundas afectan por igual a todos los Estados miembros de la OEA.

En el cumplimiento de su mandato, la CIDH se vale de una amplia variedad de medios que están a su alcance y se encuentran específicamente definidos en su Estatuto y Reglamento, estos medios le permiten la producción de informes.

2. Reseña histórica

La OEA fue creada durante la Novena Conferencia Internacional Americana, la cual tuvo lugar en Bogotá, Colombia, entre los meses de abril y mayo de 1948. El contenido original de la Carta de la OEA incluía pocas, pero claras disposiciones en relación a los derechos humanos, refiriéndose a ellos como “derechos esenciales del hombre” (Preámbulo), o como “derechos fundamentales de la persona humana” (art. 5). En esa misma conferencia se adoptó la DADDH, sin embargo, la Carta de la OEA no contemplaba la existencia de un órgano que se ocupara de la promoción o protección de los derechos reconocidos en dicho instrumento, ante ello se le encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal internacional con esos fines.²³

El asunto fue postergado hasta la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago, Chile, en agosto de 1959. El clima político que se vivía en el Caribe fue propicio para el posicionamiento de los temas de derechos humanos en la agenda regional. La Resolución VIII solicitó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención sobre derechos humanos y creó una Comisión Interamericana de Derechos Humanos “encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el [...] Consejo [de la OEA] y [con] las atribuciones específicas que [el mismo Consejo] le señale”.

En junio de 1960 el Consejo de la Organización aprobó el Estatuto de la CIDH, el cual contenía disposiciones sobre su composición, elección de sus miembros y de la Secretaría, competencia, reuniones y votación. Las funciones y atribuciones enumeradas en el artículo 9 de aquel primer Estatuto facultaban a la Comisión para: (a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; (b) formular recomendaciones, en caso de que lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros en general, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos; (c) preparar los estudios e informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones; (d) encarecer a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informaciones sobre las medidas que adopten en el orden de los derechos humanos; y (e) servir de cuerpo consultivo de la OEA en materia de derechos humanos.²⁴

Es importante destacar que, como lo señala Faúndez Ledesma, “[d]e acuerdo con los términos del Estatuto entonces aprobado, la Comisión era una entidad autónoma de la Organización de [los] Estados Americanos –de carácter no convencional– cuyo mandato era promover el respeto de los derechos humanos”.²⁵ Esto se veía claramente reflejado en la negativa de los Estados para otorgarle al nuevo órgano la competencia de conocer sobre quejas efectuadas por individuos respecto de violaciones a los derechos humanos cometidas por ellos. No obstante, resultó inevitable la afluencia de denuncias semejantes.

23 Faúndez Ledesma, H. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Teorías y realidades)”, en *Revista de la Facultad de Derecho*. n.º 46, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 1993.

24 En este marco, la CIDH debía entender por ‘derechos humanos’ a aquellos derechos reconocidos en la DADDH.

25 Faúndez Ledesma, H., *op. cit.*, p. 61.

A raíz de su establecimiento, la CIDH comenzó a recibir una gran cantidad de comunicaciones de víctimas de violaciones a los derechos humanos de todo el continente que clamaban por una reacción de su parte al depositar esperanzas de encontrar protección y justicia a nivel internacional. Sin embargo, no contaba con un mandato expreso para procesar ese tipo de denuncias.

En octubre de 1960, la CIDH instaló formalmente su sede en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos. Durante su primer periodo de sesiones, tras revisar distintos proyectos, el 24 de octubre aprobó la versión definitiva de su primer Reglamento.²⁶

Asimismo, en el contexto descrito, los/as mismos/as Comisionados/as se mostraron preocupados/as frente a las limitaciones de las funciones de la CIDH. En un informe presentado en la Undécima Conferencia Interamericana llamaron la atención sobre el hecho de que sus facultades “no le permitirían realizar la misión que los pueblos de América p[odían] esperar de ella en defensa de los derechos humanos, [al considerar] que su deber no deb[ía] limitarse a la simple promoción del respeto de esos derechos, sino que est[aba] obligada a cuidar [...] que [los mismos] no [fueran] violados”.²⁷ Paralelamente, otros actores del sistema también reconocieron el deber de proteger los derechos humanos que le correspondía a la Comisión.²⁸

En esa oportunidad, el Sr. Rómulo Gallegos, entonces presidente de la CIDH, presentó un Proyecto de Reforma del Estatuto redactado por la propia Comisión, con el objeto de enmendar el Artículo 9 agregando dos nuevos incisos para ampliar sus facultades y poder examinar las comunicaciones o reclamaciones que le eran dirigidas por cualquier persona o grupo de personas o por asociaciones, y preparar informes relativos a esas reclamaciones.

Sin embargo, consciente de que esta ampliación de facultades llevaría su tiempo, la CIDH optó por no rechazar las comunicaciones recibidas y aprovechó para utilizarlas como insumo en sus informes de países. Tras sendas discusiones, hizo una interpretación amplia de sus funciones estatutarias y terminó por entender que “el acápite b) del Artículo 9 del Estatuto [le permitía] en caso de que lo estim[ara] conveniente, formular recomendaciones generales tanto a todos los Estados Miembros, como a cada uno de ellos”.

A través de los años, la CIDH continuó insistiendo en la necesidad de ampliar sus atribuciones. Finalmente, en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en noviembre de 1965, los Estados aprobaron la Resolución XXII “Expansión de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En ella se reafirmó su deber de supervisar la observancia de los derechos humanos en todos los Estados miembros, con especial atención en aquellos derechos civiles y políticos enunciados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la DADDH, y se le solicitó la presentación de un Informe Anual de actividades a los órganos políticos de la OEA. Adicionalmente, y en sintonía con una resolución de la propia CIDH en la cual había interpretado el alcance de su mandato, se le autorizó para ocuparse de las denuncias individuales recibidas, así como de solicitar información a los Estados y efectuar recomendaciones en relación a las mismas cuando lo considerara pertinente.²⁹ Posteriormente, durante su décimo tercer periodo de sesiones en abril de 1966 en la Ciudad de México, la CIDH actualizó su Estatuto en función de los nuevos poderes que le habían sido conferidos, volcándolos en el artículo 9 bis que la autorizaba a:

examinar las comunicaciones que le [fueran] dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener información que consider[ara] pertinente; y formular recomendaciones, cuando lo consider[ara] apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales.

26 OEA/Ser.L/V/I.2, Rev. 2.

27 OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 de marzo de 1961.

28 Por ejemplo, en una Sesión Protocolar del Consejo de la OEA celebrada el 13 de octubre de 1960, el Embajador Vicente Sánchez Gavito, quien fungía como presidente del Consejo en ese entonces, identificó a la Comisión como el “único órgano del Sistema encargado de la protección de los derechos humanos”.

29 La historia de la expansión progresiva de las funciones de la CIDH guarda algunas similitudes con la del procedimiento 1503 ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

Asimismo, enmendó su Reglamento y estableció un procedimiento especial acorde a sus nuevas funciones.

En febrero de 1967, los Estados del continente se reunieron en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Buenos Aires, Argentina, para revisar la Carta de la OEA y adoptaron un Protocolo de Reforma. Entre otras cosas, se elevó el estatus de la Comisión al de “órgano principal de la Organización” cuya función principal sería “la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”.³⁰

El mencionado Protocolo de Buenos Aires entró en vigor en febrero de 1970. Unos meses antes, en noviembre de 1969, se había llevado a cabo la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, durante la cual finalmente se había adoptado la CADH.

Con la entrada en vigor de la CADH en julio de 1978, la CIDH pasó a ser oficialmente un órgano convencional, principal y autónomo de la OEA.

Abril-mayo 1948	Carta de la Organización de los Estados Americanos Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre	Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia
Agosto 1959	Resolución VIII - crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile
Junio 1960	Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobado por el Consejo de la Organización de Estados Americanos	Washington D.C., Estados Unidos
Octubre 1960	Instalación formal e inicio de actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
Noviembre 1965	Resolución XXII “Expansión de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”	Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, Brasil
Abril 1960	Se incorpora el artículo 9 bis al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Tercer Periodo de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad de México, México
Febrero 1967	Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos - Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano principal de la Organización	Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, Buenos Aires, Argentina
Noviembre 1969	Adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica
Febrero 1970	Entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires	
Julio 1978	Entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	
Octubre 1979	Resolución 447 Reforma al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - se adapta a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, La Paz, Bolivia

30 Cfr: el entonces artículo 112 de la Carta de la OEA, actualmente artículo 106.

Finalmente, este escenario condujo necesariamente a una nueva adaptación y reforma del Estatuto de la CIDH a través de la Resolución 447 aprobada en el Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA celebrado en octubre de 1979 en La Paz, Bolivia.

En la página anterior se encuentra una reseña histórica del desarrollo de la CIDH desde 1948 hasta 1978. Esta reseña permite comprender mejor cómo las funciones de la CIDH enumeradas en el artículo 41 de la CADH están en línea con una ampliación que se fue dando gradualmente durante la década previa a la adopción de este instrumento.

3. Alcance de las funciones de la CIDH

La naturaleza de la CIDH como órgano principal de la OEA, por una parte, y como órgano de la CADH, por otra parte, repercute en el alcance de sus competencias. En ese sentido, los artículos 18, 19 y 20 de su Estatuto definen con mayor precisión dichas competencias, distinguiendo entre los Estados miembros de la OEA y los Estados que son parte de la CADH:

Artículo 18

Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:

- a. Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
- c. Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. Solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e. Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten;
- f. Rendir un Informe Anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;
- g. Practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y
- h. Presentar al secretario general el programa-presupuesto de la Comisión para que este lo someta a la Asamblea General.

Artículo 19

En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:

- a. Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
- b. Comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;

- c. Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
- d. Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;
- e. Someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y
- f. Someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del secretario general, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 20

En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes:

- a. Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- b. Examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;
- c. Verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.

Como puede apreciarse, las atribuciones dispuestas en el artículo 18 que afectan por igual a todos los Estados miembros de la OEA, son aquellas que corresponden a las funciones políticas de la CIDH, mientras que las que tienen un alcance diferenciado entre los Estados partes de la Convención y los que no lo son, según lo establecido en los artículos 19 y 20, corresponden a sus funciones quasi-judiciales.

También, en relación con los incisos b. y c. del artículo 19, cabe señalar que en el procedimiento del sistema de peticiones individuales, la Comisión puede remitir casos a la Corte IDH o solicitarle la adopción de medidas provisionales, solo con respecto a aquellos Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.

4. Funciones políticas

Las funciones políticas de la CIDH se establecen en los primeros cinco incisos del artículo 41 de la CADH. Como ya hemos mencionado, en concordancia con el hecho de que la Comisión es uno de los órganos principales de la OEA, este tipo de atribuciones alcanzan por igual a todos los Estados miembros de la Organización.

Desde el inicio de sus labores, la Comisión ha vigilado y se ha pronunciado sobre la situación de derechos humanos en el continente en general y de ciertos Estados en particular. Asimismo, en las últimas dos décadas, se ha ocupado de algunas temáticas específicas, verificando el estado de grupos en especial situación de vulnerabilidad y desentrañando cuestiones de relevancia coyuntural. Para ello, la Comisión cuenta con una serie de herramientas a su alcance.

La Comisión puede realizar visitas *in loco* para hacer observaciones en el territorio de un Estado americano. De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 18, se debe contar con la anuencia o la invitación del gobierno respectivo para llevar a cabo la respectiva visita. Adicionalmente, los artículos

53 al 57 del Reglamento establecen el marco en el cual tiene lugar esta práctica. El Estado que invite a la Comisión o preste su consentimiento a ese efecto “se comprometerá a no tomar represalias de ningún orden en contra de las personas o entidades que hayan cooperado con ella mediante informaciones o testimonios” (art. 56). Adicionalmente, se enumeran una serie de normas conforme a las cuales deben brindarse todas las garantías y facilidades necesarias para que la Comisión pueda llevar a cabo su misión (art. 57).

Se prevé la creación de una Comisión Especial para cada caso designada a ese efecto (art. 53), de la cual no podrá participar el miembro de la Comisión que sea nacional o que resida en el territorio del Estado en cuestión (art. 54). Las delegaciones suelen estar integradas por el/la Comisionado/a Relator/a del país o de la temática más preocupante en ese Estado y por abogados/as de la Secretaría Ejecutiva. En ocasiones, también acompaña el/la propio/a secretario/a ejecutivo/a. El equipo designado organiza su propio plan de trabajo (art. 55).

Las actividades suelen incluir reuniones con representantes del gobierno y de la sociedad civil, visitas a instituciones estatales y organismos internacionales, así como a presuntas víctimas de violaciones a derechos humanos. Las visitas *in loco* sirven para recabar información sobre los casos individuales y para la elaboración de informes. Del mismo modo, por la difusión que tienen, ayudan a promover el debate sobre la situación de derechos humanos en el país, a fortalecer los reclamos de la sociedad civil, y a visibilizar el trabajo de la Comisión en el continente.³¹

Los artículos 61 a 69 del Reglamento de la CIDH establecen y regulan su facultad para celebrar audiencias por iniciativa propia o a solicitud de parte interesada. El objeto de dichas audiencias será “recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite ante la Comisión, seguimiento de recomendaciones, medidas cautelares, o información de carácter general o particular relacionada con los derechos humanos en uno o más Estados miembros de la OEA” (art. 62).

Con respecto a las audiencias de carácter general, el artículo 66 señala lo siguiente:

1. Los interesados en presentar a la Comisión testimonios o informaciones sobre la situación de los derechos humanos en uno o más Estados, o sobre asuntos de interés general, deberán solicitar por escrito una audiencia a la Secretaría Ejecutiva, con una anticipación no menor a 50 días del inicio del correspondiente periodo de sesiones de la Comisión.
2. El solicitante deberá expresar el objeto de la comparecencia, una síntesis de las materias que serán expuestas, el tiempo aproximado que consideran necesario para tal efecto, y la identidad de los participantes.
3. Cuando la Comisión acceda a solicitudes de audiencia sobre la situación de los derechos humanos en un país, convocará al Estado interesado, a menos que decida mantener una audiencia privada conforme al artículo 68.
4. Si lo considera apropiado, la Comisión podrá convocar a otros interesados a participar de las audiencias sobre la situación de derechos humanos en uno o más Estados o sobre asuntos de interés general.
5. La Secretaría Ejecutiva informará acerca de la fecha, lugar y hora de la audiencia, con una anticipación no menor a un mes de su celebración. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, dicho plazo podrá ser menor.

Conforme a los artículos 68 y 70, cuando se decida la privacidad de una audiencia, la CIDH resolverá quiénes podrán asistir a estas y se levantarán actas en los mismos términos previstos para las audiencias públicas. Para todos los casos, la Comisión grabará los testimonios y podrá ponerlos a disposición de las partes que lo soliciten.

31 Ver González Morales, F. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario del Centro de Derechos Humanos*, n.º 5, Universidad de Chile. Santiago, Chile, julio de 2009.

En el marco de su mandato, la CIDH puede preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones (art. 41.c. CADH), y en este sentido el artículo 58 del Reglamento establece lo siguiente:

La Comisión rendirá un Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. Además, la Comisión preparará los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicará del modo que juzgue oportuno. Una vez aprobada su publicación, la Comisión los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros de la OEA y sus órganos pertinentes.

Del uso de estas herramientas surgen informes generales y especiales de la situación de derechos humanos de un país.

Los informes de país se enfocan en alguno de los Estados de la región pudiendo tener mayor o menor amplitud temática. En este tipo de informes, la CIDH transmite al Estado el borrador preliminar del mismo a efectos de recibir sus observaciones, las cuales son evaluadas e incorporadas en la medida en que sean pertinentes.³²

Asimismo, la Comisión emite informes temáticos que se ocupan de una diversidad de asuntos particularmente relevantes por la coyuntura, o por la preocupación que despiertan en toda la región, o en los/las comisionados/as.³³

De conformidad con el artículo 59.3 del Reglamento de la Comisión, se establece que el informe anual que publique incorporará en su segundo volumen los informes de país, temáticos o regionales producidos o publicados en el año, incluyendo los de las Relatorías, Relatorías Especiales y Unidades Temáticas.

Para la elaboración de estos informes, la CIDH sistematiza y analiza información recibida sobre el país o sobre la temática en los años anteriores, la información recabada en ocasión de visitas *in loco* si las hubiera, y toma en cuenta información registrada por las Relatorías temáticas, insumos provenientes de audiencias públicas, de respuestas a cuestionarios *ad hoc*,³⁴ de solicitudes de información procesadas bajo el artículo 41 de la CADH, decisiones y recomendaciones de organismos internacionales, notas periodísticas, entre otros.

Los comunicados de prensa informan sobre sus actividades y posición en cuestiones políticamente relevantes, también son un medio mediante el cual la Comisión abre algunos procesos a consultas y comentarios. Los comunicados han adquirido mucha importancia en los últimos años debido a que su contenido se ha vuelto más sustantivo y al número de suscripciones en línea, ya que son recibidos en el mismo momento por miles de personas interesadas en conocer sus novedades. Asimismo, cuando la CIDH visita un Estado emite un comunicado, el cual, de cierta manera, es un adelanto del informe por publicarse.

Por último, la Comisión desempeña actividades de difusión y promoción de los derechos humanos a través de conferencias, seminarios, pasantías y publicaciones. En ese sentido, y como se señaló con anterioridad, las sesiones fuera de su sede son una herramienta muy útil.

32 Durante el año 2015, la CIDH aprobó los informes sobre la situación de los derechos humanos en México, Honduras, República Dominicana y Guatemala, este último intitulado “Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión”.

33 Durante 2015, la Comisión publicó los siguientes informes: criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos; pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, industrias extractivas; violencia, niñez y crimen organizado; violencia contra personas LGBTI; acceso a la información, violencia contra las mujeres y administración de justicia; universalización del SIDH; estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres; refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados; hacia el cierre de Guantánamo; y mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Colombia Británica, Canadá.

34 Los distintos cuestionarios de consulta elaborados por la CIDH o sus Relatorías están disponibles en el siguiente vínculo: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/cuestionarios.asp>

Las funciones políticas fueron las primeras que se le asignaron a la CIDH, por lo que han sido las que más ha utilizado históricamente. Desde que se ampliaron sus facultades para permitirle ocuparse del sistema de casos individuales y, especialmente, a partir de que empezó a operar la Corte IDH, las funciones judiciales se han convertido en su prioridad. Aún así, las funciones políticas no deben ser subestimadas puesto que históricamente han sido, y siguen siendo, de suma importancia en el avance de la protección de los derechos humanos en la región, y debido a que son un complemento necesario de las funciones judiciales.

5. Funciones judiciales

El artículo 41.f) de la CADH dispone que la CIDH debe actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 del mismo instrumento.

Si bien no es un Tribunal Internacional, constituye el primer órgano al que se dirigen los habitantes del continente que guardan la esperanza de hallar en el SIDH la justicia que no encontraron en sus países. La CIDH cumple un rol cuasi-judicial cada vez que se involucra en casos particulares en donde se denuncia a un Estado por algún tipo de violación a los derechos humanos; recibe y procesa las comunicaciones, evalúa el fondo del asunto con el objeto de comprobar si hubo o no una violación, y efectúa las recomendaciones correspondientes.

Como mencionamos anteriormente, si bien puede poner en práctica sus funciones judiciales en todos los Estados del continente americano, lo hace con una competencia diferenciada entre aquellos que son partes de la CADH y aquellos que no lo son. Para aquellos Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención, la CIDH opera en el marco de la DADDH.³⁵

Finalmente, tal como se establece en el citado artículo 41.f), las funciones cuasi-judiciales de la Comisión guardan estrecha relación con las disposiciones de los artículos 44 a 51 de la CADH.³⁶

6. Medidas cautelares

En situaciones de gravedad y urgencia, la CIDH puede solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares a fin de prevenir un daño irreparable a personas que se encuentren bajo su jurisdicción independientemente de cualquier petición o caso, o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.

Aún cuando la CADH únicamente menciona la facultad de la Corte IDH para adoptar medidas cautelares,³⁷ la Comisión las adopta con fundamento en las amplias atribuciones que el artículo 41 de dicho instrumento le otorga para la protección de los derechos humanos, así como en el marco del mandato de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” que le encomienda el artículo 106 de la Carta de la OEA. En este sentido, la Comisión ha señalado que las medidas tienen por objeto “preservar una situación jurídica frente al ejercicio de jurisdicción por parte de la [propia] Comisión y tutelar en el sentido de preservar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales consagrados en las normas del SIDH, evitando daños irreparables a las personas.”³⁸

35 En este sentido, si algún Estado miembro de la OEA quisiera desvincularse de la CIDH debería denunciar la Carta de la OEA, lo cual en el momento en que este comentario se suscribe no ha sucedido.

36 En el comentario a los artículos 44 a 51 de la CADH en las secciones siguientes, ahondaremos en el aspecto procedimental en cuestión, y mencionaremos los medios al alcance de la Comisión para cumplir con dichas funciones, así como los distintos tipos de informes que emite en ese marco.

37 CADH. Artículo 63.2.

38 CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. 2011, párr. 419. La discusión sobre la pertinencia y legitimidad, así como el alcance y obligatoriedad de las medidas

El actual artículo 25 del Reglamento de la CIDH define los lineamientos que marcan las condiciones y el alcance de las medidas cautelares. Este artículo recoge una práctica ya instalada que se remonta al Reglamento aprobado en el año 1980 y que guarda estrecha relación con la puesta en funcionamiento de la Corte IDH, la cual, como ya se indicó, cuenta entre sus atribuciones el dictado de medidas provisionales.³⁹

El trámite de solicitud de medidas cautelares puede iniciarse a petición de parte o de oficio. El inciso cuarto del artículo 25 del Reglamento de la CIDH establece una serie de elementos que se tomarán en cuenta en el momento de decidir sobre su concesión, a saber: la gravedad y urgencia de la situación, el contexto en que se dan los hechos que motivan la solicitud, la inminencia del daño y que la situación de riesgo haya sido denunciada ante las autoridades pertinentes o los motivos que impidieron que eso sucediera. Asimismo señala claramente que: “[e]l otorgamiento de [...] medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la C[ADH] y otros instrumentos aplicables”.

En el Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas publicado en 2011, la CIDH señaló el alcance de la interpretación que ha hecho de tales criterios para los casos que involucran a defensores/as de derechos humanos. Por ejemplo, para valorar la gravedad, la Comisión ha tomado en consideración aspectos contextuales como:

a) el tenor de las amenazas recibidas (mensajes orales, escritos, simbólicos, etc.); b) los antecedentes de actos de agresión contra personas similarmente situadas; c) los actos de agresión directa que se hubieren perpetrado contra el posible beneficiario; d) el incremento en las amenazas que demuestra la necesidad de actuar en forma preventiva y e) elementos tales como la apología e incitación a la violencia contra una persona o grupo de personas.⁴⁰

Asimismo, respecto al carácter de urgencia, la Comisión señaló que “el riesgo o amenaza involucrados deben ser inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata, en forma tal que en el análisis de este aspecto corresponde valorar la oportunidad y la temporalidad de la intervención cautelar o tutelar solicitada.”⁴¹

Por último, en cuanto a la irreparabilidad del daño, la CIDH determinó que “es necesario que en los hechos que fundamentan la solicitud se advierta una probabilidad razonable de que se materialice y el daño no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables”.⁴²

En relación con los potenciales beneficiarios de la protección cautelar, se establece que cuando la solicitud sea presentada por un tercero deberá incluir la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios o, en su defecto, justificar la ausencia de consentimiento. El artículo refiere específicamente al caso de medidas de naturaleza colectiva precisando una práctica que ya existía y requiriendo la ‘determinación’ del grupo. Ante la denuncia de un patrón de violencia sexual y una serie de actos de violencia en contra de mujeres y niñas, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de todas las mujeres y niñas en 22 campamentos para desplazados internos en Puerto Príncipe, Haití, producto del terremoto

cautelares fue uno de los puntos críticos de discusión en el Proceso de Fortalecimiento del SIDH.

39 La institucionalización de las medidas cautelares se encuentra también en el artículo XIII de la CIDFP que señala lo siguiente: “[p]ara los efectos de la presente Convención el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión [IDH] en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la C[ADH] y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte [IDH], incluso las normas relativas a medidas cautelares”.

40 CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. 2011, párr. 390.

41 Corte IDH. *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros*. Medidas Provisionales respecto de Panamá. Resolución de 28 de mayo de 2010. Considerando noveno.

42 Corte IDH. *Asunto Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II*. Solicitud de medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de 8 de febrero de 2008. Considerando tercero.

ocurrido el 12 de enero de 2010. Entre otras medidas, solicitó al Estado asegurar la disponibilidad de adecuados servicios médicos y psicológicos para las víctimas de violencia sexual en lugares que sean accesibles a las solicitantes; proveer seguridad adecuada en los campamentos de desplazados internos, incluyendo iluminación pública, patrullaje adecuado en los alrededores e interior de los campamentos y aumento de mujeres policías en los patrullajes y en las estaciones de policía cercanas, así como el asegurar que los grupos de base de mujeres tengan plena participación y liderazgo, en la planeación y ejecución de políticas y prácticas encaminadas a combatir y prevenir la violación, y otras formas de violencia sexual en los campamentos.⁴³

De igual modo, la Comisión ordenó medidas colectivas a favor de los miembros de 18 comunidades de un pueblo indígena maya en Guatemala, dichas comunidades fueron identificadas por su nombre, y respecto de las cuales se alegaba que estaban siendo afectadas por el inicio de explotación de una concesión minera, sin haber sido consultadas en forma previa, plena, libre e informada, con graves consecuencias para la vida, la integridad personal, el medio ambiente y los bienes del pueblo indígena afectado.⁴⁴

Durante el proceso, la Comisión podrá requerir información relevante a las partes, y la evaluación en forma periódica de la situación que motivó la concesión de medidas cautelares, a efectos de resolver su vigencia.

7. Informe Anual

El artículo 41.g) de la CADH dispone que la CIDH tiene entre sus funciones rendir un Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. Esta función, en principio convencional, fue posteriormente incorporada en el Estatuto de la Comisión de 1979, y por primera vez establecida en el Reglamento de 1980. Asimismo el artículo 19.f) del Estatuto de la Comisión añade que debe tenerse en cuenta el régimen jurídico aplicable a los Estados parte de la CADH y a los que no lo son.

Por su parte, el artículo 59 del Reglamento de la Comisión, que entró en vigor en agosto de 2013, estableció nuevas pautas que se deberán seguir para la elaboración del Informe Anual, modificando de manera sustantiva el formato anterior.

En la actualidad, el informe está compuesto por dos volúmenes. El primer volumen, de seis capítulos, se estructura a partir de una introducción en la que se deberá incluir información sobre el progreso alcanzado en relación con los objetivos de los instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos, estado de ratificaciones de los mismos, y mandatos conferidos a la Comisión por los instrumentos y por otros órganos competentes (art. 59.2.a) Reglamento). El segundo volumen incorpora los informes de país, temáticos o regionales producidos o publicados durante el año que se reporta, incluyendo los que correspondan a Relatorías, Relatorías Especiales y Unidades Temáticas.

En particular, la información de los seis capítulos del volumen I se estructura conforme al artículo 59.2. del Reglamento. El Capítulo I establece la información de sesiones y otras acciones cumplidas por la Comisión durante el periodo que se reporta, y sobre las actividades desarrolladas con la Corte IDH y otros órganos regionales y universales con mandatos similares. El Capítulo II se enfoca en el sistema de peticiones y casos incluyendo datos sobre informes y decisiones tomadas, así como sobre estado de cumplimiento de las recomendaciones en casos individuales. El Capítulo III registra la información sobre las actividades de las Relatorías, Relatorías Especiales y Unidades Temáticas. El Capítulo IV se divide en dos secciones, en la sección A se traza “un panorama actual sobre la situación de los derechos humanos en el hemisferio, derivado de la labor de monitoreo de la Comisión, destacando las principales

43 CIDH. MC 340/10. *Mujeres y niñas residentes en 22 campos para desplazados internos en Puerto Príncipe, Haití*. Medidas cautelares otorgadas el 22 de diciembre de 2010.

44 CIDH. MC 260/07. *Comunidades del Pueblo Maya (Sipakense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala*. Medidas cautelares otorgadas el 20 de mayo de 2010.

tendencias, problemas, desafíos, avances y buenas prácticas respecto tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”; y en la sección B se incluyen los informes especiales sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros que la Comisión considere necesarios. El Capítulo V está dedicado a los informes de seguimiento en los que se incluyen los progresos alcanzados y las dificultades enfrentadas para la observancia de los derechos humanos. El Capítulo VI hace una reseña de las actividades de desarrollo institucional, incluyendo información sobre la situación financiera y presupuestaria.

De forma más específica, el Reglamento establece criterios, metodologías y procedimientos que deben aplicarse para la elaboración de los Capítulos IV y V. En el inciso 5, de párrafo 2 del artículo 59, se indican las fuentes de las cuales la Comisión deberá obtener “información confiable y convincente”. Los incisos 6, 7 y 8 señalan los criterios y el procedimiento para la incorporación de un Estado Miembro en el Capítulo IV. B. Respecto a los criterios establece:

La existencia de una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana, tales como acceso discriminatorio o ejercicio abusivo del poder que contrarie el Estado de Derecho, la infracción sistemática de la independencia del Poder Judicial o la falta de subordinación de las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida; o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático; o el derrocamiento por la fuerza de un gobierno democráticamente constituido o que el gobierno actual haya llegado al poder por medios distintos al de las elecciones libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, de conformidad con los principios recogidos en la Carta Democrática Interamericana;

La suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de derechos garantizados en la DADDH o la CADH debido a medidas excepcionales tales como declaratoria de estados de emergencia, estado de sitio, suspensión de garantías o medidas de seguridad excepcionales;

Violaciones masivas, graves y sistemáticas de derechos humanos;

Situaciones estructurales que afecten de manera seria y grave el goce y disfrute de derechos, tales como crisis institucionales graves, incumplimiento estatal sistemático de combatir la impunidad atribuible a una falta de voluntad manifiesta, omisiones graves en la adopción de medidas necesarias para hacer efectivos derechos fundamentales o para cumplir las decisiones de la Comisión y Corte IDH, y violaciones sistemáticas de derechos humanos por parte del Estado en el marco de conflicto armado interno.

De conformidad con los incisos 7 y 8 del artículo 59 del Reglamento, una vez que se han satisfecho algunos de estos criterios la decisión de incluir al Estado deberá ser tomada por la Comisión por quórum especial, esto es la mayoría absoluta de sus miembros (art. 18 del Reglamento). La inclusión del Estado en el capítulo IV. B del Informe Anual no generará presunción sobre su inclusión en el año siguiente.

En el supuesto que la Comisión hubiera llevado a cabo una visita *in loco* en el país, este no podrá ser incorporado en el Capítulo IV. B en ese mismo año, ya que el monitoreo de la situación de derechos humanos de ese periodo se llevará adelante a través del informe de la visita, y de las respectivas recomendaciones que se incluyan en el Capítulo V del Informe Anual.

Finalmente, el Reglamento establece que previo a la publicación de los Capítulos IV y V del Informe Anual, la Comisión deberá transmitir una copia al Estado quien podrá remitir su respuesta dentro del plazo de un mes, la cual deberá ser publicada a través de un vínculo electrónico en la página web de la Comisión.

Sección 3. Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo solo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que esta rija por tiempo indefinido, por un periodo determinado o para casos específicos.
4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
 - a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
 - b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
 - c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
 - d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.
2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:
 - a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
 - b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
 - c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

- a) **falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;**
- b) **no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;**
- c) **resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y**
- d) **sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.**

Bibliografía

Normas relevantes

Carta OEA - Carta de la Organización de los Estados Americanos. Adoptada el 30 de marzo de 1948, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951.

DADDH - Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre. Aprobada en 1948.

Estatuto de la CIDH - Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en 1979.

Protocolo de San Salvador - Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado el 17 de noviembre de 1988, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.

Reglamento de la CIDH - Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en 2009. Última modificación marzo de 2013, entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. 1987.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 2. En adelante: Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 1988.

Corte IDH. *Caso Cayara vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C n.º 14. En adelante: Corte IDH. *Caso Cayara vs. Perú*. Excepciones Preliminares. 1993.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C n.º 41. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares. 1998.

Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C n.º 50. En adelante: Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Excepciones Preliminares. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C n.º 61. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. EP. 1999.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. 2001.

Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C n.º 122. En adelante: Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. EP. 2005.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C n.º 150. En adelante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186. En adelante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Looz vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Looz vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274. En adelante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C n.º 275. En adelante: Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C n.º 278. En adelante: Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C n.º 297. En adelante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C n.º 301. En adelante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 302. En adelante: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C n.º 308. En adelante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C n.º 310. En adelante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C n.º 312. En adelante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte. 1982.

Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos. 1990.

Corte IDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A n.º 19. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-19/05. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 2005.

Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A n.º 20. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 2009.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Resolución 1981.

Corte IDH. *Caso Gómez Paquiyauri*. Perú. Resolución de 18 de noviembre de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Resolución n.º 59/81. Caso 1.954. Uruguay. 16 de octubre de 1981.

CIDH. Resolución n.º 29/88. Caso 9260. Jamaica. 14 de septiembre de 1988.

CIDH. Informe n.º 10/91. Caso 10.169. *Banco de Lima*. Inadmisibilidad. Perú. 22 de febrero de 1991.

CIDH. Informe n.º 39/96. Caso 11.673. *Santiago Marzióni*. Argentina. 15 de octubre de 1996.

CIDH. Informe n.º 48/96. Caso 11.553. *Emérta Montoya González*. Costa Rica. 16 de octubre de 1996.

CIDH. Informe n.º 51/96. Caso 10.675. *Personas haitianas*. Estados Unidos. 13 de marzo de 1997.

CIDH. Informe n.º 47/97. *Tabacalera Boquerón S.A.* Paraguay. 16 de octubre de 1997.

CIDH. Informe n.º 8/98. Caso 11.671. *Carlos García Saccone*. Argentina. 2 de marzo de 1998.

CIDH. Informe n.º 28/98. Caso 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 6 de marzo de 1998.

CIDH. Informe n.º 39/99. *Petición MEVOPAL S.A.* Argentina. 11 de marzo de 1999.

CIDH. Informe n.º 60/99. Caso 11.516. *Ovelário Tames*. Brasil. 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe n.º 86/99. Caso 11.589. *Armando Alejandro Jr y otros*. Cuba. 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe n.º 03/01. Caso 11.670. *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros*. Argentina. 19 de enero de 2001.

CIDH. Informe n.º 51/02. Caso 12.404. *Janet Espinoza Feria y otras*. Perú. 10 de octubre de 2002.

CIDH. Informe n.º 11/07. Caso interestatal 01/06 *Nicaragua vs. Costa Rica* (PI-01). 8 de marzo de 2007.

CIDH. Informe n.º 12/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de octubre de 2008.

CIDH. Informe n.º 40/08. Petición 270-07. Admisibilidad. *I.V. Bolivia*. 23 de julio de 2008.

CIDH. Informe n.º 48/08. Petición 515-01. Admisibilidad. *Mirey Trueba Arciniega*. México. 24 de julio de 2008.

CIDH. Caso 11.681. *Masacre de las Dos Erres*. Guatemala. Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la figura del Juez *ad hoc*. 30 de julio de 2008.

CIDH. Informe n.º 92/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de octubre de 2008.

CIDH. Informe n.º 20/09. Petición 235-00. Admisibilidad. *Agustín Zegarra Marín*. Perú de 19 de marzo de 2009.

CIDH. Informe n.º 76/09. Petición 1473-06. Admisibilidad. *Comunidad de la Oroya*. Perú. 5 de agosto de 2009.

CIDH. Informe n.º 12/10. Caso 12.106. Admisibilidad. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de marzo de 2010.

CIDH. Informe n.º 47/10. Petición 1325-05. Admisibilidad. *Masacre Estadero "El Aracatazo"*. Colombia. 18 de marzo de 2010.

CIDH. Informe n.º 70/10. Petición 11.587. Admisibilidad. *César Gustavo Garzón Guzmán*. Ecuador. 12 de julio de 2010.

CIDH. Informe n.º 112/10. Petición interestatal. Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs. Colombia* (PI-02). 21 de octubre de 2010.

CIDH. Informe n.º 146/10. Petición 212-05. Admisibilidad. *Manuel Santiz Culebra y otros (Masacre de Acteal)*. México. 1 de noviembre de 2010.

Referencias académicas

FAÚNDEZ LEDESMA, H. “La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos”, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1998.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 5. Buenos Aires, Argentina, Cejil, 2008.

Contenido

1. El acceso al sistema de peticiones individuales.....	926
1.1. Introducción.....	926
1.2. Competencia <i>ratione personae</i>	927
1.3. Competencia <i>ratione materiae</i>	932
1.4. Competencia <i>ratione temporis</i>	932
1.5. Competencia <i>ratione loci</i>	933
1.6. Fondo de Asistencia Legal del SIDH.....	933
2. Comunicaciones interestatales.....	934
2.1. Formalidades.....	934
2.2. Casos.....	934
2.3. La designación de jueces/juezas <i>ad hoc</i> en el SIDH.....	936
3. Admisibilidad de las peticiones.....	938
3.1. Regla general del previo agotamiento de los recursos internos y sus excepciones.....	938
3.2. Plazo para la presentación.....	947
3.3. Litis pendencia internacional: artículo 46.1.c).....	948
3.4. Requisitos formales: artículo 46.1.d) de la CADH.....	949
3.5. Caracterización de los hechos alegados: artículo 47 de la CADH.....	949

1. El acceso al sistema de peticiones individuales

1.1. Introducción

El artículo 44 de la CADH establece las bases sobre las que se ha dado forma al sistema de peticiones individuales, su cumplimiento es imprescindible para garantizar el ejercicio de los otros derechos amparados por la Convención. Es claro pues, que el sistema de peticiones individuales tiene una relevancia central en la protección interamericana de derechos humanos, y se genera al Estado la obligación de permitir el ejercicio de este derecho sin obstaculizarlo.⁴⁵

La CIDH es la puerta de acceso para los individuos que buscan protección y justicia en el sistema regional, al ser el primer órgano al que debe dirigirse una denuncia de violación a los derechos enunciados en la CADH. En el marco de las pautas definidas por el artículo 44 y de principios de derecho

45 Cfr. Faúndez Ledesma, H. “La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos”, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 1998, p. 232.

internacional, la Comisión hace un análisis sobre los distintos aspectos de su competencia para conocer de una petición.

1.2. Competencia *ratione personae*

1.2.1. Respetto de quien presenta la petición

La CADH legitima a cualquier persona o grupo de ellas, o entidad no gubernamental reconocida legalmente en por lo menos un Estado miembro de la OEA, para la presentación de denuncias ante la Comisión. Tal amplitud del *locus standi* es una característica positivamente distintiva del SIDH, y de acuerdo con el anterior presidente de la Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade, representa uno de los grandes avances logrados por la CADH “en los planos conceptual, normativo y operativo”.⁴⁶

Quienes se encuentren facultados para presentar peticiones individuales pueden hacerlo tanto a nombre propio como a nombre de terceras personas, mientras que, por ejemplo, el SEDH y el Comité DHONU solo reconocen el acceso a las víctimas o sus representantes.⁴⁷ El texto convencional tampoco exige que quien peticione ante la Comisión lo haga en representación de la víctima, o que cuente con su consentimiento. Es decir, no se exige la existencia de un vínculo entre peticionario y víctima.⁴⁸

Por otra parte, el artículo 24 del Reglamento de la CIDH reconoce también la posibilidad de que el órgano inicie *motu proprio* el trámite de una petición si considera que una situación que ha llegado a su conocimiento reúne los requisitos necesarios para ello, sin embargo, no es habitual que ejerza esa facultad.

En cuanto a la palabra ‘entidad’ en el marco del artículo 44 de la CADH,⁴⁹ la CIDH ha adoptado un criterio interpretativo amplio. En un caso en el que una sociedad anónima constituida legalmente en Argentina presentó una petición en contra de ese país, esta fue considerada facultada para dirigir comunicaciones debido a que podía asimilarse a la noción de “entidad no gubernamental legalmente reconocida” referida en el texto convencional.⁵⁰ En otras ocasiones, la Comisión ha superado eventuales dificultades para verificar la existencia formal de una entidad considerando que

46 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. EP. 1998. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 26.

47 De acuerdo con lo señalado por el anterior juez de la Corte IDH Antonio A. Cançado Trindade, “[h]ay que tener siempre presente la autonomía del derecho de petición individual *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados. Su relevancia no puede ser minimizada, por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, a tomar providencias judiciales por sí mismo. Lo cual no significa que él estaría privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana, u otro tratado de derechos humanos. [...] la *legitimatio ad causam* [establecida en la CADH], que extiende a todo y cualquier peticionario, puede prescindir aún de alguna manifestación por parte de la propia víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas (v.g., detenidos incommunicados, desaparecidos, entre otras situaciones) se vean imposibilitados de actuar por cuenta propia, y necesitan de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa”. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. EP. 1998. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 27 y 28.

48 Ver CIDH. Resolución n.º 59/81. Caso 1954. Uruguay. 16 de octubre de 1981. Considerando 2.

49 La legitimación activa a grupos de personas o entidades gubernamentales reconocida en el mismo precepto, no debe confundirse con la posibilidad de que estas sean consideradas como presuntas víctimas, pues salvo las excepciones que se señalan en el apartado correspondiente en este comentario, las víctimas en el SIDH solo pueden ser personas físicas. De acuerdo con la Corte IDH: “[...] la referencia que hace el artículo 44 a [...] organización no gubernamental o grupo de particulares[...] no es posible inferir una autorización para que las personas jurídicas puedan ser presuntas víctimas, sino que se refiere a su legitimación activa, en el sentido de que las organizaciones no gubernamentales o grupo de particulares están facultados para presentar peticiones individuales ante [la] Comisión Interamericana a favor de presuntas víctimas, incluso en casos en que no cuenten con el consentimiento de las mismas”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párr. 56. (notas al pie omitidas)

50 CIDH. Informe n.º 39/99. *Petición MEVOPAL S.A. Argentina*. 11 de marzo de 1999, párr. 12.

su presentación satisface el requerimiento de ‘grupo de personas’ incluido en el mismo artículo. En tal sentido, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

es claro que el artículo 44 de la Convención permite que cualquier grupo de personas formule denuncias o quejas por violación de los derechos consagrados por la Convención. Esta amplia facultad de denuncia es un rasgo característico del sistema de protección internacional de los derechos humanos. En el caso que nos ocupa, los promoventes son un “grupo de personas”, y por lo tanto, satisfacen una de las hipótesis previstas, para fines de legitimación, en el citado artículo 44. La evidente acreditación de esta circunstancia hace innecesario analizar el registro de Fasic y la relación que con dicha fundación guardan o dicen guardar quienes se ostentan como sus representantes. Esta consideración se fortalece si se recuerda que, como ha manifestado la Corte en otras ocasiones, las formalidades características de ciertas ramas del derecho interno no rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo principal y determinante cuidado es la debida y completa protección de esos derechos.⁵¹

1.2.2. Respeto de quien es identificado como presunta víctima

El sistema de peticiones no requiere que el autor de la petición tenga también la condición de víctima de una violación, sin embargo, esto no significa la posibilidad de admitir peticiones in abstracto. Al respecto, la CIDH ha señalado que:

Un individuo no puede instituir un *actio popularis* e impugnar una ley sin establecer cierta legitimación activa que justifique su recurso a la Comisión. La peticionaria debe presentarse como víctima de una violación de la Convención o debe comparecer ante la Comisión como representante de una víctima putativa de una violación de la Convención por un Estado Parte. No basta que una peticionaria sostenga que la mera existencia de una ley viola los derechos que le otorga la Convención Americana, sino que es necesario que dicha ley haya sido aplicada en su detrimento. Si la peticionaria no establece una legitimación activa, la Comisión debe declarar su incompetencia *ratione personae* para entender en la materia.⁵²

1.2.2.1. Las presuntas víctimas deben ser personas físicas

El artículo 1 de la CADH establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos y libertades a “toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, y define el término persona como todo ser humano. De allí que quien sea identificado como presunta víctima en una petición debe ser una persona física.⁵³ La jurisprudencia ha marcado algunas líneas de interpretación respecto de este requisito.

En una denuncia contra Perú, la Comisión declaró inadmisile una petición interpuesta por 105 accionistas del Banco de Lima, quienes —aunque se identificaron individualmente— alegaron que los actos denunciados afectaban los derechos del Banco y no los derechos individuales de propiedad. La Comisión estableció que de conformidad con el Preámbulo de la CADH y la definición de persona establecida en el artículo 1.2. del mismo instrumento, el SIDH se limita a la protección de personas naturales excluyendo, salvo algunas excepciones, a las personas jurídicas.⁵⁴

En aquellos casos en los que se haya establecido una asociación de personas para llevar a cabo un fin, deberá comprobarse la afectación directa a un derecho humano del o los individuos que la conforman. En relación con una presunta violación al derecho a la propiedad en el marco de una disputa por el derecho al uso de una marca, la Comisión estableció que:

51 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. EP. 1998, párr. 77.

52 CIDH. Informe n.º 48/96. Caso 11.553. *Sobre admisibilidad*. Costa Rica. 16 de octubre de 1996, párr. 28.

53 Como se explica más adelante, de manera excepcional las comunidades indígenas y tribales, así como los sindicatos, federaciones y confederaciones —estos últimos conforme al artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador—, son titulares de los derechos protegidos en la CADH.

54 CIDH. Informe n.º 10/91. Caso 10.169. *Banco de Lima*. Inadmisibilidad. Perú. 22 de febrero de 1991.

[L]a protección otorgada por el Sistema Interamericano de derechos humanos se limita solo a las personas naturales, quedando fuera las personas jurídicas, por lo que Tabacalera Boquerón S.A., como persona jurídica no puede ser una “víctima” de violación de derechos humanos en el Sistema Interamericano, ya que aquellas no se encuentran protegidas por la Convención. [...]

Si bien es cierto que en el presente caso no estamos frente a una institución bancaria, no es menos cierto que ambas son sociedades anónimas, vale decir personas jurídicas, y en el caso en cuestión, la directamente afectada con las resoluciones judiciales fue siempre Tabacalera Boquerón S.A., quien sufriera un “perjuicio patrimonial”; en los juicios internos jamás se señaló a los accionistas como víctimas de violación alguna a sus derechos, jamás se ejerció acción alguna para proteger sus derechos, por lo que [...], lo que está en discusión no son los derechos individuales de propiedad de los accionistas, sino los derechos comerciales y “patrimoniales” de Tabacalera Boquerón S.A., la que no se encuentra amparada por la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁵

Por su parte, la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este punto a propósito de la interposición de una excepción preliminar por parte de Argentina en el caso *Cantos*. El Estado sostenía que la CADH no era aplicable a personas jurídicas y, por tanto, sus cláusulas no protegían a las empresas del Sr. Cantos. En su decisión, el Tribunal Interamericano diferenció los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa en sí misma:

En general, los derechos y obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen y que actúa en su nombre o representación. [...] [E]sto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema de Derecho.⁵⁶

En el caso en comento, la Corte IDH siguió adelante con el procedimiento al comprobar que los trámites judiciales y los recursos internos presentados habían sido hechos por el Sr. Cantos por derecho propio y en nombre de sus empresas.

En el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, la Corte IDH confirmó y ahondó el criterio del caso *Cantos*. Al someter la disputa, la CIDH señaló la violación a la libertad de expresión de accionistas, directivos y empleados del medio de comunicación por la falta de renovación de la concesión por parte del Estado. La Corte IDH señaló que:

[...] los medios de comunicación son, generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión, por lo que es inusual en la actualidad que un medio de comunicación no esté a nombre de una persona jurídica, toda vez que la producción y distribución del bien informativo requieren de una estructura organizativa y financiera que responda a las exigencias de la demanda informativa. De manera semejante, así como los sindicatos constituyen instrumentos para el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores y los partidos políticos son vehículos para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, los medios de comunicación son mecanismos que sirven al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quienes los utilizan como medio de difusión de sus ideas o informaciones. [...] En consecuencia, la Corte Interamericana considera que *las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos*

55 CIDH. Informe n.º 47/97. *Tabacalera Boquerón S.A.* Paraguay. 16 de octubre de 1997, párrs. 25 y 27.

56 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, pp. 57 y 59.

derechos también pueden verse vulnerados. Igualmente, la Corte resalta, como lo afirmó la Comisión, que para determinar si una acción estatal que afectó al medio como persona jurídica también tuvo, por conexidad, un impacto negativo, cierto y sustancial sobre la libertad de expresión de las personas naturales, se debe analizar el papel que cumplen las presuntas víctimas dentro del respectivo medio de comunicación y, en particular, la forma en que contribuían con la misión comunicacional del canal [...].⁵⁷

1.2.2.2. Comunidades indígenas y pueblos tribales

Las comunidades indígenas y los pueblos tribales constituyen una de las excepciones al requisito de que las presuntas víctimas de una violación sean personas físicas. De acuerdo a la jurisprudencia constante de la Corte IDH, estos grupos pueden ser considerados como presuntas víctimas de manera colectiva,⁵⁸ dicha titularidad es consecuencia de la evolución actual del derecho internacional,⁵⁹ de acuerdo con la Corte IDH:

de dicha protección se desprende que en la medida en que el ejercicio de algunos [*sic*] derechos de los miembros de las comunidades indígenas y tribales se realiza conjuntamente, la violación de dichos derechos tiene una dimensión colectiva y no puede circunscribirse a una afectación individual. Las afectaciones aludidas acarrearán entonces consecuencias para todos los miembros de la comunidad y no únicamente para algunos determinados en una situación específica. [...] De acuerdo a lo anterior, la Corte concluye que, por disponerlo varios instrumentos jurídicos internacionales, de los que son partes los Estados del Sistema interamericano, y algunas de sus legislaciones nacionales, las comunidades indígenas y tribales, por encontrarse en una situación particular, deben ser consideradas como titulares de ciertos derechos humanos. Adicionalmente, ello se explica en atención a que, en el caso de los pueblos indígenas su identidad y ciertos derechos individuales, como por ejemplo el derecho a la propiedad o a su territorio, solo pueden ser ejercidos por medio de la colectividad a la que pertenecen.⁶⁰

1.2.2.3. Sindicatos, federaciones y confederaciones

Otra de las excepciones al reconocimiento de personas no físicas como presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos, son los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Dicho reconocimiento se basa en el texto del artículo 8.1.a del Segundo Protocolo a la CADH sobre los DESC.⁶¹ Este instrumento permite la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH.

57 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párrs. 148 y 151. (énfasis agregado y notas al pie omitidas). La Corte IDH se apoya de la sentencia del TEDH en el caso *Groppera Radio AG y otros vs. Suiza*, en donde el Tribunal Europeo señaló que: “[...] el accionista de una radiodifusora, sus empleados, en su ejercicio laboral como periodistas, y sus oyentes tenían un interés directo frente a la continuidad de la señal del medio de comunicación, por lo que debían ser acreditados como presuntas víctimas”, y en el Comité DHONU en el caso *Singer vs. Canadá*, párrs. 149 y 150 de sentencia *Granier y otros*.

58 Ver la sección especial sobre ‘Pueblos Indígenas y la Corte IDH. Fondo y Reparaciones’, la cual forma parte del Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

59 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párr. 81.

60 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párrs. 82 y 83. (notas al pie omitidas)

61 El artículo 8.1.a) del Protocolo de San Salvador establece lo siguiente: “[a]rtículo 8. Derechos Sindicales. 1. Los Estados Partes garantizarán: a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b. [e]l derecho a la huelga.” Es importante señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, la Corte IDH tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a los derechos sindicales –artículo 8.1.a–, y al derecho a la educación –artículo 13–.

Con motivo de una opinión consultiva solicitada por Panamá en la que el Estado pidió a la Corte IDH responder diversas preguntas relacionadas con la titularidad de los derechos de las personas jurídicas en el SIDH, la Corte IDH aplicó diversos métodos de interpretación, incluyendo el artículo 29 de la CADH y los artículos 31 y 32 de la CVDT, para concluir que sindicatos, federaciones y confederaciones pueden presentarse ante el SIDH en defensa de sus propios derechos:

la Corte entiende entonces que cuando el artículo señala que los Estados “permitirán”, lo que la norma busca es que los Estados hagan posible el libre funcionamiento de los sindicatos, las federaciones y confederaciones, así como que se asocien y formen federaciones y confederaciones nacionales, y organizaciones sindicales internacionales. Ese libre funcionamiento implica que estas organizaciones colectivas tienen la capacidad de, por ejemplo, crear sus propios estatutos, elegir a sus representantes o manejar sus finanzas. Asimismo, asociarse y formar otras organizaciones colectivas también supone que tienen la capacidad para llevar a cabo esos actos. La capacidad de obrar implica la existencia de la personalidad jurídica de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Ello conlleva a la Corte a concluir que el uso del término “permitir” en el marco del artículo 8 del Protocolo presupone entonces que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones constituyen personas jurídicas distintas a sus asociados con capacidad diferente a las de ellos para contraer obligaciones, y adquirir y ejercer derechos, tales como, al libre funcionamiento. Además, las organizaciones sindicales tendrían el derecho de asociarse y formar federaciones y confederaciones nacionales, y organizaciones sindicales internacionales. [...] Sumado a lo anterior, cuando el artículo 8.1.a indica que “como proyección” del derecho de los trabajadores, el Estado permitirá a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones actuar libremente así como a los sindicatos asociarse y formar federaciones y confederaciones nacionales, y organizaciones sindicales internacionales, lo que la norma hace es darle un alcance al derecho de los trabajadores más amplio que el solo hecho de poder organizar sindicatos y afiliarse al de su elección. Esto lo logra especificando los medios mínimos a través de los cuales los Estados garantizarán el ejercicio de dicho derecho. En consecuencia, el derecho que la norma consagra a favor de los trabajadores constituye un marco a través del cual se generan derechos más específicos en cabeza de los sindicatos, las federaciones y confederaciones como sujetos de derechos autónomos, cuya finalidad es permitirles ser interlocutores de sus asociados, facilitando a través de esta función una protección más extensa y el goce efectivo del derecho de los trabajadores.⁶²

1.2.2.4. Niñas y niños como presuntas víctimas

Las niñas y niños pueden ser considerados como presuntas víctimas siempre y cuando así lo hayan manifestado. En un caso en el que tres niñas que contaban con 12, 13 y 17 años de edad al momento del procedimiento ante la Corte IDH, y en el que existían escritos en donde ambos padres manifestaban que actuaban en su representación ante esa instancia, la Corte IDH determinó que era necesario una manifestación precisa respecto a si, por un lado, estaban de acuerdo con la representación que ejercían sus padres, y si, por otro lado, deseaban tener la calidad de presuntas víctimas.⁶³

La Corte IDH llevó a cabo una diligencia con dos de las niñas tomando en cuenta los estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a ser oídos. Tras dicha diligencia determinó que podrían tener la calidad de presuntas víctimas toda vez que “[d]e las manifestaciones rendidas [...] y teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de los derechos de los niños y las niñas, [...] observ[ó] que [ambas] expresaron de manera libre e independiente sus propias opiniones y juicios formados sobre los hechos del caso que [les atañían], así como algunas de sus expectativas e intereses en la resolución del presente caso”.⁶⁴

62 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párrs. 91 y 92.

63 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 67.

64 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párrs. 69 y 70. Respecto a la tercera niña, quien no pudo

1.2.3. Respeto del Estado denunciado

Para comprender el alcance de la competencia de la Comisión en relación con los Estados que pueden ser denunciados por violaciones a derechos protegidos por el derecho interamericano, es necesario vincular el texto del artículo con lo dispuesto por el Estatuto de la CIDH en el artículo 20.b, respecto de aquellos Estados que son miembros de la OEA, pero que no son Estados parte de la CADH.

El Reglamento de la CIDH regula el tema en su artículo 23, y dedica el Capítulo III a las peticiones referentes a Estados que no son partes del texto convencional, estableciendo en el artículo 51 la facultad de la Comisión para recibir y examinar peticiones que contengan denuncias a presuntas violaciones de derechos consagrados en la DADDH, y en el 52 la aplicación del procedimiento general con excepción de las normas que ordenan la remisión de casos a la Corte IDH.

1.3. Competencia *ratione materiae*

La CIDH solo puede examinar peticiones que contengan violaciones a derechos humanos protegidos por la CADH o alguno de los instrumentos interamericanos vigentes. El artículo 23 del Reglamento de la CIDH completa el alcance de la competencia material señalando cada uno de los instrumentos del derecho interamericano cuya violación habilita la presentación de peticiones ante la propia Comisión, en los propios términos que el respectivo instrumento establezca y de conformidad con el Estatuto y el Reglamento, a saber: la DADDH, la CADH, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la CIPST, la CIDFP y la Convención de Belém do Pará. En este punto es importante verificar si el Estado denunciado hubiera formulado alguna reserva legítima relacionada con el derecho cuya violación se denuncia. La CADH establece en su artículo 75 que el régimen aplicable a las reservas se regirá por lo establecido en el artículo 29 del mismo texto convencional y la CVDT.⁶⁵

1.4. Competencia *ratione temporis*

De conformidad con el principio de irretroactividad, la Comisión solo puede conocer respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor en el Estado del instrumento cuya violación se denuncia. En el mismo sentido, el momento en que el Estado parte denuncia la CADH marca el fin de la competencia de la CIDH respecto de peticiones que se relacionen con ese Estado.⁶⁶

La CIDH ha tenido ocasión de resolver la aplicación consecuente de la DADDH y la CADH, en los siguientes términos:

41. La Comisión considera que una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, esta, y no la Declaración, se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua. [...]
42. Sin embargo, el derecho a la salud y al bienestar (art. XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (arts. XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la Declaración [Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre], no se encuentran protegidos de manera específica por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]. La Comisión considera que esta circunstancia no excluye su competencia por razón de la materia, pues en virtud del artículo 29(d) de la Convención “ninguna disposición de

estar en la diligencia por causas de fuerza mayor, la Corte no encontró elementos para considerar que se encontraba en una condición distinta a la de sus hermanas, “[s]in embargo, para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deb[ía] constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea[ba] ser considerada parte lesionada”. *Ibidem*, párr. 71.

65 Sobre las reservas a la CADH, ver comentario al artículo 75 a cargo de Gabriela Rodríguez.

66 La CADH establece en su artículo 78 algunas condiciones para la denuncia. En el momento en que este comentario se suscribe, únicamente han sido dos los países que han denunciado el instrumento convencional: Trinidad y Tobago el 26 de mayo de 1998, y Venezuela el 10 de septiembre de 2012.

la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Por tanto, la Comisión examinará estos alegatos de los peticionarios sobre violaciones de la Declaración.⁶⁷

Asimismo, la CIDH se ha declarado competente para revisar peticiones que aleguen violaciones a la CADH, cuyo principio de ejecución sea anterior a la entrada en vigor de dicho instrumento para el Estado parte, pero que se trate de un delito continuado, por ejemplo en los casos de desaparición forzada de personas o negación de justicia. En ese sentido, en un caso contra Brasil en el que se alegaban violaciones anteriores a la ratificación por parte del Estado de la CADH, la CIDH resolvió que tenía competencia:

ratione temporis para conocer y decidir del [...] caso conforme a la Declaración, en relación con las violaciones alegadamente ocurridas antes de la ratificación de la Convención, así como conforme a la Convención en lo que se refiere a las actuaciones y procedimientos realizados por la justicia brasileña en tanto estos puedan constituir una violación continuada de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma.⁶⁸

1.5. Competencia *ratione loci*

Conforme a lo establecido en el artículo 1.1. del texto convencional, la CIDH solo puede revisar denuncias de violaciones a la CADH que hayan tenido lugar en la jurisdicción de algún Estado parte.⁶⁹

La competencia *ratione loci* de la CIDH se extiende a casos en los que el Estado ejercite su jurisdicción extraterritorialmente. En un caso contra Estados Unidos relacionado a la interdicción de balseros haitianos en alta mar y su posterior repatriación a Haití sin la concesión de audiencias para que pudieran reclamar la condición de refugiados, la CIDH estableció responsabilidad estatal por la práctica descrita, a la luz de la DADDH y de instrumentos del derecho internacional de los refugiados.⁷⁰

Asimismo, como mencionaremos más adelante en el análisis del artículo 45, la CIDH se pronunció sobre su competencia *ratione loci* en relación a las comunicaciones interestatales en un caso en que Ecuador denunció a Colombia.

1.6. Fondo de Asistencia Legal del SIDH

En junio de 2008, la Asamblea General de la OEA,⁷¹ dispuso la creación del Fondo de Asistencia Legal (FALSIDH), destinado a facilitar el acceso al sistema de las personas que no cuenten con los recursos necesarios y constituido por contribuciones voluntarias de los Estados miembros de la OEA. Este fondo se administra con dos cuentas separadas: una para la CIDH y otra para la Corte IDH.

El Reglamento para el funcionamiento del fondo fue aprobado un año después, en noviembre de 2009, por el pleno del Consejo Permanente de la OEA.⁷² Este Reglamento recoge los lineamientos generales dados por la Asamblea General, y establece que la aprobación de la asistencia legal será determinada por la Corte y la Comisión, según corresponda, de acuerdo a sus propios Reglamentos.

67 CIDH. Informe n.º 03/01. Caso 11.670. *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros*. Argentina. 19 de enero de 2001.

68 CIDH. Informe n.º 60/99. Caso 11.516. *Ovelário Tames*. Brasil. 13 de abril de 1999, párr. 28.

69 El artículo 1.1. establece que: “[l]os Estados Partes [...] se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

70 CIDH. Informe n.º 51/96. Caso 10.675. *Personas haitianas*. Estados Unidos. 13 de marzo de 1997.

71 OEA. Res. AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08).

72 OEA. Res. CP/RES. 963 (1728/09).

En marzo de 2011, entró en vigor el Reglamento de la CIDH que regula el FALSIDH en el seno de dicho órgano.⁷³ Según lo ahí estipulado, la asistencia podrá concederse a denuncias con admisibilidad o en las que se haya decidido y comunicado la acumulación del análisis de admisibilidad con el fondo del asunto. Solo podrán solicitarlo aquellas personas que demuestren la carencia de recursos suficientes para cubrir total o parcialmente gastos (art. 3), para la recolección y remisión de documentos probatorios, la comparecencia de víctimas, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión, y otros gastos que la Comisión estime pertinentes para el procesamiento de una petición o de un caso (art. 4). La CIDH “incluirá en las recomendaciones del informe sobre los méritos de una petición [...] la estimación de los gastos que hayan sido realizadas con cargo al Fondo de Asistencia Legal para que el Estado en cuestión disponga su reintegro a dicho Fondo” (art. 9).

La decisión de concesión del beneficio está en manos de un Consejo Directivo del Fondo integrado por un/a representante de la Comisión y otro/a de la Secretaría General de la OEA.

2. Comunicaciones interestatales

2.1. Formalidades

El artículo 45 de la CADH establece la facultad que se le otorga a la CIDH para recibir y examinar comunicaciones interestatales en las “que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en [la] Convención”. Los Estados interesados en reconocer formalmente esta competencia de la Comisión deben hacerlo a través de una declaración a efectuarse “en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de [la] Convención, o en cualquier momento posterior” (párr. 1). En la misma declaración, los Estados pueden optar por hacer el reconocimiento por tiempo indefinido, o limitarlo a un periodo determinado, o para casos específicos (párr. 3).

Como requisito excluyente, la CIDH solo puede admitir comunicaciones interestatales bajo condiciones de reciprocidad, es decir, para aquellos casos en que ambos Estados afectados hayan reconocido esa competencia explícitamente. Sin embargo, el inciso 1 del artículo 50 de su Reglamento establece que todos los Estados partes son susceptibles de ser denunciados:

[l]a comunicación presentada por un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ha aceptado la competencia de la Comisión para recibir y examinar tales comunicaciones contra otros Estados partes, será transmitida al Estado parte aludido, sea que este haya aceptado o no la competencia de la Comisión. En caso de no haberla aceptado, la comunicación será transmitida a los efectos de que dicho Estado pueda ejercer su opción bajo el artículo 45, párrafo 3, de la Convención, para reconocer esa competencia en el caso específico objeto de la comunicación.⁷⁴

2.2. Casos

Existen dos antecedentes de comunicaciones interestatales presentadas y examinadas por la Comisión. En el primer antecedente, el 6 de febrero de 2006, Nicaragua presentó una comunicación en la que alegaba que Costa Rica había incumplido con su deber de brindar las debidas garantías de protección de

73 La Corte IDH aprobó su Reglamento para el funcionamiento del FASIDH en febrero de 2010, el cual entró en vigor el 1 de junio del mismo año.

74 (énfasis agregado). Hoy en día son diez los Estados Americanos capaces de presentar comunicaciones interestatales: Argentina, quien realizó declaración el 5 de septiembre de 1984, Bolivia el 27 de julio de 1993, Chile el 21 de agosto de 1990, Colombia el 21 de junio de 1985, Costa Rica el 2 de julio de 1980, Ecuador el 13 de agosto de 1984, Jamaica el 7 de agosto de 1978, Nicaragua el 6 de febrero de 2006, Perú (el 21 de enero de 1981) y Uruguay (el 19 de abril de 1985).

los derechos humanos a la población migrante nicaragüense bajo su jurisdicción. Al momento de analizar su competencia *ratione personae*, la CIDH encontró que la comunicación interestatal presentada contra Costa Rica se refería no solo a presuntas víctimas debidamente individualizadas, sino también a un conjunto de potenciales víctimas generalizadas como población migrante nicaragüense en Costa Rica en situación de vulnerabilidad.

La Comisión Interamericana recordó que de acuerdo al artículo 44 de la CADH “para que una petición sea admisible deben existir víctimas concretas, individualizadas y determinadas, o se refieran a un grupo de víctimas específico y definido compuesto de individuos determinables”,⁷⁵ posteriormente analizó si:

194. [...] el artículo 45 de la Convención Americana p[odía] ser interpretado bajo los mismos criterios que el artículo 44, es decir, si las comunicaciones entre Estados al igual que las peticiones individuales deben individualizar las presuntas víctimas de una violación para que la comunicación sea admitida, o si, por el contrario, los Estados están facultados para presentar comunicaciones con el fin de asegurar la observancia de las obligaciones convencionales *erga omnes* partes, como un mecanismo de acción de garantía colectiva.
195. [...] la Comisión observ[ó] que la redacción de los artículos 44 y 45 de la Convención es similar pero no idéntica [...] para las peticiones presentadas conforme al artículo 44 la Convención se refiera a “denuncias o quejas de violación de esta Convención”, mientras que para comunicaciones presentadas conforme al artículo 45 la Convención se refiera a alegaciones de “violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención”, [lo cual de acuerdo a la Comisión] deja entrever una intención de que los Estados puedan poner en conocimiento de la C[omisión] no solo situaciones que hayan afectando a víctimas individualizadas o determinables sino también situaciones generalizadas de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos.
196. Lo anterior [de acuerdo con la CIDH] no significa que los Estados puedan presentar [...] casos abstractos que no tengan por objeto proteger los derechos y libertades de personas protegidas por la Convención; significa únicamente que si un Estado Parte considera que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones generalizadas a los derechos humanos, puede acudir a la Comisión denunciando esta situación sin necesidad de individualizar a cada una de las posibles víctimas.
[...]
200. [la CIDH señaló que] está llamada a interpretar el mecanismo consagrado en el artículo 45 de la Convención no como un derecho de un Estado con el propósito de exigir el cumplimiento de sus derechos o intereses particulares, sino con el propósito de generar la actuación de la Comisión sobre posibles violaciones al orden público regional [...] esta interpretación [...] permite la realización del mecanismo de garantía colectiva que se encuentra previsto en el artículo 45.

Por su parte, en el momento de evaluar su competencia *ratione temporis*, la CIDH señaló que, a los efectos de garantizar el cumplimiento del requisito de reciprocidad en las comunicaciones entre Estados, su competencia surge a partir del momento en que ambos Estados parte de la comunicación han llevado a cabo el acto de reconocimiento por medio de la declaración correspondiente; lo cual se constata desde la fecha en que se efectuó el último reconocimiento por parte de los Estados involucrados.

Según lo resuelto en el Informe n.º 11/07 del 8 de marzo de 2007,⁷⁶ la petición fue finalmente declarada inadmisibles conforme a los artículos 46 de la CADH, y 31 del Reglamento de la Comisión vigente en el momento de los hechos. No obstante esta situación, el precedente sirvió para aclarar

75 Sobre el desarrollo de la Comisión y la Corte Interamericanas acerca del concepto de víctima, ver: CIDH. Informe n.º 51/02. Caso 12.404. *Janet Espinoza Feria y otras*. Perú. 10 de octubre de 2002. CIDH. Informe no 48/96. Caso 11.553. *Emérita Montoya González*. Costa Rica. 16 de octubre de 1996. CIDH. Informe n.º 28/98. Caso 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 6 de marzo de 1998. y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

76 CIDH. Informe n.º 11/07. Caso interestatal 01/06 *Nicaragua vs. Costa Rica* (PI-01). 8 de marzo de 2007.

algunas cuestiones de admisibilidad propias de este tipo de comunicaciones, así como su naturaleza diferenciada de las peticiones individuales, y demostrar la posibilidad de que los Estados se denuncien por violaciones a la CADH.

En el segundo antecedente, el 11 de junio de 2009, Ecuador denunció a Colombia alegando la violación de derechos humanos garantizados en una serie de artículos de la CADH en perjuicio del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina, por su presunta ejecución extrajudicial por parte de agentes de la fuerza pública de Colombia, en el marco de una operación militar transfronteriza conocida como ‘Operación Fénix’ llevada a cabo el 1 de marzo de 2008 en territorio ecuatoriano.

En el Informe n.º 112/10 del 21 de octubre de 2010,⁷⁷ la petición fue declarada admisible. Al analizar su competencia *ratione loci*, la CIDH debió responder a los cuestionamientos del Estado colombiano que sostenía que “al tener carácter territorial el concepto de jurisdicción consagrado en el artículo 1.1. de la Convención Americana, la muerte del Sr. Aisalla, de nacionalidad ecuatoriana y ocurrida en Ecuador, no está sujeta a la jurisdicción del Estado colombiano.”⁷⁸ Sin embargo, en línea con otros organismos internacionales, la Comisión consideró que tenía indicios suficientes para concluir que Colombia había ejercido jurisdicción extraterritorial sobre la zona sujeta al ataque, y reafirmó la extraterritorialidad del ámbito de aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos:

[...] los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y no se basan en su ciudadanía o ubicación. Bajo el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio y de aquellas presentes en el territorio de otro Estado pero sujetas al control de sus agentes.⁷⁹

En cuanto a la competencia *ratione materiae*, para responder a los alegatos del Estado denunciado que enmarcaba los hechos de la ‘Operación Fénix’ en el DIH, la CIDH recordó que:

Por su complementariedad y el hecho de que ambas normativas se basan en los mismos principios y valores, el derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario pueden influirse y reforzarse mutuamente [...] La Comisión Interamericana está obligada por su Estatuto a examinar las denuncias que alegan la violación de un derecho protegido en el marco de la Convención o Declaración Americanas. El hecho de que la resolución de tal denuncia pueda requerir referencia a otro tratado no impide la jurisdicción, y la Corte Interamericana ha respaldado la práctica de la Comisión de invocar “otros tratados relacionados con la protección de los derechos humanos” en sus resoluciones e informes.⁸⁰

De esta manera, la CIDH se declaró competente, ya que en la comunicación interestatal se alegaron violaciones a derechos humanos protegidos por la CADH.

2.3. La designación de jueces/juezas *ad hoc* en el SIDH

El artículo 45 de la CADH adquiere singular importancia en relación con el nombramiento de jueces/juezas *ad hoc* en los casos ante la Corte IDH.⁸¹ Desde los primeros procedimientos contenciosos,

77 CIDH. Informe n.º 112/10. Petición interestatal Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs. Colombia* (PI-02). 21 de octubre de 2010.

78 CIDH. Informe n.º 112/10. Petición interestatal Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs. Colombia* (PI-02). 21 de octubre de 2010, párr. 80.

79 CIDH. Informe n.º 86/99. Caso 11.589. *Armando Alejandro Jr y otros. Cuba*. 13 de abril de 1999, párr. 91. (énfasis agregado)

80 CIDH. Informe no 112/10. Petición interestatal. Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Ecuador vs. Colombia* (PI-02). 21 de octubre de 2010, párrs. 171 y 173. Citando a Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte. 1982, párr. 43.

81 La designación de jueces/juezas *ad hoc* se rige por el artículo 55 de la CADH, el artículo 10 del Estatuto y el artículo 20 del Reglamento, ambos instrumentos de la Corte IDH actualmente vigentes (arts. 17, 18 o 19 en Reglamentos anteriores).

la Corte IDH permitió la designación de jueces/juezas *ad hoc* en todos los casos bajo su conocimiento originados de peticiones individuales, cuando entre los/as miembros de la Corte IDH no hubiese alguno/a de la nacionalidad del Estado demandado. Esta práctica fue fuertemente cuestionada por diversos actores de la comunidad internacional que destacaban los efectos adversos de esta designación para la imparcialidad e independencia de la Corte IDH, para la igualdad procesal en el litigio, y para la legitimidad de las decisiones del Tribunal. La crítica fue consistente con la posición de la CIDH,⁸² las víctimas,⁸³ la doctrina,⁸⁴ y organizaciones no gubernamentales.⁸⁵

A partir de una solicitud de opinión consultiva sobre el tema presentada por Argentina, la Corte IDH revisó el procedimiento de nombramiento a la luz de la CADH, y resolvió por unanimidad:

Que conforme al artículo 55.3. de la C[ADH], la posibilidad de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte Interamericana, de nombrar un juez *ad hoc* para que integre este Tribunal cuando en el mismo no hubiere un juez de su nacionalidad, *se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales* (art. 45 de dicho instrumento), y que *no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados Partes en casos originados en peticiones individuales* (art. 44 de dicho tratado).⁸⁶

Esta opinión produjo la modificación del artículo del Reglamento de la Corte IDH referido a la figura de jueces/juezas *ad hoc*, el que hoy se establece con mayor precisión:

Artículo 20. Jueces *ad hoc* en casos interestatales

1. Cuando se presente un caso previsto en el artículo 45 de la Convención, la Presidencia, por medio de la Secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dicho artículo la posibilidad de designar un juez *ad hoc* dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la demanda.
2. Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, la Presidencia les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un juez *ad hoc* en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto. Si dentro de los 30 días siguientes a la última notificación de la demanda, dichos Estados no hubieren comunicado su acuerdo a la Corte, cada uno de ellos podrá proponer su candidato dentro de los 15 días siguientes. Pasado ese plazo, y si se hubieren presentado varios, la Presidencia escogerá por sorteo un juez *ad hoc* común y lo comunicará a los interesados.
3. Si los Estados interesados no hacen uso de su derecho dentro de los plazos señalados en los párrafos precedentes, se considerará que han renunciado a su ejercicio.
4. El secretario comunicará a la Comisión Interamericana, a los representantes de la presunta víctima y, según el caso, al Estado demandante o al Estado demandado la designación de jueces *ad hoc*.
5. El juez *ad hoc* prestará juramento en la primera sesión dedicada al examen del caso para el cual hubiese sido designado.
6. Los jueces *ad hoc* percibirán emolumentos en las mismas condiciones previstas para los jueces titulares.

82 CIDH. Caso 11.681. *Masacre de las Dos Erres*. Guatemala. Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la figura del Juez *Ad hoc*, 30 de julio de 2008. Corte IDH. *Caso Gómez Paquiyauri*. Perú. Resolución de 18 de noviembre de 2002.

83 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 6.

84 Ver Faúndez Ledesma, H. "La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos", en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 1998, p. 195.

85 Ver Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 5. Buenos Aires, Argentina, Cejil, 2008.

86 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 2009. (énfasis agregado)

3. Admisibilidad de las peticiones

Los artículos 46 y 47 regulan la etapa de admisibilidad de las peticiones, estableciendo los requisitos que se deben satisfacer para abrir la instancia internacional, así como el régimen de excepciones.

3.1. Regla general del previo agotamiento de los recursos internos y sus excepciones

3.1.1. Regla general: artículo 46. 1. a) de la CADH

La regla del previo agotamiento de los recursos internos es uno de los elementos a partir de los cuales se evalúa y decide la admisibilidad de las peticiones realizadas ante la CIDH. Esta regla tiene una relevancia fundamental en el derecho internacional y en el carácter subsidiario del SIDH. Su objetivo es permitir que se conozca a nivel nacional la supuesta violación del derecho, y que el Estado nacional tenga la posibilidad de solucionar la misma antes de que se habilite una instancia internacional.⁸⁷ Asimismo, se ha considerado como un medio de defensa en beneficio del Estado y por tanto renunciabile:

[...] según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciabile, aun de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable.⁸⁸

A juicio de la Corte IDH, la referencia a “los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos” que contiene el artículo, indica que los mismos deben ser considerados tanto para el análisis de la regla establecida en el artículo 46.1.a) como para sus excepciones, es decir, la determinación de en qué situaciones se exime del agotamiento según lo establecido en el artículo 46.2.⁸⁹

El artículo 46.1.a) también ha sido interpretado en el sentido que “exige el agotamiento de los recursos internos [...] en el momento en que se decida sobre la admisibilidad de la petición y no [en] el momento de la presentación de la misma”.⁹⁰ En el caso de la *Comunidad Campesina Santa Bárbara vs. Perú*, la CIDH explicó las razones que fundamentan este criterio:

en un número importante de casos se presentan modificaciones y/o actualizaciones sobre la situación de cumplimiento de los requisitos de admisibilidad [...] conforme a la Convención y las reglas aplicables, la etapa de admisibilidad tiene precisamente el fin que los Estados presenten información adicional sobre la idoneidad y efectividad de los recursos internos, cuando las peticiones se basan en argumentos sobre la aplicabilidad de las excepciones a la regla de agotamiento previo de los recursos internos. [De acuerdo con la CIDH] [l]a evaluación de toda esta información culmina al momento de tomar la decisión sobre la admisibilidad de la petición [...] [y] toda la información que se recibe con posterioridad a la petición inicial es estrictamente sometida a contradictorio.⁹¹

87 CIDH. Informe n.º 92/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de octubre de 2008, párr. 35.

88 Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Resolución. 1981, párr. 26.

89 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 87.

90 CIDH. Informe n.º 146/10. Petición 212-05. Admisibilidad. *Manuel Santiz Culebra y otros (Masacre de Acteal)*. México. 1 de noviembre de 2010, párr. 39. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 34. Es importante señalar que de manera reciente este tema generó debate entre los miembros de la Corte IDH, por lo que el pronunciamiento del Tribunal Interamericano en la sentencia *Wong Ho Wing* de 2015 refleja la posición de la mayoría al respecto. Sobre las posiciones que señalan que el examen del previo agotamiento de recursos internos debe realizarse en el momento en que la petición es recibida, ver los votos del juez Eduardo Vio Grossi en la misma sentencia *Wong Ho Wing* y en Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

91 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 38.

Sobre este aspecto, la Corte IDH también ha señalado:

[...] la presentación de la petición, la transmisión de la misma al Estado y la emisión del Informe de Admisibilidad son tres momentos diferentes: el primero derivado de un acto del peticionario y los otros dos derivados de actos de la Comisión Interamericana. El Reglamento de la Comisión Interamericana regula específicamente dichas etapas. De acuerdo con los artículos 28.h) (actualmente 28.8.), 29 y 30 de dicho Reglamento, antes de transmitir una petición al Estado se realiza una revisión inicial en la cual se analiza, entre otros, si la petición contiene información sobre “las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 [de dicho] Reglamento”. Una vez transmitida la petición al Estado se inicia la etapa de admisibilidad y por ende el contradictorio sobre si se cumplen con los requisitos de admisibilidad de la petición, entre ellos, el requisito de agotamiento de los recursos internos. Según el mencionado Reglamento, es al momento de analizar la admisibilidad donde la Comisión decide si la petición cumplió o no con dicho requisito, o si resulta aplicable alguna de las excepciones previstas en la Convención. En este sentido, el Reglamento de la Comisión hace una distinción entre el momento en que se realiza la revisión inicial, cuando se examina solamente si la petición incluyó información sobre “las gestiones emprendidas para agotar los recursos [...] o la imposibilidad de hacerlo”, y el momento de decidir la admisibilidad, cuando se determina si ya se agotaron los mismos o aplica alguna excepción a este requisito.⁹²

Adicionalmente, la Corte consideró que sería contrario al principio de economía procesal que se inadmitieran peticiones con base en que al momento de la presentación inicial no se habían agotado recursos internos, si al momento en que se analiza la admisibilidad esos recursos ya fueron agotados.⁹³

3.1.1.1. Los recursos disponibles a nivel interno deben ser adecuados y efectivos

La jurisprudencia consolidada del SIDH ha señalado que deben agotarse aquellos recursos que sean adecuados y efectivos. Se entiende por adecuados aquellos recursos cuya función dentro del sistema del derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida.⁹⁴ “En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si en un caso específico el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo [...]”.⁹⁵

Por su parte, un recurso es efectivo cuando es capaz de producir el resultado para el cual ha sido creado. La Corte IDH ha entendido que un recurso “puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente”.⁹⁶

Ante la denuncia de desaparición forzada de una persona en Ecuador, el Estado argumentó la falta de satisfacción de este requisito alegando que se encontraban disponibles recursos como la acción de protección, la acción por incumplimiento y el recurso de hábeas corpus, los cuales no habían sido agotados en el caso concreto. La CIDH dio curso a la admisibilidad de la petición al considerar que:

[...] toda vez que se cometa un delito perseguible de oficio, el Estado tiene la obligación de promover e impulsar el proceso penal y que, en esos casos, esta constituye la vía idónea para esclarecer los hechos, juzgar a los responsables y establecer las sanciones penales correspondientes, además de posibilitar otros modos de reparación de tipo pecuniario. La Comisión considera que los hechos expuestos por los peticionarios relativos a la desaparición de César

92 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 26. (notas al pie omitidas)

93 *Ibidem*, párr. 28.

94 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 31.

95 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 64.

96 Sobre la efectividad de recursos durante estados de excepción, ver Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 50 a 53.

Gustavo Garzón Guzmán se traducen en la legislación interna en conductas delictivas perseguibles de oficio cuya investigación y juzgamiento debe ser impulsada por el Estado mismo.⁹⁷

En otro caso, la Corte IDH decidió sobre la idoneidad de la competencia contencioso-administrativa y de los procesos disciplinarios en relación con el agotamiento del recurso:

[I]a Comisión ha sostenido reiteradamente que dichas vías no constituyen recursos idóneos a efectos de analizar la admisibilidad de un reclamo de la naturaleza del presente ante la Comisión. La jurisdicción disciplinaria no constituye una vía suficiente para juzgar, sancionar y reparar las consecuencias de violaciones a los derechos humanos. La jurisdicción contencioso administrativa, por otra parte, es un mecanismo que procura la supervisión de la actividad administrativa del Estado, y que únicamente permite obtener una indemnización por daños y perjuicios causados por la acción u omisión de agentes del Estado. Consecuentemente, no constituye el recurso idóneo a los efectos de analizar la admisibilidad del presente caso.⁹⁸

Asimismo, de acuerdo con la interpretación de la cláusula convencional, no es necesario que las presuntas víctimas agoten todos los recursos que tengan disponibles:⁹⁹ “[...] si la presunta víctima planteó la cuestión por alguna de las alternativas válidas adecuadas según el ordenamiento jurídico interno y el Estado tuvo la oportunidad de remediar la cuestión en su jurisdicción, la finalidad de la norma internacional debe considerarse cumplida”.¹⁰⁰

De manera que, en términos generales, el agotamiento de una vía interna puede eximir del agotamiento de vías adicionales. Sin embargo, esto no conlleva “a descartar automáticamente el análisis de argumentos estatales sobre los diversos recursos procedentes, al menos cuando existe una diferencia entre el objeto o fin de la vía interna instada o desarrollada y aquella aludida por el Estado.”¹⁰¹

En un caso en que la CIDH centró su examen de admisibilidad en la investigación de los hechos por tratarse de delitos que se persiguen de oficio, y el Estado señaló la falta de interposición de, *inter alia*, la acción de hábeas corpus, la Corte IDH aclaró que la finalidad de ambos recursos era distinta, y estableció que el examen sobre los recursos internos debe realizarse:

41. [...] *con cierto grado de flexibilidad* atendiendo a las circunstancias particulares de cada situación, de modo de poder evaluar si en el caso fue posible dar al Estado la oportunidad de resolver la situación en el ámbito interno [...] *la circunstancia de que las violaciones a derechos humanos alegadas se vinculen a delitos perseguibles de oficio no exime por sí misma de la necesidad de evaluar argumentos sobre otros recursos internos*. Es que, aún de considerarse que son pertinentes deberes oficiosos del Estado, debe evaluarse en cada caso si el afectado (u otras personas o entidades en su nombre o interés) tuvo y ejercitó la posibilidad, mediante el uso de recursos disponibles de dar oportunidad al Estado de solucionar el asunto por sus propios medios.¹⁰²

97 CIDH. Informe n.º 70/10. Petición 11.587. Admisibilidad. *César Gustavo Garzón Guzmán*. Ecuador. 12 de julio de 2010, párr. 28.

98 CIDH. Informe n.º 47/10. Petición 1325-05. Admisibilidad. *Masacre Estadero “El Aracatazzo”*. Colombia. 18 de marzo de 2010, párr. 53.

99 CIDH. Informe n.º 12/10. Caso 12.106. Admisibilidad. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de marzo de 2010, párr. 41. CIDH. Informe n.º 76/09. Petición 1473-06. Admisibilidad. *Comunidad de la Oroya*. Perú. 5 de agosto de 2009, párr. 64. CIDH. Informe no 40/08. Petición 270-07. Admisibilidad. *I.V. Bolivia*. 23 de julio de 2008, párr. 70. CIDH. Informe n.º 12/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de octubre de 2008, párr. 35.

100 CIDH. Informe n.º 12/10. Caso 12.106. Admisibilidad. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de marzo de 2010, párr. 41.

101 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 39. En la nota al pie 28 de la sentencia, la Corte IDH señala que “[d]e acuerdo a la circunstancias de cada caso, esta consideración sería en principio distinta cuando se trate de recursos cuyo objeto o fin es esencialmente el mismo”.

102 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 41. (énfasis agregado). Al determinar el criterio del análisis de los recursos internos con ‘cierta flexibilidad’ la Corte IDH se apoya en diversas sentencias del TEDH, ver nota al pie 30 de la sentencia.

En cuanto al análisis de los recursos por la CIDH, esta examinará la información remitida por las partes al momento de recibir la petición, y hasta la emisión del informe de admisibilidad, dicha información deberá ser actualizada, necesaria y suficiente.¹⁰³

En un procedimiento contencioso ante la Corte IDH, en el cual el Estado señaló que diversas sentencias subsanaban el hecho ilícito internacional, y por lo tanto, la petición debía declararse inadmisibile por la Comisión, la Corte IDH:

[c]onstató que las sentencias de la Corte Constitucional posteriores al año 2009, las cuales, según lo indicado por el Estado, subsanaban completamente “el hecho ilícito internacional” en perjuicio del señor Duque y le brindaban recursos para solicitar la pensión de sobrevivencia [...], no estaba en conocimiento de la Comisión al momento de la emisión del Informe de Admisibilidad [...]. Además, a pesar de los avances informados a la Comisión por el Estado respecto de ciertos cambios jurisprudenciales, no existía, en ese momento, claridad sobre el posible efecto retroactivo de la sentencia [...] ni sobre la forma de acreditar la unión marital de hecho para parejas del mismo sexo. En consecuencia, la Comisión no contaba con elementos de información suficientes que le hubiesen permitido analizar y eventualmente llegar a concluir que el señor Duque aún contaba con recursos que no habían sido agotados ante las instancias internas con la posibilidad de conseguir resultados diferentes a los que ya había planteado en el año 2002. Tampoco se acreditó por parte del Estado que existieran recursos que permitieran el reconocimiento con carácter retroactivo de la pensión solicitada por el señor Duque, esto es a partir del año 2002 [...].¹⁰⁴

Como puede inferirse, la apreciación respecto del agotamiento del recurso interno requiere una evaluación de cada caso concreto.

3.1.1.2. Posible agotamiento de recursos internos por personas jurídicas

La Corte IDH ha señalado que a partir de una interpretación del artículo 46 de la CADH encaminada a producir un efecto útil, las personas jurídicas pueden agotar recursos internos, los cuales podrán ser posteriormente tomados en cuenta para las denuncias que realicen personas naturales o físicas ante el SIDH.

103 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 42. Sobre el agotamiento de recursos internos para la reclamación de reparaciones para las víctimas, ver caso *Sandoval Chinchilla vs. Guatemala*. En esta sentencia, el Estado argumentó la falta de agotamiento del recurso ordinario civil con el cual los familiares de la víctima podían reclamar indemnización por la muerte de la Sra. Chinchilla, quien al momento de su fallecimiento se encontraba reclusa en un centro penitenciario para cumplir una condena penal. Por su parte, la CIDH señaló que dicho recurso no debía agotarse, ya que la muerte debió haber sido investigada por oficio por las autoridades, la Corte IDH señaló que: “[r]especto del juicio ordinario civil para reclamar daños y perjuicios, el cual no fue intentado por la señora Chinchilla Sandoval ni por sus familiares [...] la Corte reitera que, en razón de las posibles responsabilidades asociadas a los hechos alegados, a saber, la falta de tratamiento adecuado en salud y la muerte de una persona bajo custodia estatal, correspondía al Estado esclarecer de oficio las circunstancias en que ocurrieron, lo cual no podía depender de una gestión de intereses particulares. Consecuentemente, no podría exigirse el agotamiento de acciones a instancia de parte en la vía civil señaladas por el Estado, cuyo objeto era, según indicó este, la determinación de daños o perjuicios y, de constatarse, fijar la indemnización correspondiente [...]. En otros casos, la Corte ha considerado que, “de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación [que satisfagan] criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención declaradas”, tales procedimientos y sus resultados “pueden ser valorados” [...]. De tal modo, determinados procesos activados por las víctimas a nivel interno pueden ser relevantes tanto en la calificación y definición de determinados aspectos o alcances de la responsabilidad estatal, como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral. Por ello, lo decidido a nivel interno en esos procesos ha sido tomado en cuenta al momento de valorar las solicitudes de reparaciones en un caso ante el Sistema Interamericano [...]. Sin embargo, tales procesos han sido relevantes y valorados en casos en que han sido efectivamente intentados por personas afectadas por violaciones a sus derechos o por sus familiares, valoración que debe realizarse en atención a las circunstancias de cada caso específico, según la naturaleza del derecho que se alega violado y de las pretensiones de quien lo ha incoado”. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 25.

104 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. EPFRC. 2016, párr. 42. (notas al pie omitidas)

Este criterio se sustenta en las “[c]ircunstancias en las cuales [no existan] recursos a favor de las personas naturales, [o] no est[é]n disponibles o no result[e]n procedentes frente a la acción estatal concreta dirigida contra la persona jurídica”,¹⁰⁵ por lo que podría resultar “[d]esproporcionado obligar a una presunta víctima a interponer recursos inexistentes, cuando se comprueba que el recurso idóneo y efectivo era el agotado por parte de la persona jurídica”.¹⁰⁶

Al ahondar este criterio, la Cortr IDH señaló lo siguiente:

[...] si a través de un recurso en sede interna que fue resuelto a favor de una persona jurídica se protegieran los derechos de las personas individuales, la Corte no encuentra razón alguna para entender que dicho recurso no pueda llegar a ser idóneo y efectivo, según el análisis de cada caso. [...] En concreto, [...] se deben tener por agotados los recursos internos en cumplimiento del artículo 46.1.a) de la Convención cuando: i) se compruebe que se presentaron los recursos disponibles, idóneos y efectivos para la protección de sus derechos, independientemente de que dichos recursos hayan sido presentados y resueltos a favor de una persona jurídica, y ii) se demuestre que existe una coincidencia entre las pretensiones que la persona jurídica alegó en los procedimientos internos y las presuntas violaciones que se argumenten ante el Sistema Interamericano. [...] “lo que se busca es que exista una coincidencia material entre las reclamaciones formuladas en el proceso que fue agotado a nivel interno y aquellas presentadas ante la [Comisión], con el objeto de asegurarse que las autoridades nacionales conocieron sobre la supuesta violación de un derecho protegido y, de ser apropiado, tuvieron la oportunidad de solucionarla antes de que sea conocida por una instancia internacional”.¹⁰⁷

3.1.2. Excepciones: artículo 46.2. de la CADH

En el artículo 46.2., la CADH establece algunas causales de excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos. Estas excepciones se refieren, en los incisos a. y b., a situaciones en las que los recursos internos no pueden ser agotados por encontrarse indisponibles por una razón legal o de facto.¹⁰⁸ Así, el inciso a. alude a los casos en que la ley interna no garantiza el debido proceso legal, mientras que el inciso b. se refiere a los casos en que sí existen recursos en la jurisdicción interna, pero su acceso es negado a las personas, o se les impide hacer uso de ellos. En el apartado c. se incluye el supuesto de retardo injustificado en la decisión sobre los recursos interpuestos.

En sus primeras sentencias sobre excepciones preliminares, la Corte IDH estableció que:

[...] la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no solo estar justificada sino ser urgente. En esos casos [...] la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional.

105 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párr. 132.

106 *Ibidem*, párr.133.

107 *Ibidem*, párrs. 134 y 136. Asimismo, la Corte IDH dejó claro que el reconocimiento era independiente del análisis que realiza sobre las posibles violaciones en la etapa de fondo, y que en ningún caso se trataba de imponer obligaciones a los Estados para modificar su legislación y otorgar legitimación activa a las personas naturales: “[...] es preciso resaltar que el análisis que se realice sobre el cumplimiento de las reglas de admisibilidad contenidas en el artículo 46.1 en este tipo de casos, es independiente del análisis sobre el fondo de la petición, especialmente en lo que se refiere a los artículos 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana. Así, cuando se dé por cumplido el agotamiento de los recursos internos a través de un recurso interpuesto por una persona jurídica, no se pretende imponer una obligación adicional a los Estados en el sentido de modificar su legislación interna para otorgar legitimación activa a las personas naturales. Este tipo de consideraciones se relacionan con el fondo del caso y deberán ser analizadas según el contenido de los derechos individuales reconocidos por la Convención”. *Ibidem*, párr. 138.

108 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990, párr. 17.

De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Esa es la razón por la cual el artículo 46.2. establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos no son efectivos. Naturalmente cuando el Estado opone, en tiempo oportuno, esta excepción, la misma debe ser considerada y resuelta, pero la relación entre la apreciación sobre la aplicabilidad de la regla y la necesidad de una acción internacional oportuna en ausencia de recursos internos efectivos, puede aconsejar frecuentemente la consideración de las cuestiones relativas a aquella regla junto con el fondo de la materia planteada, para evitar que el trámite de una excepción preliminar demore innecesariamente el proceso.¹⁰⁹

En su opinión consultiva sobre la *excepción al agotamiento de los recursos internos*, la Corte IDH evaluó el alcance de la excepción prevista en el artículo 46.2.b) en relación con la existencia de una situación de miedo generalizado que llevó a que los/las abogados/as no prestaran asistencia legal por temor a sufrir represalias, y concluyó que en tal situación se estaría frente a una de las causales de excepción.¹¹⁰

Por su parte, la CIDH se pronunció en un caso en el que el proceso judicial por la muerte de un ciudadano mexicano por parte de un integrante del ejército fue atraído por el fuero militar, indicando que:

[L]os tribunales militares [no constituyen el] foro [idóneo] para el examen de presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas por miembros de la fuerza pública. De la misma forma, la Corte Interamericana ha señalado que la justicia militar solo es un foro adecuado para el juzgamiento de militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos pertenecientes al orden militar. En este sentido y a los efectos de la admisibilidad del presente reclamo, la Comisión toma en consideración que la justicia militar ha sido empleada para investigar la muerte del civil Mirey Trueba, juzgar y sancionar al miembro del ejército. En este sentido, considera que se configura una presunta falta de acceso a un recurso judicial adecuado e independiente para la investigación, juzgamiento y sanción del responsable del fallecimiento de la víctima y por lo tanto, se configura la excepción prevista en el artículo 46. 2. b) de la Convención Americana.¹¹¹

De manera más reciente, el caso *Brewer Carías vs. Venezuela* constituye un precedente importante para determinar la procedencia y operatividad de las excepciones previstas en el artículo 46.2. De acuerdo al marco fáctico establecido por la CIDH, el caso se relacionaba con la falta de garantías judiciales y protección judicial en el proceso seguido contra la presunta víctima por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución de ese país, y su supuesta vinculación con la redacción del llamado ‘Decreto Carmona’. El Sr. Brewer Carías había salido del país antes de que se realizara la acusación formal en su contra y se empezara a citar a las partes a la audiencia preliminar, la cual, hasta el momento en que la Corte IDH dictó la sentencia, no se había llevado a cabo.

Si bien la CIDH había invocado las excepciones establecidas en el artículo 46.2., la Corte IDH concluyó que dicha excepción no operaba, ya que no se habían agotado los recursos idóneos y efectivos y, por lo tanto, no procedían las excepciones invocadas.

El punto medular fue la interposición del recurso de nulidad por la defensa del Sr. Brewer en los procedimientos internos por la supuesta “violación a la presunción de inocencia por declaraciones de

109 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 93.

110 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990, párrs. 32 y ss. En el mismo sentido, la Corte consideró que no puede exigirse el agotamiento a aquellos/as reclamantes que aleguen una situación de indigencia tal que les impida utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención.

111 CIDH. Informe n.º 48/08. Petición 515-01. Admisibilidad. *Mirey Trueba Arciniega*. México. 24 de julio de 2008, párr. 50.

miembros del Poder Judicial [...] así como la alegada violación a la independencia e imparcialidad derivada de la provisionalidad de jueces y fiscales vinculados a la causa”.¹¹² De acuerdo a la CIDH el lapso de más de tres años en la resolución del recurso de nulidad, era un factor que se encuadraba en la excepción prevista en el artículo 46.2. c) en razón de un retardo injustificado. Asimismo, la CIDH:

otorgó especial relevancia en el análisis [de admisibilidad] a la problemática de la provisionalidad de los jueces y fiscales, así como al riesgo que esta problemática implica[ba] para la satisfacción de las garantías de independencia e imparcialidad de que son titulares los y las justiciables y que, evidentemente, *constitu[í]an el presupuesto institucional para que las personas [contaran con] recursos idóneos y efectivos que les sea exigible agotar[.]* [De acuerdo a la CIDH] el Estado no [habría] present[ado] [...] información sobre la existencia de recursos adecuados para cuestionar la asignación o remoción de jueces y juezas en dicha situación [...] la remoción de varios jueces provisionales en el [...] caso, tras la adopción de decisiones relativas a la situación de la presunta víctima, p[udo] haber afectado su acceso a los recursos de la jurisdicción interna y por lo tanto correspond[ía] eximir este aspecto del reclamo del requisito bajo estudio.¹¹³

La Corte IDH cuestionó entonces que la CIDH encontrara fundadas las excepciones establecidas en el artículo 46.2. de la CADH.¹¹⁴ La Corte IDH centró su análisis en la etapa temprana en la que se encontraba el proceso penal,¹¹⁵ en particular el hecho de que la audiencia preliminar aún no se había

112 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 22.

113 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 22. (énfasis agregado)

114 Al analizar la procedencia de la excepción establecida en el artículo 46.2. de la CADH, la Corte IDH señaló que un alegado contexto generalizado de provisionalidad no era suficiente para determinar el no agotamiento de los recursos internos, pues de acuerdo al Tribunal Interamericano ello implicaría que a partir de una argumentación de tipo general sobre la falta de independencia o imparcialidad del Poder Judicial se pudiera subsanar este requisito. Ver, párr. 105 de la sentencia.

En cuanto a la excepción del artículo 46.2.b), para el Tribunal Interamericano fue un error de la Comisión Interamericana haber considerado que las decisiones adoptadas respecto a algunos de los jueces temporales y provisorios que intervinieron en la causa se relacionaban directamente con el Sr. Brewer, de manera más concreta: “en términos de los debates sobre si procedía esta excepción, la Corte reitera que el momento procesal en el que se encuentra el presente caso [...] impide una conclusión *prima facie* respecto al impacto de la provisionalidad en la garantía de independencia judicial en orden a establecer como procedente una excepción al agotamiento de los recursos internos basada en el artículo 46.2.b de la Convención [...] Cabe resaltar que en la segunda solicitud de nulidad interpuesta por la defensa del señor Brewer se alegó que estos problemas asociados a la forma como fue dejado sin efecto el cargo de algunos jueces provisorios que intervinieron en el proceso afectarían su garantía de ser juzgado por su juez natural, dado que “no se ha garantizado su autonomía, independencia e imparcialidad”. La Corte considera que a partir de la intervención de los jueces internos al resolver ese alegato, podría haberse determinado con mayor claridad si la provisionalidad tenía o no un impacto tal como para que operara la excepción prevista en el artículo 46.2.b y, de ser el caso, analizar el fondo del caso”, párrs. 108, 100-112.

Finalmente, en lo correspondiente al análisis de la excepción prevista en el artículo 46.2.c la Corte IDH examinó, por un lado, el término para dar respuesta a las solicitudes de nulidad interpuestas y, por otro lado, la falta de resolución como consecuencia de la no comparecencia del Sr. Brewer en la audiencia preliminar por encontrarse fuera del país. Sobre el primer punto, la CIDH había considerado que un lapso de más de tres años para la resolución del recurso era suficiente para encuadrar la situación en la excepción del artículo 46.2.c, sin embargo, la Corte IDH se percató de dos interpretaciones distintas dadas por diversos órganos judiciales del país, sobre el momento en que debía resolverse el contenido del recurso. Tras analizar el contenido, características, complejidad y extensión del escrito interpuesto por los Representantes de la presunta víctima en el procedimiento ante el Tribunal Interamericano, la Corte concluyó que cualquiera que fuera el lapso, este no debía resolverse en un plazo de tres días. En relación al segundo punto, sobre la falta de comparecencia del Sr. Brewer en la audiencia preliminar, la Corte IDH señaló que su ausencia trajo como resultado que la misma no pudiera llevarse a cabo, por lo que e[ra] posible afirmar que el retardo en la resolución de las nulidades [era] imputable a su decisión de no someterse al proceso e implica un impacto en el análisis del retardo injustificado o plazo razonable. “En consecuencia, constituye una contradicción del informe de admisibilidad de la Comisión haber considerado que no podía atribuir un retardo injustificado al Estado pero estimar, por otra parte, que la falta de resolución del recurso de nulidad era un indicio de demora atribuible al Estado”. Ver, párrs. 133 y ss.

115 Para una crítica sobre el desarrollo del concepto de etapa temprana por parte de la Corte IDH y de la decisión adoptada por la mayoría, ver el voto conjunto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014.

llevado a cabo, y no se había dado inicio al juicio oral, por lo cual, de acuerdo con el Tribunal, no era posible determinar el impacto negativo que podría tener una decisión en el proceso.

Para la Corte IDH resultaba imposible entonces “pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales, debido a que todavía no habría certeza sobre cómo continuaría el proceso y si muchos de los alegatos presentados podrían ser subsanados a nivel interno. Lo anterior, sin perjuicio del posible análisis que se pu[diera] hacer respecto al alegado retardo injustificado o plazo razonable”.¹¹⁶

Si bien habían sido interpuestas por la defensa del Sr. Brewer diversas solicitudes de nulidad y de otro tipo, no se habían interpuesto los recursos que, de acuerdo al Estado, resultaban idóneos y efectivos en el caso concreto.¹¹⁷ En este sentido la Corte IDH señaló que, sin perjuicio del análisis que corresponde a las excepciones al previo agotamiento de los recursos internos establecidas en el artículo 46.2 de la CADH, era importante valorar los diferentes recursos señalados en el ordenamiento interno que pudieran corregir o subsanar las irregularidades cometidas en etapas tempranas del proceso.¹¹⁸

3.1.3. Identificación por parte del Estado de recursos pendientes de agotarse

La etapa de procedimiento de admisibilidad ante la CIDH es también la oportunidad procesal oportuna para que el Estado alegue la existencia de recursos internos que no han sido agotados. Esta interpretación que ha dado la Corte IDH al artículo 46.1.a) de la Convención por casi tres décadas está en conformidad con el derecho internacional, por lo cual, se entiende que luego de dicho momento procesal opera el principio de preclusión procesal.¹¹⁹

Asimismo, el Estado tiene la carga probatoria para demostrar la existencia de recursos,¹²⁰ ya que:

[...] no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado. De lo anterior se desprende que la invocación por el Estado de la existencia de un recurso interno no agotado debe no solo ser oportuna, sino también clara, identificando el recurso en cuestión y también cómo el mismo, en el caso, sería adecuado y efectivo para proteger a las personas en la situación en que se hubiere denunciado. En ese sentido no es suficiente señalar la existencia del recurso sino demostrar [su] disponibilidad.¹²¹

La obligación del Estado de identificar plenamente los recursos que están pendientes de agotarse abarca, inclusive, los nuevos recursos que puedan existir durante el trámite ante la CIDH, como consecuencia, por ejemplo, de una reforma legislativa.¹²² Una vez acreditada esta disponibilidad, la carga de la prueba se traslada a la parte denunciante.¹²³

Lo anterior no impide que haya una evaluación respecto del agotamiento del recurso interno susceptible de ser replanteada cuando el caso se encuentra en conocimiento de la Corte IDH. Este replanteamiento se realiza mediante excepciones preliminares mismas que tienen por objeto impedir

116 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 88.

117 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párrs. 90 y 97.

118 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 96. Igualmente, la Corte IDH señaló que: “al finalizar una etapa intermedia o durante el juicio p[odía] llegar a declararse la existencia de dichas irregularidades y proceder a la anulación de todo lo actuado o la recomposición del proceso en lo pertinente. Lo anterior cobra[ba] mayor relevancia [...] [al tenerse] en cuenta que las solicitudes de nulidad involucraban algunos de los alegatos que fueron presentados ante e[l] Tribunal respecto a la presunta violación a la independencia e imparcialidad judicial, derecho a la defensa, controversias en torno a pruebas que habrían sido rechazadas, posibilidades de contrainterrogar o estar presentes en ciertas declaraciones o modificaciones en las acusaciones, entre otras garantías judiciales [...] Por otra parte, en el marco específico de las controversias sobre admisibilidad[,] [...] y debido a la etapa en que se enc[ontraba] el proceso, no e[ra] posible determinar la eficacia de los recursos indicados por el Estado porque hasta [ese momento] no ha[bía]n operado”. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párrs. 98 y 99.

119 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 28.

120 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 88. Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 87.

121 Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 21.

122 Cfr. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párrs. 49 y 50.

123 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. 1990, párr. 41.

la continuación del procedimiento o el pronunciamiento sobre el fondo del asunto;¹²⁴ en ese caso, los argumentos deberán guardar consistencia con aquellos que fueran oportunamente presentados durante el trámite ante la CIDH.¹²⁵

Asimismo, la Corte IDH puede realizar un examen de control de legalidad de las actuaciones de la CIDH, incluyendo desde la etapa de revisión inicial de las peticiones.¹²⁶ Este control se realiza una vez que el asunto esté bajo el conocimiento de la Corte IDH, y de manera excepcional cuando exista un error grave que vulnere el derecho de defensa de las partes.¹²⁷ “[L]a parte que afirma que una actuación de la Comisión durante el procedimiento ante la misma ha sido llevada de manera irregular afectando su derecho de defensa debe demostrar efectivamente tal perjuicio. A este respecto, no resulta suficiente una queja o discrepancia de criterios en relación con lo actuado por la Comisión Interamericana”.¹²⁸

La Corte IDH ha señalado que el trámite de las peticiones individuales se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Tales garantías son: a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (arts. 44 a 46 de la CADH),¹²⁹ y b) las relativas a los principios de contradictorio (art. 48 de la CADH), equidad procesal y seguridad jurídica.¹³⁰

3.1.4. Reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado

Es importante señalar también que cuando un Estado efectúa un reconocimiento de responsabilidad se entiende que ha aceptado la plena competencia de la Corte IDH, por lo que la interposición de una excepción preliminar por la falta de recursos internos es, en principio, incompatible con el referido reconocimiento.¹³¹ La consecuencia jurídica del reconocimiento de responsabilidad es dejar sin objeto la excepción planteada, por lo que la Corte IDH podrá analizar el fondo del asunto.

124 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 35.

125 Corte IDH. *Caso Quispilaya Vilcapoma vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 25. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 24 y 26. En esta última sentencia, la Corte IDH estableció que cuando se haya efectuado un reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado ante la CIDH, que se relacione con una de las excepciones a la regla del no agotamiento, el Estado “no [podrá] variar su posición al argumentar ante la Corte nuevamente que no se ha verificado el agotamiento de los recursos internos, sino que ha aceptado implícitamente la competencia de la Corte para conocer del [...] caso”, párr. 27.

126 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párrs. 29 a 42.

127 En un caso, el Estado argumentó que la inclusión de víctimas en el informe de fondo, no contempladas originalmente en el informe de admisibilidad, era en detrimento de su seguridad jurídica e igualdad procesal, por lo cual la Corte IDH debía ejercer control de legalidad sobre el informe de fondo. El Tribunal Interamericano señaló que resultaba incuestionable que el Estado hubiera tenido conocimiento de los hechos que sustentaban la presunta violación de los artículos de la CADH en perjuicio de las presuntas víctimas incluidas con posterioridad al informe de admisibilidad, por lo que, de considerarlo pertinente, habría podido expresar su consideración durante el trámite ante la CIDH. Más aún, de acuerdo con el Tribunal Interamericano “se desprend[ía] del expediente que en un periodo de más de siete años, el Estado [había] contado durante el trámite de fondo con al menos seis oportunidades procesales para controvertir los hechos alegados incorporados por los peticionarios sobre la supuesta violación del artículo 5 de la Convención y, luego, respecto a la plena identificación de los familiares como presuntas víctimas”. De esta manera, para la Corte IDH resultaba claro que el Estado había contado con oportunidades procesales para ejercer su derecho de defensa. Así, la fundamentación de la CIDH de incluir en su consideraciones del informe de fondo la violación de derechos de la CADH en perjuicio de los familiares “fundamentándose en el principio *iura novit curia* y tomando en cuenta que [–citando a la CIDH–] “los hechos que lo sustentan[s] surg[ían] de la información y los documentos aportados por las partes en el transcurso del trámite del presente caso y respecto de los cuales el Estado ha[bía] tenido la posibilidad de defenderse y presentar alegatos al respecto”, no implic[aba] una vulneración al derecho de defensa del Perú”. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 55 y 67.

128 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 66. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 102. (notas al pie omitidas)

129 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, párr. 85. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 49.

130 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-19/05. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 2005, párr. 27. Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 49.

131 Cfr. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. EP. 2005, párr. 30. Corte IDH. *Caso de las*

3.1.5. **Análisis del previo agotamiento de recursos internos con el fondo del asunto**

En algunas ocasiones, el análisis de las excepciones contenidas en el artículo 46.2. podrán estar relacionadas con el fondo del asunto, en especial en lo que concierne a los artículos 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la CADH.

La Corte IDH ha sostenido que “cuando se invocan ciertas excepciones a la regla del no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no solo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención”. De esta manera, surge la interrogante sobre si las excepciones señaladas en el artículo 46.2. constituyen, a su vez, una violación directa de los derechos consagrados en la CADH. La Corte IDH ha tratado de dar respuesta al establecer que el artículo 46.2., por su naturaleza y objeto, es una norma con contenido autónomo, y que ambas etapas –admisibilidad y fondo– se rigen por diferentes estándares de apreciación:

[e]l examen que realiza la Comisión [IDH] en la etapa inicial de admisibilidad supone el análisis de las excepciones contenidas en el artículo 46.2. de la C[ADH] como normas con contenido autónomo “*vis à vis* las normas sustantivas de la Convención Americana”. Esto significa que si bien el análisis realizado por la Comisión en la etapa de admisibilidad puede tener una relación directa con las posibles violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención, el estándar de apreciación es distinto en ambas etapas. En consecuencia, resulta necesario diferenciar la figura del retardo injustificado a que se refiere el artículo 46.2. de la Convención, aplicable en la etapa de admisibilidad de una petición, del estándar de plazo razonable, aplicable al análisis de posibles violaciones al artículo 8.1 de la Convención, en el estudio del fondo de la controversia.¹³²

Sin embargo, hasta el momento no se han establecido mayores pautas para determinar la diferencia entre los estándares aplicables en ambas etapas,¹³³ esperemos que la jurisprudencia que se emita en un futuro ayude a tener mayores elementos al respecto.

3.2. **Plazo para la presentación**

El procedimiento interamericano establece ciertos plazos para la presentación de peticiones atendiendo, de este modo, a la necesidad de garantizar certidumbre y estabilidad jurídica frente a una decisión adoptada.¹³⁴

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 32 del Reglamento de la CIDH se contemplan dos diferentes escenarios, (i) en los casos en que se haya agotado el recurso interno, el plazo máximo para la presentación de las peticiones es de 6 meses, y (ii) en aquellos en que sea aplicable alguna de las excepciones a la regla del agotamiento se establece como pauta la del ‘plazo razonable’ para la presentación de peticiones.

En relación con el requisito del artículo 46.1.b), de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el plazo de seis meses debe computarse desde la notificación al presunto lesionado de la decisión

Masacres de Ituango vs. Colombia. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 104. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 30. En similar sentido, ver Corte IDH. *Caso Montero Aranguen y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, párr. 50. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 27.

132 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párr. 126. (notas al pie omitidas)

133 Cfr. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párr. 101.

134 CIDH. Informe n.º 28/98. Caso 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 6 de marzo de 1998.

definitiva.¹³⁵ Asimismo, la CIDH ha valorado su cumplimiento a la luz del principio general de que dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad la justicia no puede ser sacrificada en función de una excesiva ritualidad formal, de allí que algunos requisitos de procedimiento pueden ser dispensados si eso no conlleva un desequilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.¹³⁶

En un caso en el que se habían agotado los recursos internos, y la petición se presentó un día después del plazo de 6 meses, la CIDH declaró su admisibilidad con base en que es un principio aceptado por el SIDH que el sistema procesal es un medio para alcanzar justicia, y por tanto esta no puede ser sacrificada a favor de priorizar meras formalidades.¹³⁷

En otro caso en el que la CIDH debía analizar el plazo de admisibilidad en función de las diferencias entre la fecha indicada en la petición y la fecha de recepción por correo postal de la misma, y estableció que “[a]unque no se t[enía] certeza sobre la fecha en la cual fue enviada [la petición], [...] consider[ó] que e[ra] razonable tomar en cuenta un lapso entre el envío por correo postal y la recepción[, ante lo cual] once días e[ra] una demora razonable para presentar la petición”.¹³⁸

Por su parte, las excepciones del artículo 46.2. no están sujetas a la exigencia del plazo de los seis meses, toda vez que estas no requieren del agotamiento de los recursos internos. Como ya se señaló, en estos casos el parámetro de análisis lo constituye el concepto de plazo razonable.¹³⁹ El artículo 32.2. del Reglamento de la CIDH señala como pautas para su consideración la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de derechos denunciada y las circunstancias de cada caso. En un caso de desaparición forzada, la Comisión determinó que la petición había sido presentada en un plazo razonable, tomando en consideración “el carácter continuado de la supuesta desaparición forzada [...], la falta de esclarecimiento sobre [el] paradero [de la presunta víctima], la ausencia de determinación de responsabilidades y la alegada denegación de justicia en el proceso sobreesido”.¹⁴⁰

3.3. Litis pendencia internacional: artículo 46.1.c)

A efectos de comprender el alcance que el derecho interamericano asigna a este artículo es necesario tener presente el alcance de diversas disposiciones. Primero, la CADH establece como requisito para la admisibilidad de la petición que la materia no esté pendiente de otro procedimiento internacional; segundo, el artículo 47. d) del mismo instrumento convencional, indica que se declarará inadmisibles aquellas peticiones que reproduzcan una petición ya examinada por la CIDH u otro organismo internacional; y, tercero, el artículo 33 del Reglamento establece que en aquellos casos en los cuales exista un procedimiento en otro organismo internacional, la CIDH continuará con el trámite de la petición, siempre y cuando el procedimiento ante el otro organismo se limite a un examen general, o cuando el peticionario ante la CIDH sea la víctima o su familiar, y en el otro procedimiento el peticionario sea un tercero o una entidad no gubernamental sin mandato de la víctima o de sus familiares.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que la frase “sustancialmente la reproducción” se refiere a la identidad entre los casos, la misma que se configura cuando haya identidad entre las partes, el objeto y la base legal.¹⁴¹ Para ello, debe haber coincidencia entre los sujetos activos y pasivos de la violación, y debe referirse a las mismas conductas violatorias de un derecho humano.¹⁴²

135 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 30.

136 Cfr. Corte IDH. *Caso Cayara vs. Perú*. EP. 1993, párr. 42.

137 CIDH. Informe n.º 12/10. Caso 12.106. Admisibilidad. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de marzo de 2010.

138 CIDH. Informe n.º 20/09. Petición 235-00. Admisibilidad. *Agustín Zegarra Marín*. Perú. 19 de marzo de 2009, párr. 66.

139 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 23.

140 *Idem*.

141 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. EP. 1999, párr. 53. Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 30.

142 Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. EP. 1999, párr. 43.

En una ocasión en la que el Estado alegó la duplicidad de procedimientos entre el SIDH y la OIT, la Corte IDH afirmó:

[...] el objeto tampoco es el mismo, mucho menos cuando ante la OIT [...] conoció únicamente lo relativo al derecho a la libertad sindical y sobre el derecho laboral en general y, ante la Corte, se planteó la violación de una serie de derechos no comprendidos en la denuncia interpuesta ante el Comité de Libertad Sindical, tal como lo es, entre otros, el derecho al debido proceso legal. [...] Además, la naturaleza de las recomendaciones emitidas por dicho Comité es diferente a la de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. En el primer caso se trata de un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo caso se trata de una sentencia que, en los términos de la Convención, es definitiva e inapelable (art. 67), y de obligatorio cumplimiento (art. 68.1).¹⁴³

La CIDH sostuvo un criterio similar al rechazar la duplicidad de procedimientos en un caso en el que Ecuador alegó litis pendencia internacional ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU en los siguientes términos:

La Comisión, a su vez, ha sostenido que para que se considere que en un caso hay duplicación o cosa juzgada internacional se requiere que la petición esté siendo considerada, o haya sido decidida, por un organismo internacional que tenga competencia para adoptar decisiones sobre los hechos específicos contenidos en la petición, y medidas tendientes a la efectiva resolución de la disputa de que se trate. La Comisión considera, en virtud de esta norma, que el Grupo de Trabajo antes mencionado no pertenece a la categoría de órganos internacionales cuyo mandato pueda generar la duplicación a la que se refieren los artículos 46(1)(c) y 47(1)(d) de la Convención Americana. En efecto, se trata de un mecanismo que puede plantear situaciones concretas de desapariciones con los Estados pero no tiene un sistema de casos que tenga como objetivo emitir decisiones que atribuyan responsabilidades específicas. Además, el Estado no ha presentado antecedentes que permitan establecer que la situación de la presunta víctima en el presente reclamo haya sido aclarada por dicho organismo.¹⁴⁴

3.4. Requisitos formales: artículo 46.1.d) de la CADH

La petición debe incluir los datos personales de quien somete el escrito, entre ellos, nombre, nacionalidad, profesión, domicilio, y firma. Asimismo, de acuerdo con el artículo 28 del Reglamento, en el caso de entidades no gubernamentales será necesaria la firma y el nombre del representante legal.

3.5. Caracterización de los hechos alegados: artículo 47 de la CADH

La naturaleza complementaria de la protección interamericana se deriva del Preámbulo de la CADH al reconocer que los derechos esenciales del hombre “justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados”.

Como consecuencia de la complementariedad –característica compartida con otros sistemas supranacionales de protección de derechos humanos–, el SIDH ha limitado su función de velar por la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados al hacerse parte de la Convención, excluyendo la posibilidad de funcionar como un tribunal revisor de la actuación de los organismos judiciales a nivel internacional; función a la cual se le ha denominado ‘fórmula de la cuarta instancia’.¹⁴⁵

143 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. EP. 1999, párrs. 56 y 57.

144 CIDH. Informe n.º 70/10. Petición 11.587. Admisibilidad. *César Gustavo Garzón Guzmán*. Ecuador. 12 de julio de 2010, párr. 38.

145 La “fórmula de la cuarta instancia” fue elaborada por la Comisión Interamericana en el Caso Wright. *Ver* CIDH. Resolución n.º 29/88. Caso 9260. Jamaica. 14 de septiembre de 1988.

El SIDH no tiene facultades para revisar “las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que encuentre que se ha cometido una violación de alguno de los derechos amparados por la Convención Americana”,¹⁴⁶ de allí que la caracterización de los hechos alegados deba detallar las violaciones autónomas al derecho interamericano que los mismos constituyen.

En este sentido, la CIDH delineó algunos límites del sistema de protección interamericano al señalar que:

La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula [de la cuarta instancia] arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.¹⁴⁷

En un caso en el que se imputaba responsabilidad estatal por la muerte de una persona en un hospital por la presunta precaria atención médica recibida, y frente a la cual el Poder Judicial a nivel nacional había considerado no acreditada la relación causal directa entre la muerte y la supuesta atención médica deficiente, la CIDH resolvió que no era competente para revisar las pruebas que habían sido valoradas por los tribunales nacionales, a menos que hubiera evidencia de vulneración de las garantías del debido proceso consagradas en la CADH.¹⁴⁸

En cuanto a la declaratoria de inadmisibilidad de peticiones o comunicaciones cuando sean la reproducción sustancial de otra petición o comunicación resuelta con anterioridad por la Comisión o Corte IDH, o por otro organismo internacional –conforme a lo establecido en el inciso d) del artículo 47–, en un caso en el que el Estado señaló la identidad de algunas violaciones alegadas por la CIDH y la Representante de la víctima sobre las condiciones de detención de la víctima en un centro penitenciario, con otro caso contra el mismo Estado resuelto con anterioridad por la Corte IDH, esta misma Corte determinó que si bien había identidad en cuanto a las partes en el caso, y que algunos de los hechos coincidían con las situaciones descritas en el caso anterior, la diferencia entre ambos radicaba en el examen que la Corte IDH haría sobre el artículo 5.4. de la CADH.¹⁴⁹ Este aspecto no había sido analizado en la sentencia previa contra el Estado, por lo cual, la Corte IDH determinó que el artículo 47.d) no era aplicable.

146 CIDH. Informe n.º 8/98. Caso 11.671. *Carlos García Saccone*. Argentina. 2 de marzo de 1998, párr. 53.

147 CIDH. Informe n.º 39/96. Caso 11.673. *Santiago Marzióni*. Argentina. 15 de octubre de 1996, párr. 51.

148 CIDH. Informe n.º 12/08. Petición 12.305. Inadmisibilidad. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de octubre de 2008, párr. 44.

149 Por la ausencia de separación de la señora J. de los condenados durante el tiempo que estuvo detenida en el Penal Castro Castro. Ver Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. EPFRC. 2013, párr. 31.

Sección 4. Procedimiento

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:
 - a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
 - b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
 - c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
 - d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
 - e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
 - f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.
2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan solo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f) del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al secretario general de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, esta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e) del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.
2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el periodo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Bibliografía

Normas relevantes

Estatuto de la CIDH - Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en 1979.

Reglamento de la CIDH - Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en 2009. Última modificación marzo de 2013, entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 248. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n.º 253. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C n.º 262. En adelante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 273. En adelante: Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 283. En adelante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. En adelante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C n.º 296. En adelante: Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C n.º 306. En adelante: Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 32/02. Petición 12.046. Solución amistosa. *Mónica Carabantes Galleguillos*. Chile. 12 de marzo de 2002.

CIDH. Informe n.º 95/03. Caso 11.289. Solución amistosa. *José Pereira*. Brasil. 24 de octubre de 2003.

CIDH. Informe n.º 36/08. Caso 12.487. Fondo. *Rafael Ignacio Cuesta Caputi*. Ecuador. 18 de julio de 2008.

CIDH. Informe n.º 85/09. Caso 11.607. Acuerdo de cumplimiento. *Víctor Hugo Maciel*. Paraguay. 6 de agosto de 2009.

CIDH. Informe n.º 85/11. Petición 12.306. Solución amistosa. *Juan Carlos de la Torre*. Argentina. 21 de julio de 2011.

Contenido

1. Procedimiento de admisibilidad	953
2. Procedimiento de solución amistosa	956
3. Procedimiento de fondo	957
3.1. Marco fáctico establecido en el informe de fondo	958
3.2. Víctimas señaladas en el informe de fondo	958

1. Procedimiento de admisibilidad

El artículo 48 de la CADH establece las bases del procedimiento para las presentaciones ante la CIDH. El Estatuto de la Comisión, aprobado por la Asamblea General de la OEA, le otorga potestades para la elaboración de su propio Reglamento, y en los artículos 23 y 24 le impone la determinación vía reglamentaria de los procedimientos a seguir en caso de peticiones o comunicaciones en las que se aleguen violaciones a derechos imputables a Estados que sean o no parte de la CADH. Por lo tanto, una comprensión detallada del procedimiento requiere de una lectura combinada de la CADH, el Estatuto, y el Reglamento.

Como se mencionó en el comentario al artículo 46,¹⁵⁰ la Comisión tiene autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato, en particular respecto de las funciones que derivan de los artículos 44

150 Ver apartado '3.1.3. Identificación por parte del Estado de recursos pendiente de agotarse' del comentario al artículo 46 en la sección anterior.

a 51 de la CADH. A su vez, la Corte IDH ha determinado que “[e]l control de legalidad del procedimiento ante la Comisión es una situación aplicable solo en aquellos casos en que se demuestre la existencia de un error grave en perjuicio del derecho a la defensa del Estado que justifique la inadmisibilidad de un caso ante el [l] Tribunal”.¹⁵¹ Por tanto, el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión es excepcional.

El trámite de las peticiones se inicia con la presentación ante la CIDH por intermedio de su Secretaría Ejecutiva, quien de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento, es responsable de la revisión inicial y verificación del cumplimiento de los requisitos de forma detallados en el artículo 28 del mismo cuerpo normativo, a saber:

Artículo 28. Requisitos para la consideración de peticiones.

Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener la siguiente información:

1. El nombre de la persona o personas denunciante o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, su representante o representantes legales y el Estado miembro en el que esté legalmente reconocida;
2. Si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado, y las razones respectivas;
3. La dirección de correo electrónico para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección postal;
4. Una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas;
5. De ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada;
6. La indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la C[ADH] y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al/los artículo(s) presuntamente violado(s);
7. El cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del [...] Reglamento;
8. Las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del [...] Reglamento, y
9. La indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del [...] Reglamento.

Los pasos iniciales del trámite se establecen en el artículo 29 del Reglamento. Al dar entrada a una presentación, la Secretaría Ejecutiva la registra e identifica con un número precedido de la letra ‘P’, lo que indica que se trata de una petición, posteriormente remite una carta de acuse de recibo al peticionario. En este momento, la CIDH hace una primera revisión de la presentación a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos, en caso que los mismos no estuvieran completos puede solicitar a los peticionarios la información adicional que sea necesaria.

Según el criterio establecido reglamentariamente, la CIDH estudiará las peticiones según su orden de entrada, aunque se fijan algunas situaciones excepcionales ante las cuales puede darse trámite preferente a la evaluación, entre ellas: cuando el transcurso del tiempo prive a la petición de su efecto útil, en particular, si la víctima es una persona adulta mayor o un niño o niña, o padezca de enfermedad terminal, o pueda ser sometida a pena de muerte, o el objeto de la petición guarde conexión con una medida cautelar o provisional vigente; cuando se trate de personas privadas de libertad; cuando el Estado formalice su intención de entrar en un proceso de solución amistosa; cuando la decisión pueda tener el efecto de remediar situaciones estructurales graves que tengan un impacto en el goce de derechos humanos o pueda impulsar cambios legislativos o de práctica estatal y evitar la recepción de múltiples peticiones sobre el mismo asunto.

151 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 54.

La CIDH se reserva la facultad de acumular peticiones y darles trámite en un único expediente, esto se realiza cuando varias peticiones versan sobre hechos similares, involucran a las mismas personas, o revelan un mismo patrón de conducta (art. 29.5. del Reglamento). Asimismo, la CIDH puede desglosar la información contenida en una presentación en varias peticiones cuando se trate de violaciones de derecho sin conexión en el tiempo o el espacio (art. 29.4. del Reglamento). En todos estos supuestos se deberá notificar por escrito al peticionario.

Una vez que se ha verificado el cumplimiento de los requisitos, la petición es trasladada al Estado denunciado concediéndole un plazo de tres meses para dar respuesta, este plazo puede ser eventualmente prorrogado previa solicitud del Estado, la cual debe estar debidamente fundada y será evaluada por la Secretaría Ejecutiva. Al hacer esta evaluación se tendrá en cuenta que no podrán concederse prórrogas que excedan de cuatro meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de información al Estado (art. 30.3. del Reglamento). El artículo 30.5. del Reglamento establece que la CIDH podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales por escrito o en el marco de una audiencia relacionada con la admisibilidad.

El Reglamento contempla la posibilidad de acelerar los tiempos del procedimiento en casos de gravedad, urgencia o cuando se considere en peligro real e inminente la vida o la integridad de una persona. En estos casos, la Secretaría Ejecutiva notificará a la CIDH tal situación al momento de su revisión inicial (art. 29.7.), posteriormente, y en ocasión del traslado al Estado, la CIDH podrá solicitar su pronta respuesta en casos de gravedad y urgencia o cuando la vida o integridad personal de la presunta víctima se encuentre en peligro real e inminente (art. 30.4. del Reglamento). De igual manera, la CIDH puede unificar las observaciones sobre admisibilidad y fondo del asunto en cuestión (arts. 30.7. y 36.4.), en tal caso deberá emitir una resolución fundada que incluya un análisis de las circunstancias excepcionales que ameritan el ejercicio de esta facultad.

Es menester señalar que ni la CADH ni el Reglamento de la CIDH establecen plazo alguno para que la Comisión realice la revisión inicial de las peticiones. Asimismo, tampoco se exige un acto expreso sobre la admisión de una denuncia, ni se establecen los requisitos o contenido del Informe de Admisibilidad.¹⁵²

La aprobación del Informe de Admisibilidad (art. 36 del Reglamento) supone que se han satisfecho los requisitos establecidos por la CADH, y que *prima facie*, los hechos revelan una posible violación a derechos protegidos por alguno de los instrumentos interamericanos, sin que esto suponga ningún tipo de prejuzgamiento respecto del fondo del asunto. Adicionalmente, hay un cambio en el estatus del trámite que se evidencia en una nueva denominación al pasar de ‘petición’ a ‘caso’.

El procedimiento admite la posibilidad de que en cualquier momento del trámite el peticionario desista, por escrito, de su presentación. De ser el caso, la CIDH resolverá al respecto haciendo lugar al pedido o continuando el trámite si lo considera necesario para proteger un determinado derecho (art. 41 del Reglamento).

La CIDH tiene también la facultad de decidir sobre el archivo de un trámite en cualquier estado del procedimiento cuando verifique que no existen o subsisten los motivos de la denuncia, o no cuenta –a pesar de los esfuerzos realizados– con información necesaria para alcanzar una decisión sobre la petición o caso, o cuando exista una inactividad procesal injustificada del peticionario que configure serio desinterés en la tramitación de la petición (art. 42 del Reglamento). En cualquier supuesto, deberá solicitarse a los peticionarios la información requerida advirtiéndoles sobre una posible decisión de archivo (art. 42.2. del Reglamento).

La decisión de archivo tomada por la CIDH será definitiva salvo error material, hechos supervinientes, información nueva que la hubiera afectado o fraude (art. 42.3. del Reglamento).

152 Ver Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 39.

2. Procedimiento de solución amistosa

Durante todo el procedimiento, tanto en la etapa de petición como en la de caso, la CIDH estará a disposición de las partes para iniciar un proceso de solución amistosa. Esta instancia procesal abre un espacio de negociación entre las partes con vistas a alcanzar la resolución del caso por una vía no contenciosa. El rol de la CIDH en este escenario es el de facilitador de la negociación entre las partes. El artículo 40 del Reglamento de la Comisión establece algunas características de esta instancia procesal. Adicionalmente, también se refiere a ella el artículo 37.4. del Reglamento, estableciendo que antes de pronunciarse sobre el fondo de la petición, la CIDH invitará a las partes a que manifiesten su interés en este procedimiento.

El proceso de solución amistosa requiere del consentimiento de las partes, tanto para su inicio como para su manutención. Cualquiera de ellas puede manifestar su voluntad de no continuar con la negociación de una solución amistosa si considera, por ejemplo, que no existe voluntad real de la contraparte para llegar a un acuerdo. El artículo 40.5. del Reglamento impone a la CIDH verificar que la víctima haya dado su consentimiento en relación con el acuerdo. De igual modo, el acceder a este proceso supone la suspensión de los plazos del trámite contencioso.

El curso esperado de un proceso de solución amistosa culmina con un acuerdo cuyo contenido es pactado entre las partes y que incluye un relato de los hechos que motivaron la petición, el reconocimiento de la violación de derechos por parte del Estado, de ser el caso, y las medidas de reparación integral que deberán implementarse.

Una vez cumplido el acuerdo de solución amistosa, la CIDH aprueba un informe incluyendo el texto del mismo, el que es publicado previa transmisión a las partes.

Es importante mencionar que cuando existe voluntad real por parte de los Estados estos procesos tienen el potencial para alcanzar acuerdos sobre reparaciones aún más amplios que aquellos que podría ordenar la CIDH e inclusive la propia Corte IDH. Algunos acuerdos de solución amistosa han motivado, entre otros, reformas legales,¹⁵³ retiros de reservas a instrumentos internacionales,¹⁵⁴ o el diseño e implementación de políticas públicas específicas.¹⁵⁵

Asimismo, durante el trámite es posible que la CIDH decida emitir el informe de fondo. El artículo 23.2. de su Estatuto señala que “[d]e no llegarse a la solución amistosa referida en los artículos 44 al 51 de la Convención, la Comisión redactará dentro del plazo de 180 días el informe requerido por el artículo 50 de la Convención”.¹⁵⁶ De tal suerte que “[c]orresponde a la Comisión valorar las circunstancias existentes en cada caso tomando en cuenta dichos parámetros, para determinar que no se llegará a una solución amistosa y proceder a la redacción del informe de fondo observando el referido plazo”.¹⁵⁷

Finalmente, aun alcanzado un acuerdo sobre los contenidos de una solución amistosa, es posible denunciar el mismo si el Estado no cumple con los compromisos asumidos, en esta situación se retoma el trámite contencioso del caso en el momento procesal en que se encontraba al momento de la apertura de la negociación amistosa.

153 CIDH. Informe n.º 85/11. Petición 12.306. Solución amistosa. *Juan Carlos de la Torre*. Argentina. 21 de julio de 2011. CIDH. Informe n.º 32/02. Petición 12.046. Solución amistosa. *Mónica Carabantes Galleguillos*. Chile. 12 de marzo de 2002.

154 CIDH. Informe n.º 85/09. Caso 11.607. Acuerdo de cumplimiento. *Víctor Hugo Maciel*. Paraguay. 6 de agosto de 2009.

155 CIDH. Informe n.º 95/03. Caso 11.289. Solución amistosa. *José Pereira*. Brasil. 24 de octubre de 2003.

156 El artículo 45.7. del Reglamento de 1980, así como los artículos 41.2. y 41.4. del Reglamento de 2000, y 40.2. y 40.4. del Reglamento de 2009, establecían la posibilidad de que la Comisión diera por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa, si advirtiera que el asunto no era susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consintiera en su aplicación, decidiera no continuar en él, o no mostrara la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos.

157 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 29.

3. Procedimiento de fondo

Con posterioridad a la aprobación de la admisibilidad del caso, y de no alcanzar una solución amistosa, la CIDH dará curso a la discusión sobre el fondo del asunto. El artículo 37 de su Reglamento complementa algunas pautas específicas para esta etapa del trámite.

La Comisión fijará un plazo de 4 meses para que los peticionarios presenten sus alegaciones adicionales sobre el fondo del caso, las que serán transmitidas al Estado para que emita sus observaciones en un plazo también de 4 meses. En casos de gravedad o urgencia, o cuando la vida o integridad de una persona se encuentre en peligro real e inminente, la CIDH podrá solicitar el envío de estas observaciones ‘dentro de un plazo razonable’ que será fijado por ella misma de acuerdo a las circunstancias del caso. Asimismo, la Comisión podrá evaluar la concesión de prórrogas a estos plazos, siempre que sus peticiones estén debidamente fundadas y que no excedan el plazo de 6 meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de observaciones a cada parte.

En este momento del procedimiento, la Comisión cuenta con algunas herramientas adicionales para obtener información necesaria para el debate de fondo de la cuestión. En este sentido, puede, por ejemplo, convocar audiencias de oficio o a pedido de parte de conformidad con los procedimientos detallados en el Capítulo VI del Reglamento, así como realizar observaciones *in loco* de conformidad con el Capítulo IV del Reglamento.

Posteriormente, la CIDH iniciará el debate sobre el fondo del asunto en el que, previo examen de las alegaciones y pruebas producidas durante el trámite del caso e información pertinente que sea de público conocimiento, deliberará en pleno y votará para tomar una decisión.

El artículo 44 del Reglamento ordena las diferentes situaciones que pueden darse como consecuencia de la decisión de la CIDH, en los siguientes términos:

Artículo 44. Informe sobre el fondo.

Luego de la deliberación y voto sobre el fondo del caso, la Comisión procederá de la siguiente manera:

1. Si establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo. El informe será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA.
2. Si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto.
3. Notificará al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado. En el caso de los Estados partes en la Convención Americana que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, al notificar al peticionario la Comisión dará a este la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. Si el peticionario tuviera interés en que el caso sea sometido a la Corte, deberá presentar los siguientes elementos:
 - a. la posición de la víctima o sus familiares, si fuera distintos del peticionario;
 - b. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; y
 - c. las pretensiones en materia de reparaciones y costas.

El llamado ‘informe artículo 50’ es un documento en el que se establecen los hechos con fundamento en las pruebas producidas, se determinan cuáles han sido las violaciones al derecho interamericano que tales hechos han ocasionado, y se asigna el alcance de la responsabilidad estatal por las mismas. Es importante señalar que ni la CADH ni el Reglamento de la CIDH exigen que el informe se

encuentre motivado, sin embargo, tal y como la Corte IDH lo ha señalado, una debida “motivación de los informes [...] permitiría al Estado conocer que sus defensas fueron considerados por dicho órgano al momento de tomar la decisión”.¹⁵⁸

3.1. Marco fáctico establecido en el informe de fondo

El marco fáctico establecido en el informe de fondo tiene una importancia fundamental para el procedimiento ante la Corte IDH. Los hechos contenidos en ese documento son la base para la determinación de las violaciones de derechos humanos y la consecuente responsabilidad internacional del Estado, ante ello, las partes no podrán alegar nuevos hechos distintos de los contenidos en el informe durante el procedimiento ante la Corte IDH, esto “sin perjuicio de exponer aquellos que permitan aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y hayan sido sometidos a consideración de la Corte [IDH]. La excepción a este principio son los hechos que se califican como supervinientes, siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso”.¹⁵⁹

Lo anterior no debe confundirse con la posibilidad de invocar otros derechos no establecidos en el informe de fondo. Las víctimas o sus representantes pueden invocar otros derechos siempre y cuando las violaciones se desprendan del marco fáctico establecido por la Comisión.¹⁶⁰ De igual modo, la valoración sobre la calificación jurídica de determinados hechos que realice la CIDH puede válidamente cambiar a lo largo del proceso, el aspecto modular es que el Estado conozca siempre con antelación los hechos.¹⁶¹

3.2. Víctimas señaladas en el informe de fondo

Las presuntas víctimas que se señalen en el informe de fondo deben estar plenamente identificadas,¹⁶² ya que una vez que el informe artículo 50 es sometido a la Corte IDH, no será posible añadir nuevas presuntas víctimas.¹⁶³ El artículo 35.2 del Reglamento de la Corte IDH, establece circunstancias ex-

158 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párr. 39. Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 31.

159 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, párr. 34. (notas al pie omitidas). Sin embargo, es importante señalar que “[s]i bien los hechos del informe de fondo sometidos a la consideración de la Corte IDH constituyen el marco fáctico del proceso ante el Tribunal, este no se encuentra limitado por la valoración probatoria y la calificación de los hechos que realiza la Comisión en el ejercicio de sus atribuciones. El Tribunal realiza su propia determinación de los hechos del caso, valorando la prueba ofrecida por la Comisión y las partes y la solicitada para mejor resolver, respetando el derecho de defensa de las partes y el objeto de la *litis*. Durante el proceso ante la Corte el Estado cuenta con oportunidades procesales para ejercitar su derecho de defensa y controvertir y desestimar los hechos sometidos a la consideración de la Corte”. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. EPFRC. 2012, párr. 32. (notas al pie omitidas)

160 En este sentido, la Corte IDH ha señalado “[...] respecto a la conclusión en el Informe de Fondo [n.º] 66/11 por parte de la Comisión de violación de derechos que no habían sido indicados previamente en el Informe de Admisibilidad, es pertinente recordar la jurisprudencia de la Corte en cuanto a que los derechos indicados en el informe de admisibilidad de la Comisión son el resultado de un examen preliminar de la petición que se encuentra en curso, por lo que no limitan la posibilidad de que en etapas posteriores del proceso puedan incluirse otros derechos o artículos que presuntamente hayan sido vulnerados, siempre y cuando se respete el derecho de defensa del Estado y se mantengan dentro del marco fáctico del caso bajo análisis”. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 63. (notas al pie omitidas)

161 Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 39. (notas al pie omitidas)

162 Lo cual no excluye la posibilidad de que los nombres se mantengan en confidencialidad durante el proceso si así lo solicitan las partes. Ver Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013, párr. 27. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, referencia con signo de asterisco en la primera página de la sentencia. En esta última sentencia, la Corte elaboró una versión con los nombres para la notificación de las partes y otra únicamente con las iniciales para su publicación.

163 Ver Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 29. En esta sentencia, la Corte señaló que: “[...] la situación de que otras personas [pudiesen] encontrarse de alguna forma vinculadas a los hechos del caso no es suficiente para que la Corte [las considere] como presuntas víctimas y eventualmente declarar violaciones en su perjuicio. Si bien es cierto que los procedimientos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos no pueden ser de un formalismo rígido pues su principal y determinante cuidado es la debida y completa protección

cepcionales en las que se podrán incluir otras víctimas por tratarse de casos masivos o colectivos con dificultades para identificar o contactar a todas las presuntas víctimas. Así, la Corte IDH ha señalado como causales:

la presencia de un conflicto armado [...], el desplazamiento [...] o la quema de los cuerpos de las presuntas víctimas [...], o en casos en que familias enteras han sido desaparecidas, por lo que no habría nadie que pudiera hablar por ellos [...]. [Asimismo] la dificultad de acceder al área donde ocurrieron los hechos [...], la falta de registros respecto de los habitantes del lugar [...], el transcurso del tiempo [...], así como características particulares de las presuntas víctimas del caso, por ejemplo, cuando estas han conformado clanes familiares con nombres y apellidos similares [...], al tratarse de migrantes [...]. Igualmente, ha considerado la conducta del Estado, por ejemplo, cuando existen alegatos de que la falta de investigación contribuyó a la incompleta identificación de las presuntas víctimas [...].¹⁶⁴

En estos casos, la víctima deberá estar razonablemente identificada, la Corte IDH deberá contar con un mínimo de certeza sobre la existencia de las personas,¹⁶⁵ y decidirá en su oportunidad si las considera víctimas.¹⁶⁶

De igual manera, es importante señalar que una vez que se acredita la calidad de víctima, ya sea por procedimiento ante la Corte IDH, o por reconocimiento de responsabilidad del Estado, dicha calificación se rige exclusivamente por el derecho internacional.¹⁶⁷

Con respecto a la valoración de las pruebas, la CIDH toma en cuenta los criterios elaborados por la Corte IDH. Aun cuando la carga de la prueba en el proceso ante la Comisión corresponde en principio a la parte denunciante, si el Estado no contradice los hechos del fondo ni produce pruebas destinadas a cuestionarlos, la CIDH puede presumirlos verdaderos, siempre que no existan elementos de convicción que pudieran hacerla concluir de otra manera. Esto se encuentra estipulado en el artículo 38 de su Reglamento:

Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si este no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 37 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

En este sentido, la CIDH ha establecido que:

de esos derechos, también es cierto que determinados aspectos procedimentales permiten preservar las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados. Por lo tanto, no es posible prescindir del procedimiento ante la Comisión contemplado en los artículos 48 a 50 de la Convención, toda vez que cumple determinadas funciones que van en beneficio tanto de los peticionarios individuales como de los Estados. [...] ello no excluye la posibilidad de que el Estado, en caso de comprobarse la semejanza con los hechos del presente caso, pueda discrecionalmente adoptar medidas reparatorias a su favor”, párrs. 36 y 37. (notas al pie omitidas)

164 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 57.

165 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 54.

166 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párrs. 38 y 39.

167 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2013, párr. 61. En esta sentencia, derivada de una solicitud de interpretación, el Estado señaló que debía seguirse un proceso sucesorio interno para que los familiares de las víctimas reclamaran las indemnizaciones fijadas en la sentencia de fondo. A partir de la información proporcionada por la CIDH y los Representantes en la etapa de fondo, los familiares habían acreditado previamente su identidad y relación de parentesco ante la Corte Interamericana, asimismo, habían sido considerados como víctimas por derecho propio de ciertas violaciones declaradas en la sentencia. La Corte IDH señaló que: “la determinación de las víctimas beneficiarias de las reparaciones establecidas en la Sentencia, fue realizada al momento de dictar la Sentencia, con base en lo alegado por los intervinientes en el caso y el acervo probatorio aportado al proceso, a la luz de la normativa de la Convención Americana y los principios que la informan. En consecuencia, esa determinación no p[odía] ser modificada por el Estado invocando disposiciones de su derecho interno [...]. En razón de ello, la Corte advirt[ió] que, en el ámbito interno no p[odía] exigirse prueba adicional de su condición de víctimas o familiares de las víctimas desaparecidas o beneficiarias de las reparaciones a personas que ya ha[bían] sido expresamente declaradas como tales por la Corte en la Sentencia, pues esto implicaría reabrir cuestiones de hecho y de derecho ya decididas en la misma [...]”.

[...] se encuentra facultada para solicitar informaciones a las partes, para realizar investigaciones *in loco* respecto a asuntos sometidos a su conocimiento, y para recabar las pruebas que estime pertinentes. El Estado, a su vez, además de la carga de probar hechos en que fundamenta su defensa, tiene la obligación de colaborar, lo que incluye suministrar la información que le sea solicitada por la Comisión y proporcionar todas las facilidades necesarias para las investigaciones que disponga efectuar la Comisión. La Corte [IDH] ha señalado que en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado.¹⁶⁸

En el informe artículo 50, la CIDH también recomienda al Estado que adopte una serie de medidas que considera reparatorias de las violaciones de derecho probadas, concediéndole un plazo para su cumplimiento.¹⁶⁹

De acuerdo a la última reforma del Reglamento de la Corte IDH, en el supuesto en que el caso sea remitido al órgano judicial, el informe artículo 50 será la demanda que abre la instancia. Por ello, resulta relevante detenernos en algunos de sus elementos debido a las implicaciones que pueden tener a futuro en el curso del procedimiento.

Si el plazo expira sin que se hayan cumplido las recomendaciones, la CIDH deberá optar entre la elaboración de un informe definitivo (en el marco del artículo 51 de la CADH y el 47 del Reglamento), y su posterior publicación en función de los avances que se produzcan en el cumplimiento de las recomendaciones, o bien, la remisión del caso a la Corte IDH, en aquellos casos en que el Estado involucrado haya reconocido la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano.

De acuerdo al artículo 45 del Reglamento, en los casos en que la CIDH considere que no se han cumplido las recomendaciones del informe de fondo, la decisión de remitir el caso a la Corte IDH será el criterio general, salvo decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

Si bien esta decisión toma en consideración la posición de la víctima y sus representantes, la Comisión tiene competencia exclusiva para decidir si remite el informe de fondo a la Corte IDH. A este respecto, el artículo 45.2 del Reglamento detalla que “la Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: la posición del peticionario; la naturaleza y gravedad de la violación; la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los países miembros”.

Si el Estado así lo solicita, la CIDH podrá considerar la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1. de la CADH para someter el caso a la Corte IDH, siempre que concurren las condiciones establecidas en el artículo 46 del Reglamento, a saber: “que el Estado haya demostrado voluntad y capacidad de implementar las recomendaciones mediante la adopción de medidas concretas e idóneas para su cumplimiento para lo que podrá tomar en cuenta la existencia de leyes internas que establezcan mecanismos de cumplimiento de sus recomendaciones, y, que acepte de forma expresa e irrevocable que renuncia a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento de este plazo en un eventual procedimiento ante la Corte”.

El Reglamento establece algunos criterios que orientan sobre el plazo de suspensión, tales como la complejidad del asunto y de las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones indicadas por la CIDH, en particular cuando involucren diferentes poderes estatales, o requieran coordinación entre gobiernos centrales y regionales, las medidas adoptadas antes de la solicitud de suspensión destinadas a cumplir las recomendaciones, y la posición del peticionario.

168 CIDH. Informe n.º 36/08. Caso 12.487. Fondo. *Rafael Ignacio Cuesta Caputi*. Ecuador. 18 de julio de 2008, párr. 37.

169 Cabe destacar que este informe no es público y es remitido al Estado en su totalidad y a las víctimas y/o sus representantes en forma parcial.

Notas aclaratorias para el lector

El comentario al Capítulo VIII de la CADH (Disposiciones Comunes de la Corte IDH) está dividido en dos secciones. En la primera sección se analizan los artículos 52 a 60, y en la segunda sección los artículos 61 a 62 y 64 a 69.

Para un mejor análisis, este comentario difiere de la estructura seguida en los otros textos que integran la obra, por lo que al inicio de cada una de las secciones el lector encontrará la bibliografía y el contenido, mientras que las disposiciones de los artículos de la CADH que se analizan en cada sección, se encontrarán transcritas a lo largo del comentario.

El artículo 63 de la CADH (reparaciones y medidas provisionales) se analiza en un texto independiente, el cual se encuentra al final del comentario al artículo 69.

CAPÍTULO VIII- LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

Bibliografía

Primera sección de las disposiciones comunes de la Corte IDH

Normas relevantes

Estatuto de la Corte IDH. Aprobado mediante resolución n.º 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su IX periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. En adelante: Estatuto de la Corte IDH.

Reglamento de la Corte IDH de 1980. Aprobado por la Corte IDH en su III periodo ordinario de sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980.

Reglamento de la Corte IDH de 1991. Aprobado por la Corte IDH en su XXIII periodo ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991.

Reglamento de la Corte IDH de 1996. Aprobado por la Corte IDH en su XXXIV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996.

Reglamento de la Corte IDH de 2000. Aprobado por la Corte IDH en su XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

Reglamento de la Corte IDH de 2000 reformado en 2003. Las reformas fueron aprobadas por la Corte IDH en su LXI periodo ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

Reglamento de la Corte IDH de 2000 reformado en 2009. Las reformas fueron aprobadas por la Corte IDH en su LXXXII periodo ordinario de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

Reglamento de la Corte IDH de 2009. Aprobado por la Corte IDH en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. En adelante: Reglamento de la Corte IDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 31. En adelante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* RC. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 1999. Serie C n.º 53. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de RC. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 54. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Competencia. 1999.

1 A lo largo de este texto, el término ‘Reglamento actual’ o ‘Reglamento vigente’ se refiere al Reglamento de la Corte IDH de 2009, aprobado en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999.
- Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C n.º 56. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.
- Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C n.º 90. En adelante: Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. F. 2001.
- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Maritzá Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C n.º 103. En adelante: Corte IDH. *Caso Maritzá Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C n.º 126. En adelante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 128. En adelante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.
- Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C n.º 131. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C n.º 168. En adelante: Corte IDH. *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 173. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C n.º 174. En adelante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C n.º 197. En adelante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C n.º 228. En adelante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A n.º 20. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 2009.

Resoluciones, decisiones y otros documentos

Corte IDH. Exposición de motivos de la reforma reglamentaria. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/06/25).

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Resolución de 6 de febrero de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 11/07, Caso Interestatal 01/06, *Nicaragua vs. Costa Rica*, 8 de marzo de 2007.

CIDH. Informe n.º 112/10, Petición Interestatal, PI-02, admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina Ecuador - Colombia*, 21 de octubre de 2010.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, 7-22 de noviembre de 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (fecha de último acceso: 2017/06/28).

OEA. Asamblea General. Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución AG/RES.372 (VII-0/78), aprobada en la séptima sesión plenaria celebrada el 1 de julio de 1978.

Referencias académicas

CANÇADO TRINDADE, A.A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACNUR, San José, 2003.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed., IIDH, San José, 2009. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (fecha de última acceso: 2017/08/10).

SAAVEDRA ALESSANDRI, P. y PACHECO ARIAS, G. “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en GARCÍA RAMÍREZ, S. y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M. *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. IJ UNAM, SRE, OEA, 2009. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2740/8.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/05).

SEPÚLVEDA, M. et al. *Universal and Regional Human Rights Protection. Cases and Commentaries*. University for Peace, San José, 2004.

VIVANCO, J. M. y BHANSALI, L. L. “Procedural shortcomings”, en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. (eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998.

Otras referencias no académicas

Campaña Gqual. Hacia la paridad de género en la representación internacional. Sitio web de la campaña global: <http://www.gqualcampaign.org/inicio/> (fecha de último acceso: 2017/07/01).

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano*. 2ª ed., Buenos Aires, 2012.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Cejil, 2012. Disponible en: <https://www.cejil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (fecha de último acceso 2017/08/18).

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). “Organizaciones de sociedad civil lamentan silencio de la OEA ante petición de diálogo con candidatos”, de 1 de marzo de 2015, publicado en: <https://www.cejil.org/es/organizaciones-sociedad-civil-lamentan-silencio-oea-peticion-dialogo-candidatos> (fecha de último acceso: 2017/06/25).

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). “Panel de expertos garantizará elecciones transparentes e independientes en el sistema interamericano de derechos humanos”, de 20 de marzo de 2016, publicado en: <https://www.cejil.org/es/panel-expertos-garantizara-elecciones-transparentes-e-independientes-sistema-interamericano-derechos> (fecha de último acceso: 2017/06/25).

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Informe final del panel independiente para la elección de comisionadas y comisionados para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Junio de 2017.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). “Panel de expertos insta a Estados de la OEA a promover mayor transparencia en selección de integrantes a Comisión y Corte IDH”, de 6 de junio de 2017, publicado en: <https://www.cejil.org/es/panel-expertos-esta-estados-oea-promover-mayor-transparencia-seleccion-integrantes-comision-y-corte> (fecha de último acceso: 2017/06/25).

Convenio de sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces, su personal y las personas que comparezcan ante ella. Publicado en *La Gaceta* mediante Ley n.º 6889, 2 de septiembre de 1983. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf> (fecha de último acceso: 2017/06/25).

Diversas Organizaciones de la Sociedad Civil. *Órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas: cuestiones que deben abordarse en el proceso intergubernamental sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*.

LIMBACH, J. *et al. Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*. Interights, 2003. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/32795.pdf> (fecha de último acceso: 2017/08/20).

MILLER, V. *The European Court of Human Rights: the election of Judges*. Library of the House of Commons, UK, 4 de mayo de 2011.

Contenido

1. Organización y composición de la Corte IDH (artículos 52 a 54 de la CADH)	965
1.1. Requisitos de elegibilidad	965
1.2. Incompatibilidades	970
1.3. El plazo para la inscripción de candidatos y la responsabilidad en la elección de los integrantes	974
1.4. Periodo para ejercer el mandato	975
2. Jueces nacionales de casos sometidos a la Corte IDH y jueces <i>ad hoc</i> (artículo 55 de la CADH)	976
3. El funcionamiento de la Corte IDH (artículo 56 de la CADH)	978
4. Rol y facultades de la CIDH en los procedimientos ante la Corte IDH (artículo 57 de la CADH)	978
5. Sede de la Corte IDH (artículo 58 de la CADH)	980
5.1. Sede ordinaria	980
5.2. Sede extraordinaria	981
6. La Secretaría de la Corte IDH (artículo 59 de la CADH)	982
7. Estatuto y Reglamento de la Corte IDH (artículo 60 de la CADH)	983

1. Organización y composición de la Corte IDH (artículos 52 a 54 de la CADH)

Sección 1. Organización

Artículo 52

1. 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.
2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. 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.
2. 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.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un periodo 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.
2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el periodo de éste.
3. 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.

1.1. Requisitos de elegibilidad

El artículo 52 de la CADH establece una serie de requisitos de elegibilidad que servirán para el mejor desempeño de las funciones de quienes integran la Corte IDH, y que se explican en este apartado. No está de más recordar que esta situación ha generado interés e inquietudes por parte de varios actores (especialmente de la sociedad civil), quienes han expresado continuamente a los Estados la importancia

de transparentar el proceso,² así como de contar tanto con la mayor diversidad en la composición de la Corte IDH, y nombrar y elegir a los y las mejores profesionales para ocupar tan importante cargo.³

1.1.1.1. Requisitos de idoneidad

1.1.1.1.1. Ser nacionales de Estados miembros de la OEA, elegidos por los Estados partes de la CADH

Cualquier miembro de la OEA puede postular a su nacional para ser elegido como juez o jueza de la Corte IDH. Dado que la CADH no hace distinciones en razón de la nacionalidad de las personas candidatas, cualquier persona proveniente de alguno de los treinta y cinco Estados miembros de la OEA puede ser juez o jueza. Esta potestad se ha visto reflejada en la práctica de la elección de quienes han integrado la Corte IDH desde sus inicios. Hasta el momento, ha habido jueces de 16 nacionalidades diferentes,⁴ incluyendo a tres países que aún no son parte de la CADH (Barbados, Estados Unidos y Jamaica).⁵ Ello, en principio, daría cuenta de la voluntad estatal de respetar la distribución geográfica en la composición de la Corte IDH.

Ahora bien, la diversidad en las nacionalidades de los jueces y juezas electos no ha sido suficiente para vencer otras barreras en la integración de la Corte IDH, poniendo de relieve la importancia de seguir democratizando tanto el proceso de selección como la elección de quienes integran los órganos de protección. Por ejemplo –y a diferencia de otros órganos regionales de protección–,⁶ sigue exis-

2 Para las elecciones de integrantes de la CIDH y la Corte IDH de 2015, decenas de organizaciones expresaron su rechazo ante la imposibilidad de participar en el proceso de diálogo con las personas propuestas como candidatas. Ver Cejil. “Organizaciones de sociedad civil lamentan silencio de la OEA ante petición de diálogo con candidatos” de 1 de marzo de 2015, publicado en: <https://www.cejil.org/es/organizaciones-sociedad-civil-lamentan-silencio-oea-peticion-dialogo-candidatos> (fecha de último acceso: 2017/06/25).

3 En recientes fechas, diversas organizaciones de la sociedad civil que participan activamente en el SIDH, han conformado paneles de personas expertas encargadas de revisar las candidaturas propuestas por los Estados. Este ejercicio de escrutinio –realizado en 2015 y 2017– ha abierto un espacio en el que tanto los Estados que proponen candidatos/as, como quienes eligen, tengan que rendir cuentas de manera pública respecto de las propuestas que realizan. De igual manera, se ha logrado que las personas propuestas como candidatas expongan sus propuestas de trabajo, y respondan a diferentes cuestionamientos que tanto los Estados como la sociedad civil les deseen hacer. Para mayor información, consultar los siguientes vínculos electrónicos: Cejil. “Panel de expertos garantizará elecciones transparentes e independientes en el sistema interamericano de derechos humanos”, publicado en: <https://www.cejil.org/es/panel-expertos-garantizar-elecciones-transparentes-e-independientes-sistema-interamericano-derechos> (fecha de último acceso: 2017/06/25). Cejil. “Panel de expertos insta a Estados de la OEA a promover mayor transparencia en selección de integrantes a Comisión y Corte IDH”, de 6 de junio de 2017, publicado en: <https://www.cejil.org/es/panel-expertos-insta-estados-oea-promover-mayor-transparencia-seleccion-integrantes-comision-y-corte> (fecha de último acceso: 2017/06/25).

4 Los países de los cuales provienen los jueces son los siguientes: Argentina (Julio A. Barberis, Leonardo A. Franco y Eugenio Raúl Zaffaroni); Barbados (Oliver H. Jackman); Brasil (Antônio Augusto Cançado Trindade y Roberto de Figueiredo Caldas); Chile (Máximo Pacheco Gómez, Cecilia Medina Quiroga y Eduardo Vio Grossi); Colombia (César Ordóñez, Rafael Nieto Navia, Carlos Vicente de Roux-Rengifo y Humberto Sierra Porto); Costa Rica (Rodolfo E. Piza Escalante, Sonia Picado Sotela, Manuel Ventura Robles y Elizabeth Odio Benito); Ecuador (Hernán Salgado Pesantes y Patricio Pazmiño Freire); Estados Unidos (Thomas Buergenthal); Honduras (Carlos Roberto Reina, Jorge R. Hernández Alcerro y Policarpo Callejas); Jamaica (Huntley Eugene Munroe y Margaret May Macaulay); México (Héctor Fix Zamudio, Sergio García Ramírez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot); Nicaragua (Alejandro Montiel Argüello); Perú (Máximo Cisneros Sánchez y Sergio García-Sayán); República Dominicana (Rhady Abreu Blondet); Uruguay (Héctor Gros Espiell y Alberto Pérez Pérez); y Venezuela (Pedro Nikken, Orlando Tovar Tamayo, Asdrúbal Aguiar Aranguren y Alirio Abreu Burelli). Para mayor información sobre la composición actual y anteriores de la Corte IDH, visitar el siguiente link: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/composicion> (fecha de último acceso: 2017/06/20).

5 El 10 de septiembre de 2012, Venezuela presentó formalmente su denuncia de la CADH ante el Secretario General de la OEA, la cual entró en vigor un año después, el 10 de septiembre de 2013. Si bien ha habido jueces venezolanos, todos ellos fueron elegidos mientras ese Estado seguía vinculado por la CADH. Después de la denuncia del tratado regional, no se ha vuelto a proponer a ningún candidato o candidata a la Corte IDH.

6 El artículo 14 del Protocolo Adicional a la Carta de Banjul, relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, prevé que la Asamblea “garantizará que en la totalidad de la Corte exista representación de las principales regiones de África y de sus principales tradiciones legales” (numeral 2). Asimismo, tal

tiendo una gran brecha en el balance de género, la inclusión de representantes de pueblos indígenas, o la presentación de personas con cualquier otra característica que refleje la diversidad (de personas y condiciones) que existe en el continente. Tan solo en lo que respecta a la paridad de género, hasta el momento, la integración de mujeres ha sido excepcional en tanto que solo ha habido cinco juezas en toda la existencia de la Corte IDH.⁷ Ello ha dado pie a una serie de críticas que han sostenido, entre otras cuestiones, que:

[...] el S[IDH] debe rechazar la práctica utilizada por los Estados en numerosas ocasiones para justificar su incumplimiento con la representación de género y no postular mujeres como candidatas, de afirmar que no encuentran mujeres que cumplan con los requisitos exigidos. Esta afirmación carece de sustentación fáctica y evidencia la falta de transparencia e imparcialidad en la elección.⁸

Cabe recordar que la tendencia antes descrita se ha visto reflejada en las últimas elecciones de miembros de la Corte IDH en tanto que, a partir de 2013, la composición fue exclusivamente masculina,⁹ y lo cual cambió en 2016 al haberse elegido a la jueza Elizabeth Odio Benito, por lo que la composición actual de la Corte IDH es de seis hombres y una mujer, con características raciales similares.

Al igual que en los procesos de elección de integrantes, la sociedad civil ha iniciado campañas expresas para evidenciar la falta de paridad de género que existe en diversos órganos internacionales, de los cuales la CIDH y la Corte IDH no son la excepción.¹⁰ Por ello, y con independencia del esfuerzo realizado desde la sociedad civil, es imperativo que los Estados reflexionen y actúen de una manera distinta en elecciones futuras, y también se hace necesaria una evaluación sobre las estrategias que se pueden emplear desde diferentes sectores para proponer mayor diversidad en la integración del tribunal.

1.1.1.2. "La más alta autoridad moral y la reconocida competencia en materia de derechos humanos"

Más allá de tales diferencias, existe poco desarrollo en relación con los parámetros que podrían nutrir este requisito. Ello se evidencia en el hecho de que ni los trabajos preparatorios de la CADH,¹¹ ni el Estatuto o el Reglamento de la Corte IDH, elaboran más sobre lo que puede entenderse por "la más alta autoridad moral". No obstante, este es un tema que ha generado amplios y continuos debates.

Dada la trascendencia del proceso de nominación y elección de las personas integrantes de la Corte IDH, se han dedicado importantes esfuerzos para incentivar y aportar insumos a fin de que los Estados lleven a cabo elecciones más transparentes y respetuosas de los criterios que plantea el artículo 52 de la CADH. En tal sentido, "[a]ntendiendo a los propósitos de la Convención, y a fin de asegurar la absoluta idoneidad e independencia de los elegidos, el mecanismo de selección de los jueces debería ser un aspecto de la mayor trascendencia dentro del sistema".¹² Asimismo, se ha sugerido que:

disposición establece que "en la elección de jueces, la Asamblea garantizará que exista una adecuada representación de género" (numeral 3) (traducción libre).

7 Los nombres son: Cecilia Medina Quiroga (Chile), Sonia Picado y Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Margarette May Macaulay (Jamaica) y Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana).

8 Cejil. *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005, p. 13.

9 Luego de un proceso de selección por la Asamblea General de la OEA celebrado en Washington, D.C. en junio de 2015, la composición de la Corte IDH a partir de 2016 es la siguiente: Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina), Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil), Eduardo Vio Grossi (Chile), Humberto Sierra Porto (Colombia), Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Patricio Pazmiño Freire (Ecuador) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México).

10 Campaña Gqual. Hacia la paridad de género en la representación internacional. Sitio web de la campaña global: <http://www.gqualcampaign.org/inicio/> (fecha de último acceso: 2017/07/01).

11 OEA. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, 7-22 de noviembre de 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (fecha de último acceso: 2017/06/28).

12 Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3a. ed., IIDH, San José, 2009, p. 200. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (fecha de último acceso: 2017/08/10).

Con relación a la competencia, la experiencia en este campo no se limita a la formación académica en este ámbito, sino también al ejercicio profesional en esta arena, la habilidad intelectual para traducir los hechos y argumentos en sólidos análisis jurídicos y políticos, la capacidad para abordar diversas áreas fundamentales para el desarrollo de las funciones del órgano: especialidades jurídicas (por ejemplo: derecho del refugio), temáticas (por ejemplo, género), habilidades técnicas (por ejemplo: documentación o implementación de políticas públicas en derechos humanos), entre otras. En este ejercicio, las calidades jurídicas, profesionales y humanas de los candidatos deben primar sobre los vínculos y lealtades políticas.¹³

En el marco del SIDH se han identificado como preocupaciones la ausencia de procesos internos en los países y en el marco de la OEA para la selección de candidatos/as,¹⁴ así como la politización del proceso, la falta de transparencia en la designación,¹⁵ y posterior elección de los mismos. Asimismo la ausencia de procesos de selección de candidato/as al interior de los países, aunado a la presentación de candidaturas únicamente por el poder ejecutivo, generan amplias preocupaciones; ya que lejos de ser propuestas de Estado representan candidaturas de gobiernos.

Esos son algunos retos que deben enfrentarse a la brevedad, y si bien ha habido tímidos avances,¹⁶ es fundamental que los Estados muestren su voluntad de contar con procesos adecuados como una forma de fortalecimiento del SIDH, a partir de una composición adecuada en la integración de sus órganos. Ello, en el entendido que son los Estados los que tienen la mayor responsabilidad en este tema en particular.¹⁷

Ahora bien, también es justo reconocer que esa preocupación —compartida por diferentes sectores—, trasciende al SIDH, y tiene implicaciones similares en otros sistemas de protección. De acuerdo con Amnistía Internacional, “[l]a calidad de los miembros individuales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales [, en el sistema universal de las Naciones Unidas,] tiene importantes repercusiones sobre la efectividad general de los comités, así como sobre la imagen que proyectan de su independencia y capacidad.”¹⁸

En tal sentido, Amnistía Internacional ha realizado 10 recomendaciones, que si bien se hacen de cara a la composición de los órganos de supervisión de tratados de la ONU, también pueden ser

13 Cejil. *Aportes para el proceso de selección de miembros de la CIDH y Corte IDH de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura, n.º 1, 2005, p. 13.

14 *Idem*.

15 Desde hace casi veinte años se ha sostenido que “como una preocupación estructural, la falta de transparencia en el proceso de elección de los miembros de la Comisión y la Corte, también contribuye al problema de la politización. Este fenómeno se ve agravado por el proceso de reelección en el cual los Estados —sujetos del monitoreo— determinan y conceden sus votos basados en el desempeño del comisionado o juez, lo cual amenaza la autonomía de la Comisión o la Corte.” Ver Vivanco, J. M. y Bhansali, L. L. “Procedural shortcomings”, en Harris, D. y Livingstone, S. (eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998, p. 424.

16 En el último informe presentado por el panel de personas expertas para supervisar la elección de comisionados y comisionadas de 2017, se retomó el impacto que el primer informe (de 2015) tuvo: “[e]l Informe de 2015 favoreció que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) instruyera a su Consejo Permanente, por medio de la resolución AG/RES.2887 (XL VI-O/16), a invitar a todos los candidatos propuestos a la Comisión o a la Corte para que presenten públicamente ante el Consejo, su visión, sus propuestas e iniciativas, en el caso de ser elegidos. Además, instó a los Estados a “nominar y elegir personas que aseguren una membresía que proporcione equilibrio en términos de género, representación de las diferentes regiones, grupos de población y sistemas legales del hemisferio, garantizando al mismo tiempo las exigencias de independencia, imparcialidad y competencia reconocida en el campo de los derechos humanos”. Ver Cejil. *Informe final del panel independiente para la elección de comisionados y comisionadas para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Junio, 2017.

17 En este punto es importante señalar que la propia Corte IDH ha mencionado “que la cuestión de asegurar la señalada representatividad de los jueces escapa a las facultades de la Corte, pues ello corresponde a otros órganos de la OEA. En todo caso, debe recordarse que los jueces del Tribunal, a pesar de ser nominados por los Estados, ejercen su cargo a título personal [...]” Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2009, párr. 65. (énfasis agregado)

18 Diversas Organizaciones de la Sociedad Civil. *Órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas: cuestiones que deben abordarse en el proceso intergubernamental sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*.

aplicadas de forma análoga al SIDH. Estas sugerencias tienden a garantizar una mayor participación de los propios Estados en la propuesta de candidatos/as que:

[...] cumplan con los requisitos de elegibilidad y que no tengan un cargo de gobierno; diversificar candidatos para no repetir a las mismas personas; publicar ampliamente la vacante; fomentar la participación activa de organizaciones de la sociedad civil en todas las etapas del procedimiento de selección de candidaturas para que, entre otras cosas, dichas organizaciones ayuden al Estado a obtener solicitudes de candidatos o candidatas con excelente preparación y, cuando conozcan a los solicitantes, asesoren al Estado sobre si cumplen los criterios establecidos. [También se debería] revisar el equilibrio geográfico, de género y de diversidad de conocimientos en la composición del comité antes de que tenga lugar cada elección [...].¹⁹

Por su parte, en 2003, Interights publicó un documento relacionado con los procesos de selección de miembros del TEDH, en el que encontró como principales problemas la poca transparencia y la discrecionalidad absoluta de los Estados en relación con el sistema de nominación que adoptan, sumándose a ello tanto la naturaleza politizada del procedimiento de nominación y elección, como la ineficiencia de los distintos órganos políticos involucrados con las elecciones (la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, así como el Comité de Ministros y el Subcomité dependiente del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos).

A lo anterior se adicionan temas nodales, como la falta de balance de género en la composición de la Corte IDH, el tipo de cabildío por parte de los Estados (y, ocasionalmente, de los candidatos a la Corte IDH), y la oposición de los Estados para que se fiscalice el proceso de nominación de candidatos/as a nivel interno bajo el argumento falaz de que ello implica una intromisión a su “soberanía”. Todo lo anterior –señala Interights– pone en riesgo la futura independencia (real y aparente) de los jueces, y genera “una corte menos calificada y menos apta para cumplir con su crucial mandato.”²⁰

Por ello, al menos en el sistema europeo de derechos humanos, “como parte de un proceso de reforma en marcha, un panel de personas expertas ha sido establecido para asesorar a los Estados Miembros sobre los candidatos y candidatas nacionales para el puesto de juez/a de la Corte [Europea] antes de que las personas nominadas sean presentadas a la Asamblea Parlamentaria para su escrutinio.”²¹

En conclusión, es fundamental contar con un procedimiento al interior de los países, con reglas bien establecidas, en el que haya participación de distintos actores (Estados, sociedad civil, academia, usuarios del SIDH y otros actores interesados), para debatir la nominación de candidatos y que el mismo continúe durante todo el proceso de selección. Esto resulta vital si se quiere garantizar una composición que cumpla con los requisitos establecidos en la CADH, y que también esté preparado para afrontar adecuadamente los múltiples retos que conlleva la protección de derechos humanos en nuestro continente.

1.1.1.3. Ser juristas que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales

De conformidad con el artículo 52.1. de la CADH, cualquier persona que sea propuesta como candidata para integrar la Corte IDH debe ser jurista, y contar con las condiciones para ejercer las más altas funciones judiciales “conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos”. Este es un requisito adicional a los establecidos para ser miembros de la CIDH, quienes no tienen un criterio profesional concreto para ser electos en ese cargo por los Estados miembros de la OEA.

Esto obliga a los Estados no solo a presentar a quienes tengan un título de abogado o licenciado en derecho, sino a quienes, de acuerdo con la legislación local, cumplan con los requisitos “para ejercer las más elevadas funciones judiciales dentro de su país”.

19 *Idem*.

20 Limbach, J. *et al.*, *op. cit.*

21 Miller, V. *The European Court of Human Rights: the election of Judges*. Library of the House of Commons, UK, 4 de mayo de 2011.

Los requisitos antes enunciados son similares a los solicitados en otros tribunales regionales de protección, no obstante, existen diferencias entre ellos, y derivan tanto de la condición de la persona candidata como de las características del tribunal. Por ejemplo, el artículo 11.1. del Protocolo Adicional a la Carta de Banjul establece el requisito de ser jurista y de prestar los servicios a título personal/individual, pero es más amplio en relación con la experiencia profesional, al establecer que la persona debe tener alta autoridad moral y “reconocida competencia y experiencia práctica, judicial o académica, en el campo de los derechos humanos”. Por su parte, los requisitos previstos por la CADH son también similares a los establecidos por el artículo 21 del CEDH, pero el tratado europeo cuenta con un requerimiento adicional a fin de que sus integrantes no se comprometan en ninguna actividad “incompatible con su independencia, imparcialidad, o con las demandas relacionadas con un cargo de tiempo completo [...]”.²²

1.2. Incompatibilidades

El Capítulo IX de la CADH hace referencia a una serie de disposiciones comunes que rigen tanto a la CIDH como a la Corte IDH. En tal sentido, el artículo 71 de la CADH prescribe que “son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.”

Por lo anterior, a fin de tener mayores normas que coadyuven en la garantía de una mayor independencia y autonomía en el ejercicio del cargo de los jueces/zas, el Estatuto de la Corte IDH ha desarrollado los supuestos de las incompatibilidades:

Artículo 18. Incompatibilidades

1. Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes:
 - a. los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros;
 - b. los de funcionarios de organismos internacionales;
 - c. cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.
2. La Corte decidirá los casos de duda sobre incompatibilidad. Si esta no fuere subsanada, serán aplicables las disposiciones del artículo 73 de la Convención y 20.2. del presente Estatuto.
3. Las incompatibilidades únicamente causarán la cesación del cargo y de las responsabilidades correspondientes, pero no invalidarán los actos y resoluciones en que el juez afectado hubiera intervenido.

Las incompatibilidades antes mencionadas deben valorarse, de igual manera, a la luz de lo establecido por el artículo 19 del Estatuto, que establece lo siguiente:

Artículo 19. Impedimento, Excusas e Inhabilitación

1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieran interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.
2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerar que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si este no la aceptare, la Corte decidirá.

22 Cfr. Artículos 11.1. del Protocolo Adicional a la Carta de Banjul y 21.3. del CEDH.

3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá.
4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Las disposiciones antes citadas evidencian la importancia de tener un especial cuidado con las calidades de las personas que ocupan los cargos dentro de ambos órganos de protección del SIDH, en tanto que:

[...] no debe existir ninguna causal que pueda poner en duda la independencia o imparcialidad de quien juzga; por ello no sólo la circunstancia objetiva puede desacreditar la requerida independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional, también puede alegarse el temor y la misma apariencia de parcialidad.²³

1.2.1. Excusas y abstenciones

En la práctica, la excusa de los jueces en distintos casos ha dependido de sus propias valoraciones, y de la necesidad de que tanto en apariencia como por señalamientos objetivos jurídicos, se abstengan del conocimiento de asuntos determinados. Estas inhibiciones se han dado en virtud de distintos supuestos, dentro de los que se pueden mencionar los siguientes:

- Cuando, sin haber participado directamente en el caso, el juez que se excusa es nacional del Estado demandado en el procedimiento ante la Corte IDH,²⁴ aun habiendo sido nombrado como juez *ad hoc*.²⁵ El razonamiento de esa excusa puede reproducirse análogamente retomando lo expresado por el entonces juez Sergio García Ramírez, quien señaló que “el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez –que son indispensables por supuesto–, sino también en la valoración que se haga sobre aquellas. Ser, pero también parecer [...]”;²⁶
-
- 23 Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Cejil, 2012. Disponible en: <https://www.cejil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (fecha de último acceso 2017/08/18).
- 24 Esto ha sucedido desde los primeros casos contenciosos resueltos por la Corte IDH. Así, el juez Jorge R. Hernández Alcocer se excusó de conocer los casos: *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* y *Fairén Garbí y Solís Corrales* en contra de Honduras. Con posterioridad, el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo se excusó de conocer los casos *Las Palmeras* y *19 comerciantes* en contra de Colombia. El juez Diego García-Sayán ha hecho algo similar en los casos *Gómez Paquiyauri*, *De La Cruz Flores*, *García Asto* y *Ramírez Rojas*, *La Cantuta*, *Cantoral Huamani*, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *Reverón Trujillo* y *Anzualdo Castro* en contra del Perú. La jueza Cecilia Medina Quiroga también se excusó de conocer los casos *Palamara y Almonacid Arellano* y *otros* en contra de Chile; y el juez Sergio García Ramírez se excusó en los casos *Castañeda Gutman* y *Radilla Pacheco* en contra de México, en el caso *Martín del Campo Dodd*, si bien no se excusó, cedió la Presidencia de la Corte IDH al entonces vicepresidente, Alirio Abreu Bureli.
- 25 En el caso *Fermin Ramírez vs. Guatemala*, “[e]l 9 de diciembre de 2004 el señor Alejandro Sánchez Garrido, quien había sido designado como juez *ad hoc*, señaló que, en cumplimiento del artículo 19 del Estatuto de la Corte [, tenía] el deber de excusar[se] de conocer [dicho caso como juez *ad hoc*] y solicit[ó] se acept[ara] la [...] excusa”. Cfr. Corte IDH. *Caso Fermin Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, párr. 117. Asimismo, en el caso *Mejía Idrovo*, la Corte IDH enfatizó que “[c]uando se notificó la demanda al Estado se le informó sobre su derecho a designar un juez *ad hoc* para que participara en la consideración del caso. El 11 de febrero de 2010 el Estado designó al señor Hernán Salgado Pesantes como juez *ad hoc*. Sin embargo, el 2 de marzo de 2010 el señor Salgado Pesantes informó al Tribunal que al ser consultado por la Procuraduría General del Estado aceptó el cargo, pero posteriormente ‘luego de verificar alguna información concerniente a este caso, [pudo] establecer que el ciudadano demandante reclamó ante el Tribunal Constitucional de Ecuador por la presunta violación de sus derechos y lo hizo en una época en que [él] formaba parte de ese organismo. [Tiene] la seguridad de haber actuado en este caso –como miembro del Tribunal– lo que constituye un impedimento para que pueda participar en este asunto, de conformidad con el artículo 19.1 del Estatuto de la Corte Interamericana”’, en consecuencia presentó su excusa para conocer el caso. El 4 de marzo de 2010 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, admitió la referida excusa. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, nota al pie 3.
- 26 En virtud de tales razones, “[m]ediante nota de 9 de mayo de 2008 la Presidenta de la Corte IDH manifestó que

- Por haber conocido el asunto cuando este se tramitaba en otra etapa del procedimiento internacional;²⁷
- Cuando el juez forma parte de la misma organización del representante de las víctimas;²⁸
- Por existir dos jueces de la misma nacionalidad;²⁹
- En casos en los que no se formó parte de la integración de la Corte IDH cuando se deliberó una sentencia previa;³⁰
- Por motivos de fuerza mayor, al no haber participado en el conocimiento completo del caso,³¹ (particularmente en una audiencia pública); y
- Por otras razones cuyos motivos no se desprenden claramente de las sentencias de la Corte IDH.³²

1.2.2. Recusaciones

En lo que respecta a las recusaciones, la propia Corte IDH ha señalado que tal figura “es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho”.³³ Asimismo, ha establecido los fines que persigue esta institución:

-
- “compart[ía] en términos generales” la posición del juez García Ramírez y aceptó su excusa.” Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, nota al pie *.
- 27 En el caso de *Maritza Urrutia*, existieron dos excusas, la primera del juez Oliver Jackman quien se abstuvo de participar en la deliberación y firma de la sentencia “por haber participado en varias etapas del caso durante su trámite ante la CIDH, cuando era miembro de esta” y, por el secretario adjunto Pablo Saavedra Alessandri quien se excusó de participar por haber actuado como asistente de la CIDH en el caso, antes de desempeñar su cargo como Secretario de la Corte.” Cfr. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, notas al pie * y **, respectivamente. Cabe señalar que el secretario de la Corte IDH también se excusó de participar en otro caso contra Colombia. Cfr. Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. F. 2001, nota al pie**.
- 28 La sentencia del caso *Reverón Trujillo*, estableció lo siguiente: “[e]l 9 de mayo de 2008 el juez Diego García-Sayán, de nacionalidad peruana, solicitó a la Presidenta que aceptara su excusa para participar en el [...] caso porque es integrante de una entidad no gubernamental de la que es parte el señor Ayala Corao, uno de los representantes de la presunta víctima. Informó además que ‘[s]i bien jamás h[a] tratado con el Dr. Ayala Corao, de forma alguna, asuntos o temas vinculados a este caso y que [su] absoluta independencia e imparcialidad para conocer del mismo no se encuentra afectada en lo más mínimo’, este paso resultaría ‘saludable para garantizar que la percepción por las partes y por terceros acerca de la absoluta independencia e imparcialidad del Tribunal no se vea afectada’. La Presidenta consideró que no se desprendía que el juez García-Sayán ‘hubiese participado de alguna manera, cualquiera que esta fuese, en el [...] caso o que hubiese manifestado pública o privadamente puntos de vista acerca del litigio en curso, sus causas, manifestaciones y posibles soluciones, o bien, en torno a quienes actúan en este con calidad de partes’”. Sin embargo, en consulta con los demás jueces y de conformidad con el artículo 19 del Estatuto y 19 del Reglamento –ambos de la Corte IDH vigentes al momento de los hechos–, estimó razonable acceder al planteamiento del juez García-Sayán y, consecuentemente, aceptó su excusa. La excusa del juez García-Sayán y la decisión de la presidenta fueron notificadas a las partes el 12 de mayo de 2008. Ver Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, nota al pie 1.
- 29 En el caso *Lori Berenson Mejía*, el juez Diego García-Sayán, de nacionalidad peruana, se excusó de conocer el caso “de conformidad con los artículos 19.2. del Estatuto y 19 del Reglamento de la Corte, y además por haber sido designado un juez *ad hoc* desde octubre de 2002. Asimismo, si bien el juez *ad hoc* Juan Federico D. Monroy Gálvez no participó en la deliberación de la [...] Sentencia en la sede del Tribunal en San José, Costa Rica, fue consultado por la Corte sobre el criterio [adoptado] y estuvo de acuerdo con la decisión del Tribunal.” Cfr. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de FRC. 2005, nota al pie *.
- 30 Tal es el caso del juez Hernán Salgado Pesantes. Ver, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.
- 31 Este es el caso de los jueces Oliver Jackman en el caso *Loayza Tamayo* (interpretación de sentencia), Máximo Pacheco en el caso *19 comerciantes*, Cecilia Medina Quiroga en el caso de las *hermanas Serrano Cruz* (interpretación de la sentencia), y Leonardo A. Franco en el caso *Radilla Pacheco*.
- 32 Por ejemplo, el juez Diego García-Sayán se ha excusado de conocer de los casos salvadoreños *Hermanas Serrano Cruz* y *García Prieto*, así como de los venezolanos *Ríos* y *Perozo*, sin que quede claro en la sentencia si tuvo conocimiento directo de los casos a partir de cargos previos (por ejemplo, por ser integrante del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desaparición Forzada de Personas), o por el trabajo que hizo en terreno con posterioridad a conflictos armados (por ejemplo, como integrante de la Comisión de Verificación de los Acuerdos de Paz en El Salvador). En un caso similar se encuentra la situación de la jueza Cecilia Medina Quiroga, quien se excusó de conocer del caso *Ricardo Canese*.
- 33 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC.

[...] la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.³⁴

Por la forma en que se han dado y resuelto las excusas y abstenciones para el conocimiento de los asuntos señalados en la sección anterior, la experiencia y actuación de la Corte IDH —como cuerpo colegiado encargado de resolver las recusaciones—, han sido prácticamente nulas, aunque las partes en el proceso han hecho uso de este derecho en distintas oportunidades,³⁵ especialmente cuando tenía como objetivo cuestionar el nombramiento de un juez *ad hoc*.

No obstante ello, la Corte IDH ha empezado a tener precedentes interesantes. En el caso de *Radio Caracas Televisión*, el Estado presentó como una de las excepciones preliminares una recusación a varios jueces y al secretario de la Corte IDH. En la sentencia de fondo, la Corte IDH hizo una síntesis de los hechos y se refirió brevemente a lo resuelto:

El día 6 de febrero de 2014 la Corte emitió una Resolución [...] en la que, *inter alia*, decidió respecto a la llamada “excepción preliminar” presentada por el Estado en cuanto a la recusación de dos de los jueces y del Secretario de la Corte, que “las alegaciones de falta de imparcialidad en las funciones que desempeñan algunos de los jueces integrantes de la Corte presentada[s] como excepción preliminar no tiene[n] tal carácter”. Asimismo, consideró “infundada la alegación de falta de imparcialidad formulada [...] en relación con los jueces Diego García-Sayán y Manuel Ventura Robles, quienes no [incurrieron] en ninguna de las causales estatutarias de impedimento ni realizado acto alguno que permita cuestionar su imparcialidad”, y declaró “improcedentes e infundados los alegatos [...] referidos a la supuesta falta de imparcialidad de Pablo Saavedra Alessandri, Secretario del Tribunal.”³⁶

La resolución a la que alude la sentencia abunda en las alegaciones del Estado venezolano al estimar que la Corte IDH carecía de imparcialidad para el juzgamiento de ese caso. Ello, en virtud de lo siguiente:

El Estado venezolano consideró que los jueces que pretend[ía]n juzgarlo, “t[enían] y pose[ían] un interés directo en el [...] caso”. Fundamentó su recusación en el presente caso en la deliberación privada del Tribunal inmediatamente posterior a la audiencia pública del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, celebrada el 1 de abril de 2009, en el XXXVIII Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte, en Santo Domingo, República Dominicana, de cuyo contenido se enteró cuando, por error, se le entregó un disco compacto que contenía no solo la grabación de la audiencia pública, sino también la de la deliberación privada. A juicio del Estado, las manifestaciones realizadas en esa deliberación privada por los jueces mencionados, la valoración de las pruebas presentadas por el Estado con base en la audiencia pública, y el supuesto hecho de que

2008, párr. 64.

34 *Ibidem*, párr. 62.

35 *Ver, inter alia*, Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. RC. 1997. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

36 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 6.

la Corte haya ignorado los acontecimientos políticos ocurridos durante los años 2002, 2003 y 2004 en Venezuela demuestra[ban] “la falta de imparcialidad de es[a] instancia internacional”.³⁷

La Corte IDH determinó que:

[...] no se ha[bía] configurado ninguna de las causales de impedimento previstas en el párrafo 1 del artículo 19 del Estatuto [de la Corte IDH], pues de [los hechos] no se desprend[ía] que ninguno de los jueces mencionados por el Estado (ni el Secretario de la Corte) t[uviera]n un interés directo en el asunto *sub judice* o h[ubiera]n tenido intervención en la atención de este, bajo diversos conceptos, con anterioridad a la presentación del caso ante la Corte, ni que exist[iera] algún motivo calificado” que justifi[cara] la abstención.³⁸

Asimismo, señaló que las deliberaciones forman parte de un proceso interno que finaliza con la emisión de la correspondiente sentencia:

La Corte, como todo cuerpo colegiado, tiene un proceso interno de elaboración de sus decisiones en el cual cada uno de sus miembros formulan comentarios preliminares, sujetos a mayor análisis, pendientes de las pruebas o las argumentaciones que las partes aporten después de la audiencia y siempre sujetas a la deliberación formal y final que hagan los jueces en una sesión específica que se celebra tiempo después de la audiencia, una vez que se han reunido los elementos de juicio para considerar un proyecto de sentencia y emitir esta, analizando, en particular, los alegatos finales escritos de las partes.³⁹

Ninguna de las opiniones expresadas en dicha deliberación privada revela una falta de imparcialidad o permite inferir la existencia de una predisposición en contra del Estado. Ninguna de tales opiniones trasunta una inclinación distinta a la que corresponde a una opinión jurídica razonada y fundamentada.⁴⁰

A partir de ello, la Corte IDH concluyó que “los jueces Diego García-Sayán y Manuel Ventura Robles no ha[bía]n incurrido en ninguna de las causales estatutarias de impedimento ni ha[bía]n realizado acto alguno que permit[iera] cuestionar su imparcialidad.”⁴¹ En el caso del secretario de la Corte IDH, estimó improcedente el argumento del Estado pues aquel “no t[enía] la calidad de juez ni t[enía] facultades decisorias en los casos comprendidos en la jurisdicción de la Corte”.⁴²

Más allá de las cuestiones relacionadas con el cuidado de la información reservada, el precedente que abrió Venezuela al cuestionar directamente a diversos integrantes de la Corte IDH es relevante, en tanto cualquier funcionario público puede, y debe, ser sujeto de escrutinio, máxime cuando es una autoridad judicial. Evidentemente, para que proceda, ese cuestionamiento legítimo debe partir de bases objetivas sólidas, a fin de que esa prerrogativa prevista en el Reglamento de la Corte IDH surta los efectos para los cuales fue creada, y no trascienda a otros ámbitos más allá del estrictamente jurídico.

1.3. El plazo para la inscripción de candidatos y la responsabilidad en la elección de los integrantes

El Estatuto de la Corte IDH detalla el procedimiento para la elección de jueces, el cual inicia cuando el Secretario General de la OEA pide a los Estados partes de la Organización que presenten a uno o varios candidatos. Este anuncio debe hacerse seis meses antes de la celebración de la Asamblea General de la OEA, en la que se suplirán las vacantes de los jueces cuyo mandato esté próximo a vencer,

37 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Resolución de 6 de febrero de 2014, párr. 18.

38 *Ibidem*, párr. 18.

39 *Ibidem*, párr. 21.

40 *Ibidem*, párr. 22, *in fine*.

41 *Ibidem*, párr. 23.

42 *Ibidem*, párr. 25, *in fine*.

eligiéndose de entre los candidatos que sean presentados.⁴³ Luego de ello, cuando menos noventa días antes de la celebración de la Asamblea General, los Estados deberán presentar a sus respectivos candidatos (que, como establece el artículo 53.2. pueden ser hasta tres) y, en caso de proponerse una terna, se respetará la cláusula convencional que prevé que al menos una de esas personas debe ser nacional del Estado proponente.

Una vez recibidas las candidaturas, el Estatuto establece que la Secretaría General comunicará a los Estados partes las mismas, mediante una lista en orden alfabético.⁴⁴ Finalmente, el artículo 8.3. del Estatuto de la Corte IDH establece que “[c]uando se trate de vacantes en la Corte, así como en casos de muerte o incapacidad permanente de un candidato, los plazos anteriores se reducirán prudencialmente, a juicio del Secretario General de la OEA”.

En relación con la elección propiamente dicha, el artículo 9 del Estatuto establece las reglas a seguir:

Artículo 9. Votación 1. La elección de los jueces se realiza en votación secreta y por mayoría absoluta de los Estados partes en la Convención, de entre los candidatos a que se refiere el artículo 7 del presente Estatuto. 2. Entre los candidatos que obtengan la citada mayoría absoluta, se tendrán por electos los que reciban mayor número de votos. Si fueran necesarias varias votaciones, se eliminarán sucesivamente los candidatos que obtengan menor número de votos, conforme lo determinen los Estados parte.

El respeto del plazo, así como la rigidez en el acatamiento del proceso de elección, es un aspecto que ha sido tomado con seriedad por parte de la Secretaría General de la OEA y los Estados partes de la CADH. Por lo general, la primera publicita en su sitio web los distintos registros de candidaturas tanto para la CIDH como para la Corte IDH, así como para cualquier otro órgano de la OEA que deba tener un aval de la Asamblea General o de los Estados que forman parte del tratado.

1.4. Periodo para ejercer el mandato

Las reglas previstas por el artículo 54 de la CADH tienen un mayor desarrollo tanto en el Estatuto,⁴⁵ como en el Reglamento de la Corte IDH, lo cual es sustancial en tanto que no es excepcional que los jueces deban conocer de distintos asuntos que, en principio, se entendían como resueltos.

Un ejemplo de lo anterior, tiene que ver con la participación de los jueces que han dejado su encargo cuando alguna de las partes en el proceso presenta una solicitud de interpretación de sentencia. Tal fue el caso del entonces juez Antônio Augusto Cançado Trindade quien, después de haber finalizado su periodo como juez de la Corte IDH, volvió a participar en la deliberación de las solicitudes de interpretación de sentencia presentadas por Perú en los casos de *La Cantuta* y de los *Trabajadores Cesados del Congreso*.⁴⁶

43 Cfr. Art. 8.1. del Estatuto de la Corte IDH.

44 Cfr. Art. 8.2. del Estatuto de la Corte IDH. Tal disposición también prevé que el secretario general hará del conocimiento de los Estados partes la lista mencionada “de ser posible, por lo menos treinta días antes del próximo periodo de sesiones de la Asamblea General de la OEA”.

45 El artículo 5 del Estatuto de la Corte IDH (modificado mediante resolución AG/RES.625 (XII-O/82) de la Asamblea General de la OEA de noviembre de 1982), establece lo siguiente: “[a]rtículo 5. Mandato de los jueces: 1. Los jueces de la Corte son electos para un mandato de seis años y sólo pueden ser reelectos una vez. El juez electo para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará tal mandato. 2. Los mandatos de los jueces se contarán a partir del primero de enero del año siguiente al de su elección y se extenderán hasta el 31 de diciembre del año en que se cumplan los mismos. 3. 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”.

46 Cfr. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2007. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2007.

2. Jueces nacionales de casos sometidos a la Corte IDH y jueces *ad hoc* (artículo 55 de la CADH)

Artículo 55

1. 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.
2. 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*.
3. 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*.
4. El juez *ad hoc* debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.
5. Si varios Estados partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

La figura del juez *ad hoc* fue muy controversial hasta que la Corte IDH emitió una opinión consultiva –a solicitud del gobierno argentino–, en la que se refirió a los dos supuestos en los cuales se inscribió la consulta: por una parte, a la figura del juez *ad hoc* y, por la otra, a la prerrogativa que tiene un juez nacional de un Estado demandado de seguir conociendo de un asunto en contra de este.

En relación con el primer tema sometido a consulta, la Corte IDH determinó reservar la figura del juez *ad hoc* solo para los casos de denuncias entre Estados,⁴⁷ explicando que del “sentido corriente de la expresión ‘alguno de los Estados partes en el caso’”, referida en el artículo 55.1. de la CADH, se desprende la aplicación de esta disposición a la hipótesis de participación de más de un Estado parte en una controversia, es decir, a casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales.⁴⁸ Asimismo, la Corte IDH determinó que:

[...] la intervención del juez *ad hoc* no debe ser extendida a aquellos procedimientos para los cuales no está expresamente prevista [...]. De esta manera, al tiempo que el Tribunal asegura la protección de los derechos reconocidos por la Convención Americana garantiza, además, tanto a los Estados partes que han reconocido la competencia de la Corte como a las presuntas víctimas, el estricto respeto de sus normas de carácter procesal, conforme al sentido y alcance de las mismas [...].⁴⁹

47 El artículo 45 de la CADH establece la posibilidad de presentar denuncias interestatales. Hasta el momento, solo han sido presentadas dos de ellas ante la CIDH, pero ninguna ha sido sometida a la Corte IDH. La primera petición interestatal –presentada por Nicaragua en contra de Costa Rica– fue desestimada por la CIDH, ver CIDH. Informe n.º 11/07, Caso Interestatal 01/06, *Nicaragua vs. Costa Rica*, 8 de marzo de 2007. La segunda petición derivó de una demanda de Ecuador respecto de Colombia por la alegada ejecución extrajudicial del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina por agentes colombianos en el marco de la “Operación Fénix”, en la cual se realizó un bombardeo a un campamento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) ubicado en la municipalidad fronteriza de Lago Agrio entre Ecuador y Colombia. Este caso fue declarado admisible, ver CIDH. Informe n.º 112/10, Petición Interestatal, PI-02, admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisalla Molina Ecuador- Colombia*, 21 de octubre de 2010. Para un mayor análisis sobre estos dos casos, ver la sección 2 ‘Comunicaciones interestatales’ del comentario a los artículos 44-47 sobre la Competencia de la CIDH a cargo de Tojo.

48 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09, *op. cit.*, párr. 174.

49 *Ibidem*, párr. 39.

Por otra parte, respecto del segundo tema a consulta, la Corte IDH inició su razonamiento desechando el argumento de que:

[...] la sola nacionalidad del juez que deba conocer de un caso contencioso originado en una petición individual contra el Estado del cual ostenta dicha nacionalidad no es una cualidad que, por sí misma y *a priori*, pueda suscitar sospechas sobre su carencia de imparcialidad o sobre su falta de independencia.⁵⁰

Empero, una vez establecido lo anterior, hizo un recuento de la práctica judicial interamericana, así como un análisis comparativo de lo que ocurre en órganos de similar naturaleza:

[...] la Corte advierte que en la gran mayoría de casos que se han elevado a su conocimiento alguno de los jueces titulares ha ostentado la nacionalidad del Estado demandado y que desde sus primeros casos [...] aquellos han entendido como una facultad el participar o no en cualquier tipo de controversia. No obstante, en un gran número de casos contenciosos sometidos por la Comisión Interamericana, los jueces titulares, se han inhibido de participar cuando han ostentado la nacionalidad del Estado demandado. Esta tendencia se ha reforzado en los últimos años [...], lo que revela un creciente consenso en cuanto a que los jueces nacionales no deben participar en el conocimiento de estos casos.⁵¹

Por todo lo anterior, la Corte IDH concluyó en la parte resolutive de la opinión consultiva:

1. Que conforme al artículo 55.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la posibilidad de los Estados partes en el caso sometido a la Corte Interamericana, de nombrar un juez *ad hoc* para que integre e[l] Tribunal cuando en el mismo no hubiere un juez de su nacionalidad, se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (artículo 45 de dicho instrumento), y que no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados partes en casos originados en peticiones individuales (artículo 44 de dicho tratado).
2. Que el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales.⁵²

El actual Reglamento de la Corte IDH fue modificado para reflejar el precedente jurisprudencial en su propia normativa interna, así el artículo 20 de este cuerpo normativo se titula “Jueces *ad hoc* en casos interestatales”.⁵³

50 *Ibidem*, párr. 81.

51 *Ibidem*, párr. 82.

52 *Ibidem*, resolutivos 1 y 2.

53 Tal disposición establece lo siguiente: “[a]rtículo 20. Jueces *ad hoc* en casos interestatales. 1. Cuando se presente un caso previsto en el artículo 45 de la Convención, la Presidencia, por medio de la Secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dicho artículo la posibilidad de designar un juez *ad hoc* dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la demanda. 2. Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, la Presidencia les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un juez *ad hoc* en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto. Si dentro de los 30 días siguientes a la última notificación de la demanda, dichos Estados no hubieren comunicado su acuerdo a la Corte, cada uno de ellos podrá proponer su candidato dentro de los 15 días siguientes. Pasado ese plazo, y si se hubieren presentado varios, la Presidencia escogerá por sorteo un juez *ad hoc* común y lo comunicará a los interesados. 3. Si los Estados interesados no hacen uso de su derecho dentro de los plazos señalados en los párrafos precedentes, se considerará que han renunciado a su ejercicio. 4. El Secretario comunicará a la Comisión Interamericana, a los representantes de la presunta víctima y, según el caso, al Estado demandante o al Estado demandado la designación de jueces *ad hoc*. 5. El juez *ad hoc* prestará juramento en la primera sesión dedicada al examen del caso para el cual hubiese sido designado. 6. Los jueces *ad hoc* percibirán emolumentos en las mismas condiciones previstas para los jueces titulares”.

3. El funcionamiento de la Corte IDH (artículo 56 de la CADH)

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte IDH es de cinco jueces.

La disposición citada tiene una réplica idéntica en el artículo 14 del reglamento vigente. Hasta el momento, la Corte IDH no se ha encontrado en alguna situación en la que deba poner en práctica el supuesto previsto por la disposición citada. En algunas oportunidades, se ha contado con la participación de seis jueces en virtud de la excusa o recusación de alguno de ellos, o por la ausencia derivada de cuestiones de fuerza mayor o de salud de alguno de sus miembros.

No obstante, dado que el reglamento la faculta para ello y ante el incremento de mayores asuntos y casos que le son presentados, la Corte IDH ha empezado a ‘dividirse’ con el fin de desahogar los asuntos. Este reparto es usado particularmente en las audiencias privadas de supervisión de sentencias, conformándose en una especie de cámaras al estilo del TEDH.⁵⁴

4. Rol y facultades de la CIDH en los procedimientos ante la Corte IDH (artículo 57 de la CADH)

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte IDH.

Una de las cuestiones más importantes en que han impactado las reformas reglamentarias de la Corte IDH, se refiere al rol de la CIDH en los casos que le son sometidos. Esta discusión se planteó desde las reformas reglamentarias de 2000 y, paulatinamente, se ha plasmado en los distintos reglamentos y posteriores modificaciones normativas adoptadas por la Corte IDH.

Durante las décadas de los 80 y 90, la CIDH contaba con una amplia discreción para decidir los casos que sometía a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH; en esta época las presuntas víctimas no eran parte con legitimación activa en el proceso, por lo que su rol era periférico. Las más recientes reformas reglamentarias de la Corte IDH, y su propia práctica, otorgan a la CIDH una menor intervención ante la Corte IDH, lo cual se ha visto reflejado en la participación que tiene en el proceso contencioso (particularmente en la presentación de prueba y en las audiencias públicas), así como en la sustitución de la instancia interamericana por una nueva figura, denominada ‘defensor interamericano’.

De hecho, la participación de la CIDH en el proceso contencioso sigue restringiéndose conforme se realizan reformas al Reglamento de la Corte IDH. La exposición de motivos de las últimas reformas reglamentarias detalla precisamente que el rol de la CIDH fue la principal modificación realizada a la normativa en comento:

La principal reforma que el nuevo Reglamento introduce es el papel de la Comisión en el procedimiento ante la Corte. Respecto a este tema los diferentes actores del sistema que

54 El artículo 6 del Reglamento de la Corte IDH prevé la conformación de una comisión permanente, así como cualquiera otra que se estime pertinente para asuntos específicos.

participaron en esta consulta se refirieron a la conveniencia de modificar algunos aspectos de la participación de la Comisión en el procedimiento ante la Corte, *otorgando más protagonismo al litigio entre los representantes de las víctimas o presuntas víctimas y el Estado demandado, permitiendo así que la Comisión juzgara] más un papel de órgano del sistema interamericano afianzando, así, el equilibrio procesal entre las partes.*

Coincidieron en la pertinencia de que el inicio del procedimiento ante la Corte IDH se realice mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención. En este sentido, en el [Reglamento], conforme al artículo 35, la Comisión ya no inicia el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al artículo 50 de la Convención. *Al enviar este informe, la Comisión debe presentar los fundamentos que la llevaron a someter el caso a la Corte.* Además, a diferencia del anterior Reglamento, la Comisión no podrá ofrecer testigos y declaraciones de presuntas víctimas y, de acuerdo al mencionado artículo, sólo en ciertas circunstancias podrá ofrecer peritos. Asimismo, en los casos en los que se realice audiencia, la Comisión será la que inicie la misma, exponiendo los motivos que la llevaron a presentar el caso. Los interrogatorios podrán ser hechos por los representantes de las presuntas víctimas y los del Estado. La Comisión podrá interrogar a los peritos en la situación prevista en el artículo 52. Al cerrar la etapa de alegatos, regulada en el artículo 51.7., la Comisión expondrá sus observaciones finales, como así queda establecido en el numeral 8 del mismo artículo. Cabe resaltar que este nuevo procedimiento fue detalladamente considerado con la Comisión.⁵⁵

De hecho, la reforma reglamentaria también deja a discreción de la CIDH la presentación de alegatos finales escritos y, en general, supedita su participación cuando exista una cuestión que pueda “afectar el orden jurídico interamericano”.⁵⁶

La restricción de la participación de la CIDH obedecía particularmente a una demanda de los Estados sobre la igualdad procesal en tanto se alegaba que, a diferencia de ellos, en cualquier litigio, eran dos partes (víctimas y CIDH) las que presentaban alegatos y pruebas para demostrar la responsabilidad estatal, lo cual no garantizaba un debido balance.⁵⁷

No obstante los actuales rol y facultades de la CIDH en los procedimientos ante la Corte IDH, ese órgano sigue siendo la instancia que remite los casos y delimita los hechos de la disputa materia de análisis por la Corte IDH. Estos aspectos los analizaremos más adelante.⁵⁸

El litigio ante la Corte IDH es cada vez más especializado y pocas veces las víctimas, o los propios defensores públicos interamericanos, tienen la capacidad de conocer al detalle los criterios, jurisprudencia y procedimiento adicional al establecido en el Reglamento (por ejemplo, algunos plazos relacionados con la resolución de convocatoria a audiencia, de solicitud de prueba para mejor resolver, etc.). De igual manera, pocas víctimas y sus representantes (salvo quienes sean usuarios habituales del SIDH) pueden entender la afectación que el litigio de un caso puede tener sobre otros más. En ese sentido, la participación activa de la CIDH puede ser fundamental para insistir en la coherencia de los fallos y decisiones que emita la Corte IDH.

55 Corte IDH. Exposición de motivos de la reforma reglamentaria, p. 2. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/06/25).

56 Por ejemplo, el literal f del artículo 35 del Reglamento (relativo al sometimiento del caso por parte de la CIDH), parecería restringir a que solo “cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, [hará una] eventual designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y acompañando su hoja de vida”.

57 Si bien las valoraciones de los Estados eran ciertas en términos numéricos estrictamente, valdría la pena hacer un análisis más detallado puesto que en diversas ocasiones las víctimas no coinciden con los alegatos presentados por la CIDH y, más aún, el alegato de los Estados parte del falso supuesto de una igualdad entre las partes, la cual rara vez se da en los litigios de derechos humanos, en tanto los Estados tienen mayores recursos y poder, en relación con las víctimas.

58 Ver los comentarios a los artículos 44-47 sobre la Competencia de la CIDH, y la sección 3 ‘Procedimiento de fondo’ de los comentarios a los artículos 48-51 sobre el Procedimiento ante la CIDH, todos a cargo de Tojo.

5. Sede de la Corte IDH (artículo 58 de la CADH)

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.
2. La Corte designará a su Secretario.
3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

5.1. Sede ordinaria

Una vez que se lograron las once ratificaciones requeridas para la entrada en vigor de la CADH, la Asamblea General de la OEA resolvió “[r]ecomendar que la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [fuera] establecida en su oportunidad en Costa Rica”.⁵⁹ Dicha resolución fue reafirmada por el artículo 3 del Estatuto de la recién establecida Corte IDH, el cual establecía lo siguiente:

Artículo 3. Sede

1. La Corte tendrá su sede en San José, Costa Rica; sin embargo, podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo.
2. La sede de la Corte puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la OEA.

Desde 1979, la Corte IDH ha tenido asiento en San José, Costa Rica, para lo cual se firmó un convenio con el Gobierno de ese país,⁶⁰ con el fin de dejar claramente establecidos los compromisos que asumía el país al permitir la instalación y funcionamiento regular de la Corte IDH en su territorio.⁶¹

59 OEA. Asamblea General. Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución AG/RES.372 (VII-0/78), aprobada en la séptima sesión plenaria celebrada el 1 de julio de 1978.

60 El artículo 27 del Estatuto regula la necesidad de formalizar la relación con el país anfitrión de la sede de la Corte IDH: “[a]rtículo 27. Relaciones con el País Sede, con Estados y Organismos. 1. Las relaciones de la Corte con el país sede serán reglamentadas mediante un acuerdo con el país sede. La sede de la Corte tendrá carácter internacional. 2. Las relaciones de la Corte con los Estados, con la OEA y sus organismos y con otros organismos internacionales gubernamentales relacionados con la promoción y defensa de los derechos humanos, serán reguladas mediante acuerdos especiales”.

61 Convenio de sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces, su personal y las personas que comparezcan ante ella. Publicado en *La Gaceta* mediante Ley n.º 6889, 2 de septiembre de 1983. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf> (fecha de último acceso: 2017/06/25). En adelante ‘Convenio Sede’. Con relación a la sede de la CIDH y de la OEA en los Estados Unidos de América, es importante recordar que durante el “Proceso de fortalecimiento del SIDH”, diversos países propusieron el posible cambio de sede tanto de la OEA como de la CIDH a otro país, entre los que se mencionaron: Argentina, Panamá o Costa Rica. Si bien esta discusión no pasó de un debate dentro del proceso de fortalecimiento, en su momento fue muy importante, ya que evidenciaba las críticas a la falta de congruencia en tener tanto la sede de la CIDH como de la OEA en un país que no había ratificado los instrumentos del SIDH.

En tal documento (conocido como Convenio Sede), se prevén cuestiones relacionadas con la personería jurídica y la organización de la Corte IDH (capítulo I); la capacidad legal, privilegios e inmunidades de la Corte IDH (capítulo II); las inmunidades y privilegios tanto de sus jueces (capítulo III) como del secretariado (capítulo IV) y del personal del tribunal (capítulo V). El instrumento también incluye “prerrogativas de cortesía diplomática” (capítulo VI), un capítulo sobre cuestiones migratorias (capítulo VII), y establece criterios sobre la contribución que hará el país al funcionamiento de la Corte IDH.⁶² Finalmente, el Convenio Sede reitera las inmunidades que se darán a las personas que comparecen ante la Corte IDH (Capítulo XXX), y de manera especialmente relevante, en el último apartado, se reconoce el mismo rango de obligatoriedad entre las decisiones de las autoridades costarricenses con “[l]as resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente [...]”.⁶³

5.2. Sede extraordinaria

Desde hace varios años, la Corte IDH empezó a celebrar sesiones fuera de su sede en San José, lo cual se ha convertido en una práctica constante de la Corte IDH.⁶⁴ El objetivo de tales actividades es acercar más su funcionamiento a las personas que rara vez tenían acceso a su procedimiento (aunque hoy en día las tecnologías de la información y la voluntad de la Corte IDH han facilitado que las audiencias se puedan presenciar a través de su sitio web). La maduración de la idea inicial se narra de la siguiente manera:

En el año 2004 la Corte Interamericana reflexionaba sobre la evolución que había venido experimentando el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos [...] en general y su trabajo en particular y observaba la necesidad urgente de difundir y acercar más su quehacer a los diferentes actores nacionales de los países sobre los cuales tenía jurisdicción. Entonces el dilema era cómo hacer difusión del Sistema Interamericano en general y de su quehacer en particular en los diversos países, sin olvidar la función primordial a la que está llamada la Corte que es el despacho eficiente de los asuntos que llegan a su conocimiento. Bajo esta disyuntiva es que nació la idea de celebrar periodos extraordinarios de sesiones fuera de la sede, toda vez que esto le permitiría conjugar el despacho de los asuntos bajo su conocimiento y difundir el Sistema Interamericano, en especial su quehacer y jurisprudencia.⁶⁵

La primera sesión con esta modalidad ‘de promoción’ se llevó a cabo en 2005.⁶⁶ Desde entonces, la Corte IDH ha sesionado en, al menos, 15 países del continente americano. Estas audiencias se han venido celebrando en periodos extraordinarios de sesiones –adicionales a los ocho periodos ordinarios en que sesiona la Corte IDH al año– y con el financiamiento de la cooperación europea.⁶⁷

La Corte IDH usa sus periodos extraordinarios de sesiones para tener actividades académicas y para sostener reuniones con distintos funcionarios públicos. Asimismo, una de las reglas que ha mantenido desde el inicio, es que no conocerá ningún asunto relacionado con el país en el que celebra su periodo de sesiones.

62 El artículo 28 del Convenio Sede señala lo siguiente: “[a]rtículo 28. Como contribución del país sede al funcionamiento de la Corte, el Gobierno de la República de Costa Rica: a) [c]ontinuará otorgando una subvención anual no inferior a la ya otorgada a la Corte en el primer año de su funcionamiento, incluida en la Ley de Presupuesto General de la República de Costa Rica para el año 1980. b) Proporcionará a la Corte un local adecuado para su funcionamiento”.

63 Cfr. art. 27 del ‘Convenio Sede’ (eficacia de las resoluciones).

64 En consonancia con el artículo 58 de la CADH, el Reglamento de la Corte IDH señala lo siguiente: “[a]rtículo 13. Sesiones fuera de la sede. La Corte podrá reunirse en cualquier Estado miembro en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo”.

65 Saavedra Alessandri, P. y Pacheco Arias, G. “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en García Ramírez, S. y Castañeda Hernández, M. *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. IIJ UNAM, SRE, OEA, 2009, pp. 37-38. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2740/8.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/05).

66 *Ibidem*, p. 38.

67 *Idem*.

6. La Secretaría de la Corte IDH (artículo 59 de la CADH)

Artículo 59

La Secretaría de la Corte IDH será establecida por esta y funcionará bajo la dirección de su secretario, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte IDH. Sus funcionarios serán nombrados por el secretario general de la Organización, en consulta con el secretario de la Corte IDH.

Tanto el Estatuto como el Reglamento de la Corte IDH⁶⁸ contienen disposiciones específicas en relación con el equipo de la Secretaría de la Corte IDH. El primero de ellos prevé lo siguiente:

Artículo 14. Secretaría

1. La Secretaría de la Corte funcionará bajo la inmediata autoridad del Secretario, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA, en lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte.
2. El Secretario será nombrado por la Corte. Será funcionario de confianza de la misma, de dedicación exclusiva, tendrá su oficina en la sede y deberá asistir a las reuniones que la Corte celebre fuera de la misma.
3. Habrá un Secretario Adjunto que auxiliará al Secretario en sus labores y lo sustituirá en sus ausencias temporales.
4. El personal de la Secretaría será nombrado por el Secretario General de la OEA, en consulta con el Secretario de la Corte.

Asimismo, las atribuciones del Secretario también encuentran fundamento reglamentario en el artículo 10,⁶⁹ y responden a la ejecución de las determinaciones del pleno o la presidencia, así como a las responsabilidades administrativas que se derivan del actuar diario de la Corte IDH.

En la historia de la Corte IDH han fungido tres secretarios en el cargo: Charles Moyer, Manuel Ventura y Pablo Saavedra (quien aún se encuentra en funciones). Aunado a ello, existe una Secretaría adjunta,⁷⁰ (a cargo de Emilia Segares) y un grupo de abogados y abogadas que dan seguimiento permanente al mandato de la Corte IDH, y que pueden asumir la responsabilidad temporal de la Secretaría por encargo previo y en ausencia de los dos primeros (artículo 8.3. del Reglamento). Todas las personas que integran la Secretaría están obligadas a guardar reserva de los asuntos bajo conocimiento de la Corte IDH, para lo cual prestarán juramento ante quien presida la Corte IDH (artículo 9 del Reglamento).

En virtud de que los jueces de la Corte IDH no prestan sus servicios a tiempo completo, el actuar de la Secretaría se torna fundamental. No obstante ello, el Reglamento de la Corte IDH también establece la organización de sus integrantes a fin de que cuente con una presidencia y vicepresidencia que se renuevan cada dos años.⁷¹

68 El Reglamento de la Corte IDH establece el procedimiento de elección tanto del secretario/a como del secretario/a adjunto/a. De igual manera, se prevén las formalidades para su nombramiento y se enlistan sus atribuciones, *ver* Reglamento de la Corte IDH, artículos 7 a 10 (Capítulo II: de la Secretaría).

69 Ese artículo establece lo siguiente: “[a]rtículo 10. Atribuciones del Secretario [...] a. notificar las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones y demás decisiones de la Corte; b. llevar las actas de las sesiones de la Corte; c. asistir a las reuniones que celebre la Corte dentro o fuera de su sede; d. tramitar la correspondencia de la Corte; e. certificar la autenticidad de documentos; f. dirigir la administración de la Corte, de acuerdo con las instrucciones de la Presidencia; g. preparar los proyectos de programas de trabajo, reglamentos y presupuestos de la Corte; h. planificar, dirigir y coordinar el trabajo del personal de la Corte; i. ejecutar las tareas que le sean encomendadas por la Corte o por la Presidencia; j. las demás establecidas en el Estatuto o en este Reglamento”.

70 *Cfr.* Artículo 8 del Reglamento.

71 Las atribuciones de ambas se encuentran reglamentadas por los artículos 4 y 5, respectivamente, del Reglamento.

7. Estatuto y Reglamento de la Corte IDH (artículo 60 de la CADH)

Artículo 60

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

La Corte IDH ha tenido seis normas reglamentarias aprobadas en 1980, 1991, 1996, 2000, 2003 y 2009.⁷² La modificación en la normativa de la Corte IDH a lo largo del tiempo refleja su práctica y experiencia en distintos ámbitos.

La evolución del contenido de los cuatro primeros reglamentos de la Corte IDH ha sido explicada de la siguiente manera. El primer Reglamento de la Corte IDH, de 1980, tuvo una marcada influencia del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, lo cual hacía que “el procedimiento, sobre todo para los casos contenciosos [fu]era particularmente lento”.⁷³ El segundo Reglamento, de 1991, empezó a establecer plazos que debían ser cumplidos por las partes involucradas en un proceso contencioso. Este “[f]ue el inicio de un proceso de racionalización y simplificación del procedimiento”.⁷⁴ El tercer Reglamento, de 1996, modificó algunos plazos del procedimiento contencioso (en atención a las diversas solicitudes de prórroga formuladas por las partes); adicionalmente:

precisó tanto la terminología como la propia estructura del procedimiento ante el Tribunal [...] y p[or] primera vez, [...] estableció los momentos procesales para que las partes presentaran la prueba correspondiente a las distintas etapas del procedimiento, dejando a salvo la posibilidad de presentación extemporánea de prueba en casos de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes.⁷⁵

Esta normativa también amplió la facultad de la Corte IDH de solicitar prueba para mejor resolver; incluyó diferentes modalidades de terminación anticipada del procedimiento; y eliminó trámites innecesarios como la convocatoria a audiencia para dar lectura a la sentencia. Empero, sin duda alguna, la modificación más importante se reflejó en la incipiente participación autónoma de las víctimas en la etapa de reparaciones del procedimiento contencioso, cuyos representantes “habían sido, en los últimos años, integrados a la delegación de la Comisión Interamericana con la designación eufemística de ‘asistentes’ de la misma”.⁷⁶

La reforma del cuarto Reglamento, de 2000, se dio después de distintas discusiones tanto técnicas como dentro del marco de la OEA. Esa modificación,

[...] se hizo acompañar de propuestas concretas para perfeccionar y fortalecer el mecanismo de protección bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las alteraciones reglamentarias incidieron en la racionalización de los actos procesales, en materia probatoria y medidas provisionales de protección; pero la modificación de mayor trascendencia consistió en el otorgamiento de participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares, o sus representantes, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte [...].⁷⁷

Otras reformas introducidas tenían por objeto asegurar una mayor celeridad en el proceso ante la Corte IDH, y fue así, como bajo esta normativa, se unieron las etapas de excepciones preliminares,

72 Los textos completos están disponibles en el siguiente link: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/reglamento/reglamento-vigente> (fecha de último acceso: 2017/07/01).

73 Cançado Trindade, A. A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACNUR, San José, 2003, p. 33.

74 *Ibidem*, p. 35.

75 *Ibidem*, p. 37.

76 Cançado Trindade, A. A., *op. cit.*, p. 38. En el mismo sentido, ver Cejil. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, *op. cit.*

77 Cançado Trindade, A. A. *op. cit.*, p. 46.

fondo y reparaciones a fin de que el trámite (tanto escrito como oral) fuera más ágil y, salvo casos excepcionales, se pudiera emitir una única sentencia en lugar de tres.

Las modificaciones reglamentarias de 2003 fueron en respuesta a cuestiones surgidas a partir de la puesta en práctica del Reglamento de 2000, sobre todo en lo relacionado con los plazos a ser observados por las partes.⁷⁸ Asimismo, se incluyó la figura del *affidavit*; se estableció que la CIDH fungiría como representante en caso de que las víctimas no tuvieran una representación legal; se concedieron algunas facultades a los jueces y al personal de la Secretaría; y se:

[...] abrió la posibilidad para que las medidas provisionales pu[dieran] ser solicitadas directamente a la Corte por las víctimas, sus familiares o representantes, cuando dichas medidas est[uviera]n relacionadas con casos que ya se enc[ontraban] bajo el conocimiento de la Corte. Previo a esta reforma, la solicitud de adopción de medidas provisionales debía ser hecha en todos los casos por la Comisión.⁷⁹

Las reformas de enero de 2009 tuvieron como fin avanzar en la adopción de mayor terminología, incluir nuevas figuras (como el defensor público interamericano y el orden jurídico interamericano); y reglamentar tanto prácticas añejas (v.g. la presentación de escritos de *amicus curiae*,⁸⁰ y el objeto de las pruebas rendidas en audiencia pública), como otras más actuales (p. e. las sesiones fuera de sede, publicidad de las audiencias y supervisión de fallos). Asimismo, se eliminó el término ‘familiar’ con el que se denominaba a las víctimas en distintas disposiciones; se igualaron los plazos con que cuentan el Estado y las víctimas para presentar documentos iniciales (dos meses, respectivamente); y se restringió la oportunidad procesal para objetar testigos o peritos. Se reconoció la importancia de que las víctimas sean protegidas (no solo los declarantes); se facultó a la Secretaría de la Corte IDH para realizar diligencias *motu proprio*; se restringió la figura del juez *ad hoc* para denuncias interestatales; y se amplió la facultad de la Corte IDH en relación con otras figuras, como las medidas provisionales. Asimismo, una de las reformas más trascendentales fue la disminución del rol de la CIDH en el procedimiento contencioso ante la Corte IDH.

Finalmente, las reformas de noviembre de 2009 se centraron en el rol de la CIDH; la limitación de un máximo de tres representantes comunes y la valoración de plazos diversos cuando estos existan; la regulación del uso de medios electrónicos; las pruebas; el escrito inicial de las víctimas; la sistematización de diversas prácticas procesales; la ampliación de la protección de los y las representantes; la regulación del sometimiento de denuncias interestatales; y la rectificación de las sentencias.⁸¹

A la luz del Reglamento, existe una normativa que ha sido utilizada en distintos casos: el fondo de prueba, el cual será tratado en la siguiente sección.

78 Algunos de esos plazos se ampliaron e hicieron improrrogables (v.g. la presentación del escrito original de las víctimas y la contestación del Estado demandado), mientras que otros se reglamentaron (como la presentación de anexos).

79 Cejil. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, op. cit., p. 130.

80 Generalmente, la Corte IDH empleaba el artículo relacionado con “otros actos del procedimiento escrito” para dar cabida a la presentación de *amici*. Como había sido explicado en su momento, “[l]a Corte recibe escritos de *amicus curiae* de manera regular, aunque no existe una disposición específica que regule su presentación”. Cfr. Sepúlveda, M. et al. *Universal and Regional Human Rights Protection. Cases and Commentaries*. University for Peace, San José, 2004, p. 21. No obstante ello, hoy en día, la Corte IDH no solo ha regulado la presentación de los mismos en una disposición concreta de su Reglamento (artículo 44), y distinguirlo de la posibilidad de que se puedan llevar a cabo otros actos del procedimiento escrito (artículo 43), sino que por vez primera tal normativa incluye una definición de la figura al describirla como “la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”. Cfr. art. 2, “definiciones”.

81 Ver Corte IDH. Exposición de motivos de la reforma reglamentaria, op. cit.

Notas aclaratorias para el lector

El comentario al Capítulo VIII de la CADH (Disposiciones Comunes de la Corte IDH) está dividido en dos secciones. En la primera sección se analizan los artículos 52 a 60, y en la segunda sección los artículos 61 a 62 y 64 a 69.

Para un mejor análisis, este comentario difiere de la estructura seguida en los otros textos que integran la obra, por lo que al inicio de cada una de las secciones el lector encontrará la bibliografía y el contenido, mientras que las disposiciones de los artículos de la CADH que se analizan en cada sección, se encontrarán transcritas a lo largo del comentario.

El artículo 63 de la CADH (reparaciones y medidas provisionales) se analiza en un texto independiente, el cual se encuentra al final del comentario al artículo 69.

Sección 2. Competencia y funciones

Bibliografía

Normas relevantes

Reglamento de la Corte IDH de 2009. Aprobado por la Corte IDH en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. En adelante: Reglamento de la Corte IDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 2. En adelante: Corte IDH. *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 3. En adelante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 8. En adelante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C n.º 46. En adelante: Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de RC. Resolución. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 47. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de F. Resolución. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 54. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. En adelante: Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.
- Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 80. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.
- Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 81. En adelante: Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.
- Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 82. En adelante: Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.
- Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.
- Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C n.º 106. En adelante: Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. F. 2004.
- Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C n.º 118. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. EP. 2004.
- Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.
- Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C n.º 131. En adelante: Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C n.º 142. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C n.º 143. En adelante: Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C n.º 156. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 157. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177. En adelante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C n.º 224. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C n.º 225. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C n.º 255. En adelante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272. En adelante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C n.º 303. En adelante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015.

Opiniones consultivas

Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte. 1982.

Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983.

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A n.º 7. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986.

Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987.

Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991. Serie A n.º 12. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-12/91. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1991.

Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-15/97. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 1997.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A n.º 19. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-19/05. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 2005.

Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A n.º 20. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 2009.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

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

Resoluciones, decisiones y otros documentos

Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Resolución. 1981.

Corte IDH. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Costa Rica. Resolución de 10 de mayo de 2005.

Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Resolución de 29 de junio de 2005.

Corte IDH. Exposición de motivos de la reforma reglamentaria. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/06/25).

Corte IDH. *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del fondo de asistencia legal de víctimas*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/regla_victimas/victimas_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/08/30).

Corte IDH. Comunicado de prensa Corte IDH_CP-16/11, de 21 de noviembre de 2011. Apartado 2: Audiencia pública sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, literal a (“a. Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek”). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_16_11_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/08/05).

Corte IDH. Comunicado de prensa Corte IDH_CP-01/12, de 20 de febrero de 2012. Apartado 3: Audiencias privadas sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, literal b “[a]tención médica y psicológica en nueve casos colombianos (Colombia)”, p. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_12.pdf (fecha de último acceso: 2017/07/15).

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 23 de noviembre de 2012.

Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia en 11 casos contra Guatemala respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Resolución de 21 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/11_Casos_21_08_14.pdf (fecha de último acceso: 2017/08/05).

Corte IDH. Informe Anual 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/> (fecha de último acceso: 2017/08/07).

Corte IDH. Rechazo de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución de 23 de junio de 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Comunicado de prensa n.º 117/12. *CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 12 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp> (fecha de último acceso: 2017/06/16).

CIDH. Comunicado de prensa n.º 083/17. *CIDH y Corte IDH agradecen a la Asamblea General decisión sobre incremento presupuestario*. 22 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/083.asp> (fecha de último acceso: 2017/07/01).

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Asamblea General, Observaciones y recomendaciones al informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución AG/Res. 2759 (XIII-O/12), 2012.

OEA. Comunicado de prensa C-307/12. *Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela*. 10 de septiembre de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12 (fecha de último acceso: 2017/06/16).

Referencias académicas

BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011.

CANÇADO TRINDADE, A. A. “The Operation of the Court, 1979-1996”, en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998.

CANÇADO TRINDADE, A. A. “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en: *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memorias del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. 2ª ed. Tomo I. San José, 1999. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/30).

CANÇADO TRINDADE, A. A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACNUR, San José, 2003.

Corte IDH, TEDH, Consejo de Europa. *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Wolf Legal Publishers, 3a. ed. Países Bajos, 2015. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_Across_Atlantic_SPA.pdf (fecha de último acceso: 2017/07/30).

DULITZKY, A. “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later”, en *Protecting Human Rights in the Americas: the Inter-American institutions at 60*, Quebec Journal of Int’l Law, 2011.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. IIDH, 2004. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (fecha de último acceso: 2017/07/20).

GAVIRIA, C. et al. *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. I y II, San José, 1998. Volumen I disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/07), Volumen II disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber2.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/07).

MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2007. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142609/Sistema-Interamericano-de-derechos-humanos.pdf?sequence=5> (fecha de último acceso: 2017/07/10).

PACHECO GÓMEZ, M. “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. Memoria del Seminario, Tomo I, 1999.

VIVANCO, J. M. y BHANSALI, L. L. “Procedural shortcomings”, en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. (eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998.

Otras referencias no académicas

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *La urgente necesidad de crear un fondo de asistencia jurídica para la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano*. Documento de coyuntura n.º 4, 2007. Disponible en: <https://cejil.org/es/documento-coyuntura-no-4-urgente-necesidad-crear-fondo-asistencia-juridica-promocion-y-proteccion> (fecha de último acceso: 2017/08/18).

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Cejil, 2012. Disponible en: <https://www.cejil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (fecha de último acceso: 2017/08/18).

Contenido

1. Presupuestos procesales para activar la jurisdicción de la Corte IDH (artículo 61 de la CADH)	990
1.1. Procedimiento previo ante la CIDH	990
1.2. Falta de legitimación procesal activa de las víctimas	992
2. Función y procedimiento contenciosos (artículos 62, 66 y 67 de la CADH)	993
2.1. Prerrogativa en la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH	993
2.2. Competencia	994
2.3. Procedimiento	998
2.4. Algunos cambios a partir de las reformas reglamentarias de 2009	1005
2.5. Fondo de Asistencia Legal del SIDH	1006
2.6. Los idiomas de trabajo de la Corte IDH	1007
3. Función consultiva (artículo 64 de la CADH)	1008
3.1. Amplitud de la función consultiva de la Corte IDH	1009
3.2. Legitimación para solicitar la consulta y alcance del control de convencionalidad	1010
3.3. Procedimiento	1011
4. Relación entre la Corte IDH y la Asamblea General de la OEA (artículo 65 de la CADH)	1013
5. Cumplimiento y notificación de los fallos de la Corte IDH (artículos 68 y 69 de la CADH)	1015
5.1. El proceso de supervisión de sentencias	1015
5.2. Una medida innovadora de supervisión de sentencias	1017

1. Presupuestos procesales para activar la jurisdicción de la Corte IDH (artículo 61 de la CADH)

Sección 2. Competencia y funciones

Artículo 61

1. Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

1.1. Procedimiento previo ante la CIDH

A diferencia de la normativa africana,¹ y de lo sucedido en Europa con la entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH (y en atención a otras reformas que se implementaron con posterioridad),² la

1 De acuerdo con el artículo 5.3. del Protocolo Adicional a la Carta de Banjul, relativo al establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Acceso a la Corte”), la Corte Africana puede legitimar tanto a ONG “relevantes” con estatus de observadoras, como a individuos, para instruir casos ante ese órgano.

2 Como es sabido, a partir de esta importante reforma convencional, desapareció la Comisión Europea de Derechos Hu-

CADH ha mantenido intacta la legitimación para someter casos a la jurisdicción de la Corte IDH, la cual corresponde únicamente a la CIDH y a los Estados partes de la CADH, de conformidad con el artículo 61 y, especialmente, el 62 de la CADH.

El primer asunto que la Corte IDH conoció luego de su instalación a principios de la década de los 80, derivó de un sometimiento *motu proprio* que hizo Costa Rica. En su demanda, el Estado manifestó a la Corte IDH la decisión de someter a su conocimiento el caso de la muerte en prisión de la ciudadana costarricense Viviana Gallardo, así como el de las lesiones de sus compañeras de celda, causadas por un miembro de la Guardia Civil de Costa Rica, encargado de su vigilancia, en la Primera Comisaría de la Institución.

El Gobierno invocó el artículo 62.3. de la CADH,³ y solicitó que la Corte IDH decidiera si esos hechos constituían una violación, por parte de las autoridades nacionales de Costa Rica, de los derechos humanos consagrados en los artículos 4 y 5 de la CADH, o de cualquier otro derecho contemplado en el tratado.⁴

La Corte IDH, sin embargo, desechó la solicitud y se pronunció sobre la renuncia expresa de Costa Rica para someterse al procedimiento previo ante la CIDH. Al retomar las funciones que tiene la CIDH en el proceso contencioso –además de su rol investigativo y conciliatorio–, la Corte IDH resaltó que:

[la CIDH era] el órgano competente para recibir denuncias individuales, es decir, ante el cual p[odía]n concurrir directamente para presentar sus quejas y denuncias, las víctimas de violaciones de derechos humanos y las otras personas señaladas en el artículo 44 de la Convención. [De acuerdo a la Corte IDH,] [l]a C[ADH] se distingu[ía] entre los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando hac[ía] posible la facultad de petición individual contra un Estado Parte tan pronto como este ratifi[car]a la Convención, sin que se requir[iera] para tal efecto declaración especial alguna, la que en cambio sí se exig[ía] para el caso de las denuncias entre Estados.

Por lo anterior, la Corte IDH arribó a la conclusión que:

[...] la Comisión e[ra] el canal a través del cual la Convención otorga[ba] al individuo el derecho de dar por sí solo el impulso inicial necesario para que se p[usiera] en marcha el sistema internacional de protección de los derechos humanos. En el orden estrictamente procesal, deb[ía] recordarse que, mientras los individuos no p[odía]n proponer casos ante la Corte, los Estados no p[odía]n introducirlos ante la Comisión, sino cuando se h[ubiere]n reunido las condiciones del artículo 45 de la Convención. Esta circunstancia agrega[ba] otro elemento de interés institucional en conservar íntegra la posibilidad de activar la Comisión a través de denuncias individuales.⁵

manos y se reorganizó el actuar del TEDH para recibir de manera directa, y conforme los requisitos pre-establecidos, cualquier demanda contra un Estado por la violación a uno o varios derechos contenidos en la CEDH o alguno de sus protocolos que amplían el catálogo de derechos protegidos.

3 Este artículo establece lo siguiente: “[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

4 Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Resolución. 1981, párr. 1.

5 Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Resolución. 1981, párrs. 22 y 23. De igual manera, la Corte IDH analizó la renuncia expresa que el Estado hizo en relación con el requisito previo de agotamiento de recursos internos establecido en el artículo 46.1. de la CADH y, con base en ello, resolvió lo siguiente: “1. *[d]ecide*, unánimemente, no admitir la demanda introducida por el Gobierno de Costa Rica para el examen del caso de Viviana Gallardo y otras. 2. *Decide*, unánimemente, aceptar y tramitar la solicitud subsidiaria del Gobierno de Costa Rica para remitir el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 3. *Decide*, unánimemente, retener la petición del Gobierno de Costa Rica en su lista de asuntos pendientes en espera del trámite ante la Comisión”. *Ibidem*, puntos resolutivos. Resaltado en el original.

Más recientemente, en el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile* del 2014, la Corte IDH reiteró este criterio en los siguientes términos:

Si bien es cierto que los procedimientos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos no pueden ser de un formalismo rígido pues su principal y determinante cuidado es la debida y completa protección de esos derechos [...], también es cierto que determinados aspectos procedimentales permiten preservar las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados [...]. Por lo tanto, no es posible prescindir del procedimiento ante la Comisión contemplado en los artículos 48 a 50 de la Convención, toda vez que cumple determinadas funciones que van en beneficio tanto de los peticionarios individuales como de los Estados [...].⁶

1.2. Falta de legitimación procesal activa de las víctimas

En otro orden de ideas es importante abordar –aunque de manera somera– el tema sobre la falta de legitimación procesal activa de las víctimas en los procedimientos ante la Corte IDH. Tal y como se estableció al principio de esta sección, esta cláusula no modificada ha recibido diversas críticas que reivindican el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos de poder presentar sus reclamos directamente ante la Corte IDH (*jus standi in judicio*), más allá de ser parte en el proceso contencioso una vez que el caso ha sido sometido a la Corte IDH (*locus standi in judicio*).

El debate sobre la legitimación procesal activa del artículo 61 de la CADH significó que, en su momento, se designara a un juez de la Corte IDH para hacer propuestas concretas a fin de avanzar en un decisivo y pleno reconocimiento de las víctimas como sujetos de derecho (sustantivo y procesal), con iguales derechos. Esa falta de reconocimiento –aún pendiente en el ámbito interamericano– no solo genera una falta de debido proceso y equidad procesal,⁷ sino que podría revelar una incongruencia estructural en tanto que las víctimas, portadoras de derechos sustantivos garantizados por la CADH y otros tratados interamericanos, no cuentan con los derechos procesales para hacerlos exigibles ante la Corte IDH.⁸

Evidentemente, lo anterior no desconoce las distintas discusiones y problemáticas que se han generado en el sistema europeo de derechos humanos, con la puesta en práctica de las reformas convencionales que dieron a las víctimas acceso directo al TEDH, y que ha traído un incremento significativo en los asuntos ante esa instancia judicial, en detrimento de una justicia pronta y expedita. No obstante ello, el rezago procesal generado a partir de tal modificación, no puede ser el único argumento que redunde en un perjuicio de las víctimas que buscaron justicia en sus respectivos países y que acuden de manera subsidiaria a los órganos de protección internacionales. En cualquier caso, las modificaciones que se pretendan al *jus standi in judicio* regulado en el artículo 61 de la CADH deberán hacer un cuidadoso estudio tomando en cuenta la experiencia europea, por un lado, y las demandas de acceso a la justicia interamericana de las víctimas en nuestro hemisferio, por otro lado.

En conclusión, a partir de los primeros asuntos sometidos ante la Corte IDH y de casos más recientes, la Corte IDH simplemente ha retomado el contenido del artículo 61.2. de la CADH, aclarando que cualquier asunto que deba ser conocido por la Corte IDH en vía contenciosa, deberá haber pasado el filtro previo y el procedimiento de la CIDH.

6 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 36.

7 Cfr. Vivanco, J. M. y Bhansali, L. L. “Procedural shortcomings”, en Harris, D. y Livingstone, S. (eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 424, 435 y 436.

8 Se ha argumentado que “[...] al reconocimiento de derechos debe corresponder la capacidad de vindicarlos, [...] por cuanto es de la propia esencia de la protección internacional del contradictorio entre las presuntas víctimas o sus familiares, o sus representantes legales, y los Estados demandados”. Y también se ha hecho énfasis en que esa modificación atendería a un “imperativo de justicia” en tanto que “[e]n el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud el día en que pueda ser ejercido por los peticionarios directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Cançado Trindade, A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACNUR, San José, 2003, pp. 20, 93 y 95.

2. Función y procedimiento contenciosos (artículos 62, 66 y 67 de la CADH)

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

[...]

Sección 3. Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.
2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

2.1. Prerrogativa en la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH

Se ha sostenido que la prerrogativa establecida por el artículo 62.1. de la CADH “constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el [mismo] artículo [...] de la Convención Americana”.⁹ Hasta diciembre de 2011, de los 35 Estados miembros de la OEA, 24 habían ratificado la CADH y 21 habían aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.¹⁰

9 Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2005, voto disidente del juez A. Cançado Trindade, párr. 8.

10 Para mayor información sobre el estado de las firmas y ratificaciones de la CADH, así como el número de paí-

2.2. Competencia

La competencia de la Corte IDH ha sido un tema ampliamente analizado en diversas publicaciones,¹¹ y en la propia práctica del órgano judicial. No obstante, la Corte IDH tiene el deber de verificar oficiosamente, es decir, con independencia de que haya algún alegato al respecto, si es o no competente para resolver la controversia que se le somete. En tal sentido, la jurisprudencia pacífica de la Corte IDH ha retomado la regla de la “competencia de la competencia” (*compétence de la compétence* o *Kompetenz-Kompetenz*).¹²

Este principio se encuentra bien establecido en el derecho internacional, y se refiere a la facultad inherente de todo tribunal internacional para pronunciarse sobre su propia competencia.¹³

2.2.1. Competencia *ratione temporis*, *personae*, *materiae* y *loci*

La Corte IDH debe determinar si es competente para conocer del asunto de conformidad con los siguientes supuestos: 1. en razón del momento en que sucedieron las presuntas violaciones de derechos humanos y la aceptación de la competencia de la Corte IDH por parte del Estado demandado (*ratione temporis*); 2. en razón de las partes que intervienen en el procedimiento (*ratione personae*), (iii) en razón de la materia objeto de la controversia (*ratione materiae*), y (iv) en razón del lugar de los hechos (*ratione loci*). Generalmente, el Estado es quien presenta objeciones a la competencia de la Corte IDH bajo estos tres supuestos en la forma de excepciones preliminares.

La competencia *ratione temporis* es, probablemente, la que más atención ha tenido por parte de la Corte IDH. Esta competencia está delimitada por el momento en que el Estado haya aceptado la competencia de la Corte IDH para conocer del asunto, “ya sea mediante una declaración especial o

ses que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consultar el siguiente link: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (fecha de último acceso: 2017/07/01). Asimismo, se hace notar que dentro de esos Estados no se incluye a Trinidad y Tobago, el cual denunció ante la Secretaría General de la OEA la CADH el 28 de mayo de 1999. Por otra parte, Venezuela denunció el mismo instrumento convencional el 10 de septiembre de 2012, a este respecto, ver OEA. Comunicado de prensa C-307/12. *Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela*. 10 de septiembre de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12 (fecha de último acceso: 2017/06/16). CIDH. Comunicado de prensa n.º 117/12. *CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 12 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp> (fecha de último acceso: 2017/06/16). En varias ocasiones, algunos Estados han intentado evadir la competencia de la Corte IDH, alegando –infructuosamente– que habían denunciado la CADH y que, por tanto, la Corte IDH no tenía competencia para conocer de los casos que les había sometido la CIDH ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001. Corte IDH. *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001. Corte IDH. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001

- 11 Ver, entre otros, Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. IIDH, 2004, Segunda parte, Capítulo XII, “La competencia contenciosa de la Corte IDH”. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (fecha de último acceso: 2017/07/20). Corte IDH, TEDH, Consejo de Europa. *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Wolf Legal Publishers, 3a. ed. Países Bajos, 2015. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_Across_Atlantic_SPA.pdf (fecha de último acceso: 2017/07/30). Cançado Trindade, A. “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en: *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memorias del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. 2a. ed. Tomo I. San José, 1999. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/30). Gaviria, C. et al. *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. I y II, San José, 1998. Volumen I disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/07), Volumen II disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber2.pdf> (fecha de último acceso: 2017/07/07).

12 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 21.

13 Faúndez Ledesma, H. *op. cit.*, pp. 601-602.

mediante un convenio especial, y mientras la misma permanezca en vigor”.¹⁴ En particular, el análisis de la competencia temporal ha surgido en los casos relacionados con las violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras o conflictos armados en el continente hace varias décadas, mismos que no han sido resueltos al interior de los países y, por tanto, son conocidos años después de que sucedieron por los órganos de protección del SIDH.¹⁵ En estos casos, la Corte IDH ha establecido su competencia *ratione temporis*, en razón, principalmente, del carácter continuo de las violaciones de derechos humanos, principalmente de la desaparición forzada de personas.

La competencia *ratione materiae* “constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar”, lo cual no le impide analizar otras normas e instrumentos que pueden servirle para dar mayor contenido a un derecho protegido por la CADH u otro tratado interamericano sobre el que tenga competencia.¹⁶ Uno de los precedentes más relevantes en el que la Corte IDH estableció su competencia *ratione materiae* para analizar otras normas más allá de la CADH, fue la excepción preliminar presentada por México en el caso *Campo Algodonero*, relacionado con la falta de investigación diligente por el asesinato de varias niñas y mujeres, cuyos cuerpos fueron encontrados en un lugar conocido, precisamente, como “campo algodono”, en Ciudad Juárez.

Al interponer la excepción preliminar correspondiente, México pretendió impedir que la Corte IDH determinara su responsabilidad internacional por las violaciones a diversas disposiciones de la Convención de Belém do Pará. El argumento estatal se basó en la lectura textual del artículo 12 de la Convención de Belém do Pará,¹⁷ alegando que tal disposición no facultaba expresamente a la Corte IDH para conocer de violaciones al tratado (a diferencia de lo que ocurre con la CIDH). De acuerdo con el Estado, la falta de autorización expresa tenía que derivar en la falta de competencia *ratione materiae* de la Corte IDH para pronunciarse sobre este instrumento.

Después de un concienzudo análisis “sobre la base de un argumento de interpretación literal, sistemática y teleológica acerca del artículo 7 de la Convención Belém do Pará, lo cual completó con el criterio de interpretación basado en los trabajos preparatorios de dicho instrumento”,¹⁸ la Corte IDH estableció que, en la formulación prevista por el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará,

[...] no se excluye ninguna disposición de la Convención Americana, por lo que habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de la Convención Belém do Pará “de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la CADH]”, como lo dispone el artículo 41 de la misma C[ADH]. El artículo 51 de la C[ADH] y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, el artículo 19.b. del Estatuto de la C[IDH] establece que entre [sus] atribuciones [...] está la de “comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención”. En suma, [era] claro que el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará conced[ía] competencia a

14 *Idem*.

15 Cabe recordar que la Corte ha conocido de desapariciones forzadas, impunidad relacionada con torturas, ejecuciones extrajudiciales, masacres y otras consecuencias derivadas en países como Guatemala, Bolivia, El Salvador, Panamá, Colombia, Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay.

16 Cançado Trindade, A. “The Operation of the Court, 1979-1996”, en Harris, D. y Livingstone, S. *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press, Oxford. 1998, pp. 135-136.

17 El artículo 12 de la Convención de Belém do Pará dispone que “[e]n el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer”.

18 Medina Quiroga, C. y Nash Rojas, C. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2007, p. 48. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142609/Sistema-Interamericano-de-derechos-humanos.pdf?sequence=5> (fecha de último acceso: 2017/07/10).

la Corte, al no exceptuar de su aplicación ninguna de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales.¹⁹

Por otra parte, respecto a la aplicación de lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Corte IDH se pronunció en el caso *de los “Niños de la Calle”*,²⁰ enfatizando su competencia aun cuando ese tratado internacional no establecía taxativamente la facultad de la Corte IDH para conocer del mismo.

Finalmente, la competencia territorial o *ratione loci* se vincula con la jurisdicción del Estado. Hasta el momento, la Corte IDH no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones de competencia territorial, pero en distintos casos relacionados con personas extranjeras en territorio del Estado demandado,²¹ ha resuelto que, de acuerdo con el artículo 1.1. de la CADH, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

2.2.2. Reconocimiento de responsabilidad internacional por los Estados

En ocasiones, los Estados reconocen su responsabilidad por las presuntas violaciones de derechos humanos señaladas por la CIDH o los representantes de las víctimas. Este reconocimiento puede realizarse en cualquier momento del procedimiento, ya sea durante el trámite ante la CIDH, o durante la etapa escrita u oral del procedimiento contencioso ante la Corte IDH.²²

El reconocimiento de responsabilidad por el Estado puede ser total o parcial, y su alcance será distinto dependiendo de los términos en que se realice. Por tanto –tal y como lo señala la Corte IDH– debe valorarse caso por caso. No obstante, de manera general, una de las consecuencias jurídicas inmediatas de este acto (también conocido como allanamiento precisamente porque el Estado se allana a la o las pretensiones de sus contrapartes) es que otorga plena competencia a la Corte IDH para conocer del caso. Esto quiere decir que cuando la competencia de la Corte IDH –ya sea *ratione temporis*, *materiae*, *personae* o *loci*– es cuestionada por el Estado, el reconocimiento deja sin efecto dicha pretensión y permite a la Corte IDH conocer de la disputa. En palabras de la Corte IDH:

[...] el reconocimiento [de responsabilidad hecho por el Estado] no puede tener por consecuencia limitar, directa o indirectamente, el ejercicio de las facultades de la Corte de conocer el caso que le ha sido sometido [...] y decidir si, al respecto, hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención [...]. Para estos efectos, el Tribunal analiza la situación planteada en cada caso concreto.²³

Asimismo, otras consecuencias de este acto para el procedimiento ante la Corte IDH son las siguientes: 1. el cese de la controversia sobre los hechos que constituyen la base fáctica del proceso; 2. cuando subsiste controversia en algún punto (ya sea sobre algún hecho o sobre la consecuencia jurídica de determinado hecho), la Corte IDH precisará la procedencia y el alcance de las violaciones; y 3. a pesar de que el Estado se allane a las pretensiones de la CIDH y/o de los representantes, la Corte IDH emitirá sentencia y determinará las reparaciones que considere pertinentes, atendiendo al nexo causal entre dichas violaciones y las reparaciones que se ordenarán.

19 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párrs. 40-41.

20 Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. F. 1999.

21 Ver, entre otros, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

22 Sobre los efectos del reconocimiento de responsabilidad internacional por el Estado, respecto a las excepciones preliminares que plantee durante el procedimiento ante la CIDH, ver la sección 3.1.4. “Reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado” del comentario a los artículos 44-47 (competencia de la CIDH) a cargo de Tojo.

23 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 21 (notas al pie omitidas). En el párrafo de esta sentencia, la Corte IDH cita los siguientes casos (notas al pie 12 y 13): Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 105. Corte IDH. *Caso Tiú Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 24.

Por lo general, el allanamiento de buena fe por parte de un Estado es un paso importante para la justicia de cualquier caso,²⁴ tal y como lo ha reconocido reiteradamente la Corte IDH.²⁵ Por su parte, la Corte IDH consultará siempre la opinión a las partes en el proceso y, posteriormente, decidirá si es pertinente pronunciarse sobre el mismo, no solo como una manera de expandir o profundizar su jurisprudencia,²⁶ sino como una forma de sostener en los hechos la determinación constante en el sentido que la sentencia es, *per se*, una forma de reparación para las víctimas y para la sociedad en general.

Así, la Corte IDH hará una revisión de los términos en los que el Estado ha reconocido su responsabilidad, así como de los efectos de dicho reconocimiento en el caso concreto. Esta potestad de la Corte IDH para analizar el allanamiento y emitir sentencia es explicada en los siguientes términos:

De conformidad con los artículos 62 [...] y 64 [...] del reglamento y *en ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, incumbe al Tribunal velar porque los actos de allanamiento resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano. En esta tarea no se limita únicamente a tomar nota del reconocimiento efectuado por*

24 No obstante, en algunas ocasiones, el reconocimiento de responsabilidad internacional ha sido utilizado como una táctica jurídica, para impedir que la Corte IDH se pronuncie sobre hechos o contextos especialmente delicados en un país determinado. Esta situación puede verse, entre otros, en el caso *Molina Theissen vs. Guatemala*, en donde se consigna lo siguiente: “[e]n la audiencia pública de 26 de abril de 2004 los representantes de la víctima y sus familiares manifestaron que apreciaban el reconocimiento del Estado de su responsabilidad sobre los hechos y derechos contenidos en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas sometido por los representantes de la víctima y sus familiares y en la demanda de la Comisión. Aceptaron, asimismo, el retiro de las excepciones preliminares hecho por el Estado. Por otra parte, los representantes indicaron que, en cuanto a las consecuencias del reconocimiento de los hechos y la responsabilidad internacional del Estado, la reparación de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen y las violaciones perpetradas contra su familia requieren del establecimiento de la verdad. Al respecto, los representantes solicitaron que la Corte emita una sentencia que establezca las causas y consecuencias de la desaparición de Marco Antonio Molina Theissen, el *modus operandi* del Estado respecto ‘a la desaparición de niños’, los actores institucionales involucrados en los hechos, y las acciones y omisiones del Estado violatorias de su responsabilidad internacional. Todo ello, al considerar que la propia sentencia de la Corte juega un papel fundamental en la restauración de los derechos de las víctimas”. Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. F. 2004, párr. 39. Asimismo, en el caso de la “*Masacre de Mampiripán*” vs. *Colombia*, la Corte IDH señaló: “[p]osteriormente, a pesar de los términos en que [el Estado] formuló dicho reconocimiento, en sus alegatos finales orales y escritos el Estado hizo una serie de manifestaciones sobre la responsabilidad estatal por los hechos del presente caso, en el sentido de que no cabe declarar esta por actos que no sean directamente atribuibles a agentes del Estado, lo cual puede poner en entredicho el verdadero contenido de su reconocimiento parcial de responsabilidad. En razón de ello, en uso de la facultad recogida en el artículo 55 de su reglamento, la Corte determinará el alcance y los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, una vez aclarado el contenido de la responsabilidad estatal en el marco de la Convención Americana. Es por ello que la Corte considera pertinente abrir un capítulo acerca de los hechos del presente caso, que abarque tanto los hechos reconocidos por el Estado al allanarse como los que resulten probados del conjunto de elementos que obran en el expediente”. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 68.

25 En el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, la Corte IDH “valor[ó] positivamente la voluntad del Estado al manifestar un amplio reconocimiento de responsabilidad internacional, por su trascendencia en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el cual represent[ó] para la Corte una admisión de los hechos contenidos en el marco fáctico de la demanda de la Comisión [...] y un allanamiento total a las pretensiones de derecho planteadas tanto en la demanda de la Comisión como en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes en cuanto al fondo de este asunto. Asimismo, resalt[ó] el pedido de perdón realizado en la audiencia pública a Gregoria Herminia Contreras, sus hermanos y familiares, el cual hizo extensivo a las demás víctimas del presente caso y sus familiares, y el compromiso manifestado por el Estado relativo a impulsar las medidas de reparación necesarias en permanente diálogo con los representantes y bajo los criterios que t[uviera] a bien la Corte establecer. Todas estas acciones constituyeron una contribución positiva al desarrollo de[l] proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención [...] y, en parte, a la satisfacción de las necesidades de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos [...]”. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 26.

26 En el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, así lo estimó la Corte IDH: “[...] en virtud de las exigencias de justicia que giran en torno a[l] caso, la Corte estima necesario entrar a analizar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por la actuación de la defensa pública en materia penal, planteamiento que no ha sido abordado previamente en la jurisprudencia de este Tribunal. Estos desarrollos contribuirán a fijar criterios jurisprudenciales para guiar la actuación de los Estados y a la correspondiente tutela de derechos humanos de las víctimas de este caso”. Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 34.

*el Estado, o a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes [...], de manera tal que pueda precisar, en cuanto sea posible y en el ejercicio de su competencia, la verdad de lo acontecido [...].*²⁷

En virtud de las atribuciones que incumben a este Tribunal como órgano internacional de protección de los derechos humanos y en atención a las particularidades de los hechos [del] caso [bajo análisis] y de las violaciones reconocidas por el Estado, la Corte, además de considerar que, conforme lo mandatan los artículos 62.3., 63.1. y 66 de la Convención, es su obligación dictar sentencia en los casos que le son sometidos, estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos ocurridos, toda vez que ello contribuye a la reparación de [las víctimas], a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos.²⁸

2.3. Procedimiento²⁹

La Corte IDH ha explicado el objetivo de su función contenciosa de la siguiente manera:

[...] cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción para que se determine si el Estado es responsable por violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana u otros instrumentos aplicables, su función jurisdiccional se centra en analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables; determinar si las personas que han solicitado la intervención de las instancias del Sistema Interamericano son víctimas de las violaciones alegadas; establecer la responsabilidad internacional, en su caso; determinar si el Estado debe adoptar medidas de reparación; y, supervisar el cumplimiento de sus decisiones [...].³⁰

2.3.1. Activación de la función contenciosa de la Corte IDH

La función contenciosa de la Corte IDH se activa a partir de que la CIDH presenta el “escrito de sometimiento del caso”,³¹ y tiene dos etapas: escrita y oral.³² El procedimiento se encuentra definido

27 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 21 (énfasis agregado). En el párrafo de esta sentencia, la Corte IDH cita los siguientes casos (notas al pie 10 y 11): Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 24. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 49. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 17. El artículo 62 del Reglamento de la Corte IDH dispone lo siguiente: “Reconocimiento. Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos”. El artículo 64 del Reglamento de la Corte IDH establece lo siguiente: “Prosecución del examen del caso. La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes”.

28 Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. FRC. 2015, párr. 34.

29 El presente apartado no pretende hacer un análisis minucioso sobre el procedimiento contencioso ante la Corte IDH, sino más bien una narración del mismo de acuerdo con el reglamento vigente de la Corte IDH. Existen múltiples publicaciones que analizan en detalle el procedimiento contencioso, algunas de las cuales han sido citadas en este texto, y cuya consulta se recomienda en caso de que se desee hacer un análisis a mayor detalle.

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 2009, párr. 57.

31 Como se ha mencionado previamente, las últimas reformas reglamentarias han disminuido el rol de la CIDH. En la actualidad, la CIDH no presenta demandas de los casos, sino que envía una nota de sometimiento en la que adjunta el “informe artículo 50”, así como copia de su expediente, las pruebas que recibió, información relacionada con la representación y las notificaciones, entre otros requisitos. Asimismo, solo podrá presentar peritos “cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos”, término al cual se le debe dar la mayor precisión posible. (Cfr. Artículo 35 del Reglamento de la Corte IDH, relativo al “sometimiento del caso por parte de la CIDH”).

32 La deliberación también puede considerarse como una tercera etapa dentro del proceso contencioso. Ver Cejil. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Inter-*

en su reglamento,³³ pero se puede simplificar de la siguiente manera: una vez que la CIDH presenta su “informe artículo 50”,³⁴ y los anexos al mismo, la Secretaría de la Corte IDH revisa la documentación antes de transmitirla a las otras partes en el proceso.³⁵

Posteriormente, la Secretaría hará la notificación pertinente a: los integrantes de la Corte IDH, al Estado demandado, a la CIDH (en caso de que haya sido este órgano quien someta el caso), y a la representación de la víctima o el defensor interamericano.³⁶ Para cumplir con este trámite de manera más regular, la Corte IDH acude a los medios electrónicos,³⁷ en vez del correo postal o *courier*.

Una vez recibida toda la documentación relativa al caso, la representación de las víctimas contará con un plazo improrrogable de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.³⁸ Es a partir de este momento que se formaliza el *locus standi in iudicio*.³⁹

Por su parte, el Estado contará con un plazo improrrogable de dos meses para contestar tanto al escrito de la CIDH como al de solicitudes, argumentos y pruebas (art. 41 del reglamento). La contestación

mericano. 2ª ed., Cejil, 2012, p. 97. Disponible en: <https://www.cejil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (fecha de último acceso: 2017/08/18).

33 Ver capítulos II al VII del reglamento.

34 Para mayor información sobre el informe de fondo emitido de conformidad con el artículo 50 de la CADH, ver la sección “3. Procedimiento de fondo” de los comentarios a los artículos 48-51 sobre el procedimiento ante la CIDH, a cargo de Tojo.

35 El artículo 38 del Reglamento de la Corte IDH, titulado “examen preliminar del sometimiento del caso”, establece que “[s]i en el examen preliminar del sometimiento del caso la Presidencia observare que algún requisito fundamental no ha sido cumplido, solicitará que se subsane dentro de un plazo de 20 días”.

36 Cfr. Artículo 39 del Reglamento de la Corte IDH, titulado “notificación del caso”. Adicionalmente a ese documento, la CIDH tiene que remitir una serie de información y documentales que se encuentran señaladas en el artículo 35 del Reglamento de la Corte IDH.

37 El artículo 33 del Reglamento de la Corte IDH la faculta para “transmitir por medios electrónicos, con las garantías adecuadas de seguridad, los escritos, anexos, resoluciones, sentencias, opiniones consultivas y demás comunicaciones que le hayan sido presentadas”.

38 Cfr. artículo 40 del Reglamento de la Corte IDH, titulado “escrito de solicitudes, argumentos y pruebas”. El párrafo segundo enuncia los requisitos de tal documento.

39 Cfr. artículo 25 del Reglamento de la Corte IDH, titulado “participación de las presuntas víctimas o sus representantes”. El concepto de “presunta víctima” fue incorporado a partir del cuarto reglamento de la Corte IDH del año 2000. No obstante, el reglamento de 1996 contenía el término de “víctima” (ambas disposiciones –así como los posteriores reglamentos– tienen una definición idéntica: “la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención”). El Reglamento de la Corte IDH incluye ambos conceptos, víctima y presunta víctima, dando el título a la primera cuando sus “derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte.” (Cfr. art. 2, “definiciones”). En la actualidad, esa distinción se puede ver en el texto de las sentencias, en donde la primera parte hace referencia a las “presuntas víctimas”, y solo existe un cambio a partir de que la Corte IDH analizara las violaciones a derechos humanos alegadas en un caso. La razón por la cual la Corte IDH ha incluido la presunción tiene que ver con una apariencia de imparcialidad y de abstención, al evitar emitir un pronunciamiento *a priori* de responsabilidad internacional del Estado, ya que una víctima solo podría serlo a partir del reconocimiento expreso de la violación de derechos humanos. No obstante, a manera de reflexión, es importante valorar la pertinencia de emplear otro término. Desde la perspectiva de quienes hemos tenido la responsabilidad y el privilegio de representar a diversas personas y colectivos frente a la Corte IDH, entendemos que ellas han tenido una vulneración a sus derechos, pero ese reconocimiento no puede ser encasillado al reconocimiento de la Corte IDH, lo cual indudablemente es importante, pero no debe ser el único. Muchas de esas personas esperan décadas para tener una sentencia en la instancia interamericana (que, como ha sido reconocido de manera constante y pacífica, es una forma de reparación *per se*); pero piénsese en el caso en que la Corte IDH no las considere como víctimas en su sentencia (ya sea por cuestiones de competencia, porque las personas no hayan sido incluidas en el “informe artículo 50”, por valorar que no se encuentra establecida la responsabilidad internacional del Estado demandado, o por otras razones). A lo anterior se suman otras críticas al término mismo. Por ejemplo, desde la perspectiva psicosocial, ha habido una serie de críticas al término “víctima”, en tanto que muchas de ellas son sobrevivientes de violaciones de derechos humanos que han tenido la enorme fortaleza de seguir adelante con sus vidas, reivindicando sus derechos o los de otras personas. En este tipo de situaciones, “la forma es fondo”, y las personas que demandan el abuso de poder de un Estado necesitan un reconocimiento digno, el cual no solo se debe prestar durante la audiencia pública u otra etapa concreta, sino en el término mismo con que se les designa dentro del proceso. Una alternativa puede ser llamarles ‘demandantes’, diferenciándoles de sus asesores legales que serán los ‘representantes’.

del Estado constituye la única oportunidad procesal para presentar excepciones preliminares,⁴⁰ (art. 42 del reglamento), práctica muy usada en el trámite contencioso interamericano.⁴¹ A su vez, tanto la CIDH como las presuntas víctimas tienen la posibilidad de referirse por escrito, para lo cual contarán con 30 días.

Es importante señalar que existe una excepción al plazo de dos meses para las partes y esto es cuando se trata de diversos intervinientes comunes.⁴² El actual Reglamento de la Corte IDH ha restringido hasta un número de tres a los intervinientes comunes en virtud de la experiencia que ha tenido a partir de algunos casos en donde la gran cantidad de intervinientes se convertía en una complicación para el adecuado desarrollo del proceso contencioso interamericano.

Una vez recibidas las respuestas de las partes, la Corte IDH les solicitará la lista definitiva de declarantes y la confirmación de quiénes podrán rendir testimonio por declaración jurada (*affidavit*); asimismo, solicitará aclaración sobre quiénes deberán hacerlo en audiencia, o del desistimiento de la evacuación de alguna prueba. Cuando la Corte IDH recibe esta información y es trasladada a las partes, estas podrán presentar las objeciones a testigos o recusaciones de peritos, pero, en definitiva, es la resolución del presidente de la Corte IDH la que determina quiénes comparecerán en audiencia pública.⁴³ Tal instrumento, junto con la comunicación de la Secretaría de la Corte IDH que transmite la resolución, también contendrá los plazos para que las partes presenten la prueba escrita y fijará las reglas para la audiencia, previendo la fecha y hora de la misma, así como los tiempos previstos dentro de la misma (entre otros, para la emisión de los peritajes orales y los testimonios y para la entrega de los alegatos escritos).⁴⁴

De acuerdo con las disposiciones de su reglamento, la Corte IDH tiene la facultad de realizar u ordenar diligencias probatorias de oficio (art. 58), así como de pronunciarse en casos de desistimiento del caso (art. 61), de allanamientos o reconocimientos de responsabilidad internacional –a los que se ha hecho mención en la sección anterior– (art. 62), y de solución amistosa (art. 63). De igual manera, el reglamento prevé que “[l]a Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes” (art. 64).

Posteriormente, y en caso de que no existan más actos dentro del procedimiento escrito, la Corte IDH convocará a una audiencia pública, en la cual escuchará de manera excepcional a peritos y testigos de las partes (en tanto la mayor cantidad de la prueba fue previamente producida de manera escrita a través de *affidavits* o declaraciones juradas). Si bien la audiencia es pública, las deliberaciones son privadas.⁴⁵ En este sentido, es importante señalar de nueva cuenta el acotamiento del rol de la CIDH en el litigio

40 De manera general, se podría decir que desde los primeros casos contenciosos, los Estados han presentado una serie de excepciones preliminares, de las cuales las más asiduas son aquellas que buscan limitar o impedir la competencia de la Corte IDH, así como la falta de agotamiento de recursos internos y la cuarta instancia.

41 Sobre el momento procesal oportuno para presentar esta objeción preliminar, ver la sección “3.1. Regla general del previo agotamiento de los recursos internos y sus excepciones” de los comentarios a los artículos 44-47 sobre la competencia de la CIDH, a cargo de Tojo.

42 El segundo párrafo del artículo 25 del Reglamento de la Corte IDH establece lo siguiente: “[d]e existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes, deberán designar un interviniente común, quien será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. De no haber acuerdo en la designación de un interviniente común en un caso, la Corte o su Presidencia podrá, de considerarlo pertinente, otorgar plazo a las partes para la designación de un máximo de tres representantes que actúen como intervinientes comunes. En esta última circunstancia, los plazos para la contestación del Estado demandado, así como los plazos de participación del Estado demandado, de las presuntas víctimas o sus representantes y, en su caso, del Estado demandante en las audiencias públicas, serán determinados por la Presidencia”.

43 Cabe mencionar que en el trámite diario juegan un rol importante las resoluciones del presidente de la Corte IDH, así como las comunicaciones de la Secretaría de la Corte IDH, las cuales establecen distintos criterios de procedimiento y práctica que son fundamentales en el litigio interamericano.

44 Cfr: artículos 45-52 del Reglamento de la Corte IDH.

45 Cfr: artículos 15 y 16 del Reglamento de la Corte IDH.

del caso, ya que su participación en las audiencias se restringe a lo que determine la Corte IDH, como lo prevé el artículo 52.3. del Reglamento de la Corte IDH:

[l]a Comisión podrá interrogar a los peritos que propuso conforme al artículo 35.1.f del [...] reglamento, y a los de las presuntas víctimas, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante, si la Corte lo autoriza a solicitud fundada de la Comisión, cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje ofrecido por la Comisión.

En relación con la presentación de *amici curiae*, el Reglamento de la Corte IDH establece un plazo perentorio para su presentación, siendo quince días posteriores a la celebración de la audiencia pública.⁴⁶ Si bien es cierto que la presentación de los *amici curiae* es una práctica empleada desde hace mucho tiempo, es justo señalar que estos escritos cada vez tienen una mayor atención por parte de los Estados demandados en un litigio determinado.

Por su parte, la Corte IDH ha desechado estos escritos cuando son presentados por quienes tienen un interés directo con el litigio del caso, o bien, ha declarado su admisión cuando lo considera procedente. En relación con el primer supuesto, en el caso *Pacheco Tineo*, la Corte IDH desechó un escrito de *amicus curiae* explicando que “en ningún caso un escrito de *amicus curiae* podría ser valorado como un elemento probatorio propiamente dicho” y, al haber tomado nota del reconocimiento de que una de las firmantes del documento “estaba vinculada con una organización que tuvo participación en los hechos del [...] caso, por lo cual [...], no e[ra] una persona totalmente ajena al litigio y al proceso, por lo que dicho escrito no [fue] considerado”.⁴⁷

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre la improcedencia de solicitudes de desechamiento de *amici* señaladas por los Estados:

[...] La Corte hace notar que de acuerdo con el artículo 2.3. del reglamento, quien presenta un *amicus* es una persona o institución ajena al litigio y proceso que se sigue ante la Corte, con la finalidad de presentar razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formular consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso. Es decir, no es una parte procesal en el litigio, y el documento se presenta con el fin de ilustrar a la Corte sobre algunas cuestiones fácticas o jurídicas relacionadas con el proceso en trámite ante el Tribunal, por lo que no se puede entender que se trata de un alegato o argumentación que debe ser apreciada por este Tribunal para la resolución del caso y en ningún caso un escrito de *amicus curiae* podría ser valorado como un elemento probatorio propiamente dicho.

Por lo tanto, es improcedente el pedido del Estado de que se excluyan de las deliberaciones. En consecuencia, este Tribunal admite dichos *amici curiae*, en el entendido de lo señalado anteriormente.⁴⁸

2.3.3. Después de la audiencia pública

Después de la audiencia pública, de acuerdo con el artículo 56 del reglamento, las partes contarán con un plazo para la presentación de los alegatos finales escritos (el cual generalmente es de 30 días)⁴⁹ y,

46 El tercer párrafo del artículo 44 del Reglamento de la Corte IDH establece lo siguiente: “[a]rtículo 44. Planteamientos de *amicus curiae*. [...] 3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia”.

47 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, párr. 10.

48 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 15-17.

49 Como se ha explicado, las últimas reformas al Reglamento de la Corte IDH tienden a restringir el papel de la CIDH en el litigio. Ello, por ejemplo, se ve reflejado en lo previsto en el artículo 56, cuyo párrafo primero establece que

en caso de que corresponda, presentarán la prueba para mejor resolver, que haya solicitado la Corte IDH durante la audiencia o en una comunicación posterior a la misma.

Asimismo, el reglamento faculta a la Corte IDH para realizar oficiosamente una serie de diligencias probatorias (art. 58), potestad utilizada de manera excepcional en la historia de la Corte IDH. En un caso relacionado con la desaparición y ejecución extrajudicial de varios miembros de la tribu Saramaca, tuvo que tomar en consideración la práctica de la poligamia dentro de esa tribu residente en lugares de difícil acceso,⁵⁰ lo cual suponía retos importantes para la definición, por parte de la Corte IDH, de los titulares de las reparaciones del caso y las modalidades de las mismas.⁵¹ Ante ello, la Corte IDH tomó la siguiente determinación:

Durante el periodo extraordinario de sesiones celebrado del 15 al 18 de marzo de 1993, la Corte decidió que su Secretaria adjunta, Ana María Reina, viajara a Suriname para obtener información adicional acerca de la situación económica, financiera y bancaria del país, así como para conocer la aldea de Gujaba, a fin de obtener información enderezada a facilitar al Tribunal dictar una sentencia ajustada a la realidad surinamesa. Oportunamente se informó a las partes sobre lo anterior.

La información y los datos obtenidos en esta visita mediante entrevistas y documentos, tanto en Paramaribo como en la aldea de Gujaba, han sido también utilizados por la Corte para la fijación del monto de las indemnizaciones.⁵²

Luego de una valoración de los diferentes argumentos planteados por la CIDH y el Gobierno, así como de considerar la complejidad del caso, la Corte IDH enlistó a los familiares que debían recibir la reparación por daño moral, daño material y el reintegro de gastos.

En un segundo caso, la Corte IDH comisionó a su personal en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, con lo cual dejó claro que esta atribución puede ser asumida en cualquier parte del proceso hasta el archivo definitivo del caso. Así, en el caso de la “*Masacre de Mapiripán*” vs. *Colombia*, la Corte IDH determinó lo siguiente:

La [sic] nota de Secretaría de 26 de octubre de 2012, mediante la cual se comunicó, siguiendo instrucciones del Pleno de la Corte, que esta ordenó, por considerarlo útil en el trámite de la supervisión de cumplimiento de la Sentencia, que se recabaran las declaraciones de Mariela Contreras Cruz, Hugo Fernando Martínez Contreras, Argemiro Arévalo y Zuli Herrera Contreras, las cuales se referirían a los hechos presentados por el Estado en su denominada “solicitud de revisión” de la Sentencia. La Corte comisionó a su Secretario Pablo Saavedra Alessandri y al Abogado Olger I. González Espinoza para llevar a cabo dicha diligencia en la ciudad de

“[l]as presuntas víctimas o sus [R]epresentantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante tendrán la oportunidad de presentar alegatos finales escritos en el plazo que determine la Presidencia.” No obstante, para la CIDH, el segundo párrafo de la misma disposición prevé como potestad y no obligación de la CIDH el poder, “si lo estima conveniente, presentar observaciones finales escritas, en el plazo determinado en el numeral anterior”.

- 50 La sentencia reconoció que “[l]a identificación de los hijos de las víctimas, de sus cónyuges y, eventualmente, de sus ascendientes [presentó] graves dificultades en e[l] caso. Se trata[ba] de miembros de una tribu que viv[ían] en la selva, en el interior de Surinam y [que] se expresa[ban] solo en su lenguaje nativo. Los matrimonios y los nacimientos no ha[b]ían sido registrados en muchos casos y, cuando así ha[b]ía ocurrido, no se ha[b]ía incluido datos suficientes para acreditar enteramente la filiación de las personas. La cuestión de la identificación se torn[ó] aún más difícil en una comunidad en la que se practica[ba] la poligamia. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 63.
- 51 La Corte IDH estableció la controversia de la siguiente manera: “en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas, existe disparidad de criterios entre las partes: la Comisión reclama la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca, en tanto que Surinam solicita la aplicación de su derecho civil.” Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 55.
- 52 La Corte IDH reconoció la controversia de la siguiente manera: “en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas, existe disparidad de criterios entre las partes: la Comisión reclama la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca, en tanto que Suriname solicita la aplicación de su derecho civil”. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 55.

Bogotá. Además, en aras de dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la Corte, se solicitó al Estado que adoptara las medidas necesarias para que la delegación de la Secretaría pudiera llevar a cabo la diligencia dispuesta; para asegurar el traslado de los declarantes a la ciudad de Bogotá y para garantizar la seguridad de los integrantes de la delegación y de los declarantes. Se dispuso que el desarrollo de la diligencia debía mantenerse en estricta confidencialidad.⁵³

Como es evidente, la Corte IDH ha reservado esta facultad para casos en los cuales existe una duda tal que no ha sido resuelta por las pruebas desahogadas en el proceso contencioso o en la supervisión de la sentencia.

En una tercera ocasión, en 2012, en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*,⁵⁴ la Corte IDH sentó un precedente al realizar una visita *in loco* al territorio del Pueblo Sarayaku en el Ecuador. Durante la dirigencia, la delegación de la Corte IDH escuchó declaraciones de miembros de Sarayaku, quienes:

compartieron sus experiencias, percepciones y expectativas acerca de sus modos de vida, cosmovisión y lo que ha[bia]n vivido en relación con los hechos del caso [, y dieron cuenta de] varias expresiones y ritos culturales [...]. Además las delegaciones realizaron un sobrevuelo durante el cual se observaron lugares en que ocurrieron los hechos del caso.⁵⁵

Estos precedentes, como se ha señalado previamente, son excepcionales; a lo largo de su historia, la Corte IDH se ha mostrado sumamente celosa en usar la facultad de presentarse en el lugar de los hechos de un caso contencioso sometido a su jurisdicción, o para allegarse de pruebas que den cuenta del cumplimiento de su fallo. Antes bien, es usual que la Corte IDH solicite a las partes en el proceso prueba para mejor resolver, solicitud que generalmente se plasma en una nota de la Secretaría a partir de las dudas que tengan algunos de sus integrantes luego de la audiencia pública de un caso.

2.3.4. Deliberaciones y sentencias

Con posterioridad a la audiencia pública, y en el supuesto que el caso no se finalice por alguna de las causales previstas en su reglamento,⁵⁶ la Corte IDH deliberará en los siguientes periodos de sesiones y emitirá posteriormente una sentencia, cuyo contenido está previsto por el artículo 65 del reglamento.⁵⁷

La CADH y el Reglamento de la Corte IDH,⁵⁸ prevén que la posibilidad de que los jueces acompañen al fallo sus votos (ya sea concurrentes o disidentes), práctica que ha sido muy usada por las distintas composiciones de la Corte IDH a lo largo de los años, tanto en la función contenciosa como en la consultiva.⁵⁹

53 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 23 de noviembre de 2012, párr. 16.

54 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 19-21.

55 *Ibidem*, párr. 21.

56 Tal normativa prevé la posibilidad de que la parte demandante se desista del caso (art. 61), que exista un reconocimiento de responsabilidad del Estado demandado (art. 62) o que se logre una solución amistosa (art. 63), la cual será homologada por la Corte IDH en caso de que no se vulneren derechos (artículo 64: prosecución del examen del caso).

57 En caso de que las reparaciones no se incluyan en la sentencia prevista en el artículo 65 del reglamento, el primer párrafo del artículo 66 señala que “[c]uando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento”. Adicionalmente, el segundo párrafo prevé que “[s]i la Corte fuere informada de que las víctimas o sus representantes y el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente”.

58 *Cfr.* artículos 66.2. de la CADH y 65.2. del Reglamento de la Corte IDH.

59 Desde los primeros casos contenciosos, los jueces han ejercido ese derecho. Por ejemplo, en uno de los casos hondureños, el juez Rodolfo Piza Escalante se opuso, no al contenido de la sentencia de fondo sino a la redacción del resolutive 6 que facultaba a la Corte IDH a fijar las indemnizaciones, pero dejaba a salvo la posibilidad de que únicamente el Estado hondureño y la CIDH se opusieran al acuerdo. En tal sentido, el juez costarricense pugnó a favor del reconocimiento de “la víctima o sus causahabientes, titulares de los derechos reclamados y acreedores de las prestaciones que en la sentencia se declaren, en consonancia con el texto del artículo 63.1 de la Convención [...]” Corte IDH. *Caso Velásquez*.

El artículo 67 del Reglamento de la Corte IDH norma la manera en la que se debe comunicar la sentencia, cuyos originales “quedarán depositados en los archivos de la Corte”, para lo cual el Secretario “expedirá copias certificadas a los Estados partes, a la Comisión, a las víctimas [...], o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General de la OEA, y a toda otra persona interesada que lo solicite”.⁶⁰

2.3.5. Sentencias de interpretación

Asimismo, el artículo 68 del Reglamento de la Corte IDH, en concordancia con el artículo 67 de la CADH, establece la definitividad de las sentencias de la Corte IDH.

La Corte IDH ha distinguido esa característica de la solicitud de interpretación de sentencias, la cual es una facultad otorgada a las partes que intervinieron en el procedimiento de solicitar, con posterioridad a la emisión de la sentencia, que la Corte IDH aclare el alcance de algún punto concreto resuelto. Esto, de acuerdo con la Corte IDH “contribuye a la transparencia de los actos de[l] Tribunal, esclarecer, cuando estime procedente, el contenido y alcance de sus sentencias y disipar cualquier duda sobre las mismas, sin que puedan ser opuestas a tal propósito consideraciones de mera forma”.⁶¹

Es importante señalar, aun cuando la cláusula expresamente prohíbe la apelación de las sentencias, que la mayoría de las solicitudes de interpretación presentadas por los Estados, son “apelaciones encubiertas”, por lo que la Corte IDH las ha desestimado por ser improcedentes.⁶² Esa actitud estatal muchas veces refleja un desacuerdo con el fallo de la Corte IDH, en contravención con lo establecido en el artículo 68 de la CADH.⁶³

Es indudable que una verdadera solicitud de interpretación de sentencia sigue siendo una importante forma de garantizar que el fallo sea claro, y que lo decidido por la Corte IDH sea cabalmente comprendido, lo cual, dependiendo del tema del que se trate, cumple diferentes fines, pero principalmente a las partes en el procedimiento y al Estado condenado, a fin de que se pueda cumplir con lo estipulado en la sentencia emitida.

En cuanto a los errores de edición y de cálculo, las nuevas inclusiones en las reformas reglamentarias de la Corte IDH establecen una nueva disposición al respecto:

quez Rodríguez vs. Honduras. F. 1988, voto disidente del juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 3.

60 Artículo 67 del Reglamento de la Corte IDH, titulado “pronunciamiento y comunicación de la sentencia”, inciso 6.

61 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de RC. Resolución. 1997, considerando 1.

62 La jurisprudencia interamericana ha sido constante al señalar que: “[...] una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive [...]. Por lo tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación [...]”. *Cfr., inter alia*, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006, párr. 15. Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006, párr. 15. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2006, párr. 14. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2006, párr. 27.

63 Esta lamentable práctica genera, asimismo, mayor sufrimiento e indignación en las víctimas, quienes a pesar de tener una sentencia favorable por la Corte IDH, deben pasar nuevamente por el descrédito estatal por los hechos violatorios que sufrieron en sus países. Por citar algunos ejemplos, Perú cuestionó las valoraciones de hecho y de derecho que hizo la Corte IDH en el caso de María Elena Loayza; El Salvador manifestó desacuerdo con las indemnizaciones otorgadas por la Corte IDH a los familiares de dos niñas desaparecidas en un operativo masivo de fuerzas armadas durante el conflicto armado; República Dominicana atacó cuestiones familiares y personales de dos niñas que por su ascendencia haitiana fueron dejadas apátridas; y México hizo lo propio cuando cuestionó la valoración que hizo la Corte IDH sobre la violación sexual que habían sufrido Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de RC. 1999. Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2005. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2006. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2011. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2011.

Artículo 76. Rectificación de errores en sentencias y otras decisiones.

La Corte podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, presentada dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia o resolución de que se trate, rectificar errores notorios, de edición o de cálculo. De efectuarse alguna rectificación la Corte la notificará a la Comisión, a las víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante.

2.4. Algunos cambios a partir de las reformas reglamentarias de 2009

El caso materia de análisis por la Corte IDH tendrá como marco fáctico los hechos establecidos por la CIDH en su informe artículo 50,⁶⁴ asimismo tendrán el carácter de presuntas víctimas únicamente quienes hayan sido establecidas como tales en el mismo documento.⁶⁵ Esto no excluye la posibilidad de “exponer aquellos [hechos] que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del demandante”.⁶⁶

Si bien las presuntas víctimas pueden intervenir en el procedimiento, es posible que no se conozca la totalidad de los hechos violatorios por la Corte IDH, tomando en consideración que existe la posibilidad de que la CIDH no retome todos los hechos alegados por las partes en el proceso seguido ante ella.

Por otra parte, las reformas al Reglamento de la Corte IDH de principios del 2009 preveían la posibilidad de la designación de un interviniente común cuando haya pluralidad de víctimas,⁶⁷ e incluyeron como tema novedoso la figura del defensor interamericano,⁶⁸ el cual ya ha empezado a tener participación en diversos casos ante la Corte IDH.⁶⁹

Con posterioridad a esas reformas –en noviembre de 2009–, la Corte IDH modificó nuevamente su reglamento para afinar cuestiones relacionadas, entre otros, con el interviniente común (limitarlo a un máximo de tres); a restringir el rol de la CIDH en el litigio –como se explicó en secciones anteriores–; a regular algunos plazos e incluir medios electrónicos para agilizar los procedimientos; a la protección de sujetos procesales más allá de las víctimas;⁷⁰ a incluir la facultad de la Corte IDH de enmendar errores en las sentencias; a ampliar el fondo de asistencia legal a las y los defensores públicos interamericanos; a seguir regulando la presentación de prueba; y a garantizar el principio del contradictorio en la presentación de declaraciones por escrito.⁷¹

64 El párrafo primero del artículo 35 del Reglamento de la Corte IDH, titulado ‘sometimiento del caso por parte de la Comisión’, establece que “[e]l caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas. [...]”. Sobre los hechos, presuntamente violatorios incluidos en el informe artículo 50 de la CIDH, ver la sección 3.2. “Marco fáctico establecido en el informe de fondo”, de los comentarios a los artículos 48-51, sobre el procedimiento ante la CIDH, a cargo de Tojo.

65 Para un mayor análisis sobre las presuntas víctimas establecidas en el informe de fondo de la CIDH, ver la sección 3.2. de los comentarios a los artículos 48-51 “Procedimiento ante la CIDH”, a cargo de Tojo.

66 Cfr. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 153.

67 Cfr. artículo 25, párrafos 2 y 3, del Reglamento de la Corte IDH.

68 “Artículo 37. Defensor interamericano. En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso.” Para algunas reflexiones en relación con esta figura, ver Dulitzky, A. “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later”, en *Protecting Human Rights in the Americas: the Inter-American institutions at 60*. Quebec Journal of Int’l Law, 2011.

69 En el caso *Mohamed*, dado que el representante de la víctima había fallecido, se solicitó a la Corte IDH el nombramiento de un defensor interamericano para que lo representara, en virtud de lo cual, la Secretaría de la Corte IDH se puso en contacto con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Además de ese caso, se encuentran en trámite otros en los que se implementa tal figura. Cfr. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

70 El artículo 53 del Reglamento de la Corte IDH se titula “Protección de presuntas víctimas, testigos, peritos, representantes y asesores legales”.

71 Corte IDH. Exposición de motivos de la reforma reglamentaria. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/06/25).

2.5. Fondo de Asistencia Legal del SIDH⁷²

Después de varios años de discutir la importancia de dar mayor igualdad procesal a las víctimas en relación con la carga monetaria que implica la producción de prueba en el proceso ante la CIDH y luego ante la Corte IDH,⁷³ ambos órganos avanzaron en esa dirección. La Corte IDH se ‘niveló’ con sus homólogos regionales,⁷⁴ al adoptar el reglamento correspondiente a principios del año 2010,⁷⁵ poniendo en marcha el fondo en ese mismo año. El reglamento establece que la solicitud del fondo debe hacerse en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y deberá demostrarse que se “carece de recursos económicos suficientes para solventar los costos del litigio ante la Corte Interamericana e indicar con precisión qué aspectos de su defensa en el proceso requieren el uso de recursos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas”.⁷⁶

Ese requisito causó confusión en las primeras solicitudes, en tanto que la Corte IDH entendió que no solo la(s) víctima(s), sino también sus representantes, deberían hacer la misma demostración. Empeño, luego de esas solicitudes iniciales –y de las argumentaciones de los Representantes de las víctimas– la Corte IDH resolvió no entrar a analizar ese punto en la solicitud.

En caso de que la Corte IDH lo apruebe y declare al Estado responsable de violaciones de derechos humanos, en la sentencia correspondiente determinará el reembolso del monto otorgado, para su uso en otros casos (art. 5 del reglamento correspondiente).

Hasta el momento, el fondo ha funcionado de manera adecuada,⁷⁷ de 2010 a 2015 se ha empleado en 43 casos,⁷⁸ principalmente para posibilitar el viaje de los declarantes a la audiencia pública a que haya convocado la Corte IDH. Asimismo, en los casos correspondientes, la Corte IDH ha sido cuidadosa de recordar a los Estados cuando no han cumplido con su obligación de reembolsar las cantidades que ha establecido en sus sentencias.⁷⁹

72 Para una perspectiva de este mecanismo desde la labor de la CIDH, ver la sección 1.6. “Fondo de Asistencia Legal del SIDH” de los comentarios 44-47 sobre la Competencia de la CIDH, a cargo de Tojo.

73 Entre otros, ver; Cejil. *La urgente necesidad de crear un fondo de asistencia jurídica para la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano*. Documento de coyuntura n.º 4, 2007. Disponible en: <https://cejil.org/es/documento-coyuntura-no-4-urgente-necesidad-crear-fondo-asistencia-juridica-promocion-y-proteccion> (fecha de último acceso: 2017/08/18).

74 El capítulo XI del Reglamento del TEDH establece el procedimiento para hacer uso de la asistencia legal gratuita, mientras que el artículo 10.2. del Protocolo Adicional a la Carta de Bajul señala que “cualquier parte en el caso tiene derecho a ser representado por un representante legal de su elección. La representación legal gratuita puede ser proveída cuando el interés de la justicia así lo requiera”. (traducción libre)

75 Para más información, ver Corte IDH. *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del fondo de asistencia legal de víctimas*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/regla_victimas/victimas_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/08/30). De conformidad con el artículo 8 del citado reglamento, el fondo entró en vigor el 1 de junio de 2010.

76 Cfr: artículo 2 del *Reglamento de la Corte IDH sobre el funcionamiento del fondo de asistencia legal de víctimas*.

77 De acuerdo con su informe anual de 2016, la Corte IDH detalló que “en forma acumulada, a diciembre de 2015, las aportaciones en efectivo al fondo ascend[ia]n a un monto total de US\$ 355,590.78.” Corte IDH. Informe Anual 2015. Capítulo X, literal A. “Fondo de Asistencia Legal de Víctimas”, apartado 2, “donaciones al fondo”, p. 150. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/> (fecha de último acceso: 2017/08/07).

78 Corte IDH. Informe Anual 2015. Apartado b) Gastos aprobados y respectivos reintegros desde el año 2010 hasta 2015, p. 152.

79 En su informe anual de 2015, la Corte IDH daba cuenta que únicamente en 14 casos los Estados habían hecho el reembolso correspondiente. Estar pendiente del cumplimiento de esta obligación significará una tarea adicional de cobro para la Corte IDH, a fin de que el mismo tenga los fondos suficientes y continúe siendo de utilidad para las víctimas. De igual manera, en la misma publicación la Corte IDH ha destinado una sección para incluir las resoluciones de supervisión emitidas expresamente en relación con el reintegro del fondo de prueba. Así, para ese año, la Corte IDH emitió resoluciones en los casos *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*; *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*; *familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*; *Suárez Peralta vs. Ecuador*; Resolución conjunta para los casos *Torres Millacura y otros*, *Fornerón e hija*, *Furlan y familiares*, *Mohamed y Mendoza y otros vs. Argentina*; *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*; y *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Corte IDH. Informe Anual 2015, pp. 77 y 153. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/> (fecha de último acceso: 2017/08/07).

2.6. Los idiomas de trabajo de la Corte IDH

Otro tema relevante dentro del proceso ante la Corte IDH (al igual de lo que sucede con la CIDH), es la forma en la que se debe resolver, en la práctica, la diversidad que se pide en la integración de la Corte IDH.

Si bien la formación jurídica en diferentes sistemas ha sido un tema a considerar, lo cierto es que el idioma es una de las principales problemáticas que puede dificultar el trabajo de la Corte IDH. Dado que su composición ha implicado que existan al mismo tiempo jueces cuyas lenguas maternas son el español, inglés y portugués, el contar con las mejores posibilidades de traducción es una preocupación real, lo cual ha significado una carga financiera tanto para la Corte IDH como para la CIDH.⁸⁰

Lo anterior no solo se refiere a las traducciones simultáneas durante las sesiones, sino al trabajo de la Secretaría con el fin de poder tener información accesible para todas las personas que integran la Corte IDH, así como a la traducción de resoluciones y sentencias. Al respecto, el Reglamento de la Corte IDH señala que esta determinará anualmente sus idiomas de trabajo, y prevé que “para un caso determinado, podrá adoptarse también como idioma de trabajo el del Estado demandado, o en su caso, del Estado demandante, siempre que sea oficial” (art. 22.2. del reglamento). Al iniciarse un caso, la Corte IDH también determinará los idiomas de trabajo (art. 22.3.).

Particularmente relevante es lo relacionado con quienes se encuentran involucrados en el caso como víctimas, declarantes o peritos. Con independencia de los cuatro idiomas oficiales, existen países cuyo idioma no se encuadra en ninguno de ellos.⁸¹ En respuesta a esa circunstancia, el reglamento faculta a la Corte IDH para “autorizar a cualquier persona que comparezca ante ella a expresarse en su propia lengua, si no conoce suficientemente los idiomas de trabajo, pero en tal supuesto adoptará las medidas necesarias para asegurar la presencia de un intérprete que traduzca esa declaración a los idiomas de trabajo”.⁸²

80 Por tal razón –y a insistencia de la Corte IDH–, la Asamblea General de la OEA resolvió “insistir en la disposición de que la Secretaría General de la Organización asuma, a partir del ejercicio presupuestal 2013, los costos de traducción a todos los idiomas oficiales que originen las sentencias y resoluciones que emita la Corte I[DH] para así garantizar el pleno acceso de todos los habitantes del hemisferio a estas”. Cfr: OEA. Asamblea General, Observaciones y recomendaciones al informe anual de la Corte IDH. Resolución AG/Res. 2759 (XIII-O/12), 2012, punto resolutivo 4. Es relevante recordar que el problema de la falta de recursos para las traducciones debe ser enmarcado en una problemática más amplia, referente a la falta de presupuesto adecuado de la CIDH y Corte IDH. Parecería que la Asamblea General de la OEA, celebrada en junio de 2017 en Cancún, México, hubiese logrado finalmente resolver esto al doblar el presupuesto saliente para esos órganos del presupuesto regular de la OEA. De acuerdo con el comunicado emitido conjuntamente por ambos órganos, el presidente de la Corte IDH señaló que se trataba de un momento histórico que permitiría el incremento gradual de 33% anual de cada órgano por año, lo cual significaría el presupuesto ordinario otorgado por la OEA al término de tres años”. Ver CIDH. Comunicado de prensa n.º 083/17. *CIDH y Corte IDH agradecen a la Asamblea General decisión sobre incremento presupuestario*. 22 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/083.asp> (fecha de último acceso: 2017/07/01).

81 Por ejemplo, Surinam y otros países caribeños hablan holandés, o una derivación de ese idioma o del inglés, mientras que Paraguay acepta como idioma oficial tanto el español como el guaraní. Tampoco se puede olvidar a las personas cuya discapacidad requiere el uso de lenguaje de señas (con variaciones por países o regiones) y, por supuesto, a los millones de personas afrodescendientes o indígenas que tienen una riqueza en lenguas y variaciones de las mismas.

82 Cfr: artículo 22.4. del Reglamento de la Corte IDH. La parte final de esta disposición establece que “dicho intérprete deberá prestar juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de los deberes del cargo y reserva acerca de los hechos que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones”.

3. Función consultiva (artículo 64 de la CADH)

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

En la época de los años 80, la Corte IDH inició sus labores a través de su función consultiva, al emitir una opinión por año en promedio;⁸³ este ritmo se mantuvo hasta que emitió la opinión consultiva número 14 en 1994.⁸⁴

El hecho de que la Corte IDH haya iniciado su labor a través de consultas realizadas tanto por la CIDH como por distintos Estados miembros de la OEA, le dio oportunidad no solo para iniciar su funcionamiento de una manera más sencilla (al no tener que resolver casos inmediatamente), sino también le otorgó una importante legitimidad, precisamente por los actores que activaron su jurisdicción al consultarla de temas variados. De acuerdo con la Corte IDH, la competencia consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos”.⁸⁵

Se ha dicho que las opiniones buscan objetivos diversos, como son la función preventiva, al anticipar una cuestión que posteriormente sea juzgada en un procedimiento contencioso por un posible incumplimiento de la CADH, o la verificación del funcionamiento de los órganos del SIDH o sus instituciones; asimismo, los Estados también han usado la jurisdicción consultiva para ventilar cuestiones jurídicas con importante trascendencia política.

Durante el ejercicio de su función consultiva, la Corte IDH se ha pronunciado sobre distintos temas que han abarcado pronunciamientos sobre sus ‘actividades judiciales’; de igual manera, ha establecido con claridad su posición sobre el alcance de diversos derechos como el derecho a la vida, el *habeas corpus*, el derecho a la nacionalidad y los derechos del niño.⁸⁶ De acuerdo con la Corte IDH, la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de esta función:

[...] busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la

83 Entre 1982 y 1994, se tienen registros de que solo en dos años la Corte IDH no emitió opinión consultiva alguna (1988 y 1992), y en 3 ocasiones publicó dos opiniones por año (1982, 1986, 1987).

84 Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011, p. 85.

85 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte. 1982, párr. 39. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-19/05. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 2005, párr. 18. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 2014, párr. 28.

86 Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 90.

materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos [...]. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.⁸⁷

Hoy en día, las cantidades de opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH dista mucho de lo sucedido dentro del sistema europeo de derechos humanos,⁸⁸ convirtiendo a la Corte IDH “en el único cuerpo en el ámbito internacional en implementar efectivamente su jurisdicción consultiva”.⁸⁹

3.1. Amplitud de la función consultiva de la Corte IDH

El texto del artículo 64 de la CADH no solo es uno de los más amplios dentro de los tratados de derechos humanos, sino que el mismo se ha empleado de manera importante dentro del SIDH.⁹⁰ De acuerdo con la Corte IDH:

El artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora. Por último, se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.⁹¹

Más tarde, la Corte IDH enfatizó el objetivo que perseguía su función consultiva, y los aportes que podría brindar para que los Estados hicieran efectiva la CADH en sus respectivas jurisdicciones:

La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en anterior oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana [...]. Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, *al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo*, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, *sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso*. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de esta, adoptar una interpretación que somet[iera] el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta.⁹²

87 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 29.

88 De acuerdo con Bourgorgue-Larsen, el TEDH (establecido en 1952) solo ha emitido dos opiniones consultivas; esta función está regulada en el artículo 47 del CEDH. La primera de las opiniones versó sobre la coexistencia de sistemas de protección en Europa que podrían tener las mismas facultades que las establecidas por el artículo 35.2. del CEDH, la cual, de acuerdo con la autora, no calificaría propiamente como una opinión consultiva, ya que el TEDH nunca dio un fallo y trasladó la opinión a su función contenciosa. La segunda opinión se relacionaba con la competencia material de la función consultiva del TEDH. *Cfr.* Bourgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 86.

89 *Cfr.* Bourgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 87.

90 Las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH pueden consultarse en el siguiente link: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (fecha de último acceso: 2017/12/26).

91 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82, *op. cit.*, párr. 14.

92 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983, párr. 43. (énfasis agregado)

Asimismo, en 2014, en la opinión consultiva sobre los *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte IDH estableció criterios importantes sobre el alcance de su función consultiva y la competencia que la misma le confiere, al estimar que:

[la Corte IDH] no solo no queda necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultivas de “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos [...], *puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas*.⁹³

En definitiva, aunque existen otros tratados con una amplitud interesante en relación con los temas que pueden ser consultados,⁹⁴ el texto del artículo 64 de la CADH sigue siendo uno de los más extensos que existen.

3.2. Legitimación para solicitar la consulta y alcance del control de convencionalidad

El artículo 64 establece claramente quiénes cuentan con legitimación activa para solicitar una opinión a la Corte IDH. En múltiples ocasiones, los Estados americanos le han solicitado una opinión, entre los que se encuentran Costa Rica (5 veces),⁹⁵ Uruguay,⁹⁶ México,⁹⁷ Colombia,⁹⁸ Perú,⁹⁹ Chile,¹⁰⁰ Venezuela,¹⁰¹ Argentina,¹⁰² Panamá,¹⁰³ y recientemente se han hecho solicitudes a la Corte IDH por varios países de manera conjunta.¹⁰⁴ Adicionalmente a los Estados, la CIDH también ha solicitado opiniones consultivas a la Corte IDH.¹⁰⁵

En este apartado es importante mencionar que si bien un actor, o grupo de actores, solicitan una opinión a la Corte IDH, los Estados miembros de la OEA, en su totalidad, deberán ejercer un control

93 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 30. (énfasis agregado)

94 Por ejemplo, el artículo 4 del Protocolo Adicional a la carta de Banjul y de los Pueblos da mayor amplitud en la legitimación para solicitar la consulta, la cual puede ser realizada en relación con la Carta Africana u “otros instrumentos de derechos humanos relevantes”. No obstante, tal disposición no faculta a la Corte Africana para hacer un análisis de legislaciones internas o proyectos (o anteproyectos) normativos.

95 Las opiniones son las siguientes: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. 1986. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-12/91. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1991. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. 2017.

96 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. 1987.

97 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

98 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1989.

99 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82, *op. cit.*

100 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-15/97. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 1997.

101 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-19/05, *op. cit.*

102 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09, *op. cit.*

103 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

104 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.* Esta opinión consultiva fue solicitada por los países del Mercosur en busca de criterios para hacer frente a problemáticas regionales.

105 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

de convencionalidad sobre los criterios que allí se establezcan. Esta ampliación del control de convencionalidad a la función no contenciosa de la Corte IDH, fue establecida en 2014 en la mencionada opinión consultiva sobre los *derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, en los siguientes términos:

[...] la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo [...], por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél [...]. *Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad [...], también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva*, la que inegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del [SIDH], cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” [...]. A su vez, *a partir de la norma convencional interpretada [...] a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1.) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos [...]*.¹⁰⁶

Igualmente, la Corte IDH señaló la relevancia jurídica de los criterios vertidos en las opiniones para todos los Estados miembros de la OEA vinculados por la DADDH, y para los órganos de la misma organización.¹⁰⁷

3.3. Procedimiento

Al recibir una solicitud de opinión, la Corte IDH revisa que se cumplan con las exigencias de forma conforme a lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de su reglamento, de acuerdo con las cuales para que una solicitud sea considerada por la Corte IDH “las preguntas deben ser formuladas con precisión, [se deben] especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que la originan y [señalar la] dirección del agente”.¹⁰⁸

Además de analizar el cumplimiento de los requisitos de forma, la Corte IDH realiza un análisis de fondo y es en ejercicio de esta potestad que la Corte IDH decide si emite la opinión consultiva o si declina hacerlo. Así, desde su primera opinión consultiva, la Corte IDH ha establecido una serie de criterios que guían su actuar:

De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que *un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos*. Por último, *la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motivada*.¹⁰⁹

106 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 31. (notas al pie omitidas y énfasis agregado)

107 *Ibidem*, párr. 32.

108 *Ibidem*, párr. 24.

109 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82, *op. cit.*, párr. 31. (énfasis agregado)

En su más reciente jurisprudencia, la Corte IDH señaló que:

[...] el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que esté obligado a responder a ella [...]. Así, la Corte recuerda que su competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva [...].¹¹⁰

Por lo anterior, es posible inferir que la Corte IDH realiza un ‘test de utilidad’ de la solicitud de opinión, mediante el cual los solicitantes *deberán demostrar la relevancia y utilidad jurídica concreta* que la opinión puede tener en virtud del contexto legal, social o político en que se solicita.

A lo largo de su historia, la Corte IDH ha rechazado dos solicitudes de consulta presentadas por la CIDH: una, relacionada con la ampliación de las responsabilidades de los Estados concerniente a la pena de muerte, y, la otra, sobre las obligaciones de los Estados respecto del castigo corporal de niños y niñas.¹¹¹ De igual manera, en 2005, rechazó una solicitud formulada por Costa Rica en relación con la “compatibilidad del artículo 9 inciso e) de la Ley de Personal de la Asamblea Legislativa, n.º 4556, del 8 de mayo de 1970, (con el que se fundamentaron los acuerdos impugnados [relativos al revocamiento del nombramiento en propiedad a algunos funcionarios]) en relación con los instrumentos internacionales vigentes en materia de Derechos Humanos”,¹¹² y, en 2016, desestimó la solicitud del Secretario General de la OEA sobre los criterios para la procedencia de los juicios políticos.¹¹³

Por su parte, el artículo 73 del reglamento establece el procedimiento que se debe de seguir para emitir la opinión consultiva.¹¹⁴ Asimismo, es importante señalar el sistema de notificaciones establecido en el primer inciso del artículo 64, en función del cual, durante el procedimiento de consulta, la Corte IDH podrá recibir información sobre el tema por parte de actores diferentes al o los solicitantes tales como otros Estados, organizaciones o individuos (mediante *amici curiae*); la Corte IDH ha precisado que:

[...] la diferencia de procedimiento entre las opiniones tramitadas según el artículo 64.1. (interpretación de la Convención o de otros tratados) y las que lo son según el artículo 64.2. de la Convención (compatibilidad de las leyes internas), destacando el sistema de notificaciones del primero como el aspecto diferenciador más relevante, pues en el segundo procedimiento, la consulta puede evacuarse sin contar con puntos de vista externos a los del Estados solicitante [...].¹¹⁵

110 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *op. cit.*, párr. 25 (notas al pie omitidas). En este párrafo, la Corte IDH cita las siguientes opiniones consultivas (notas al pie 17 y 18): Corte IDH. Opinión Consultiva OC-15/97, *op. cit.*, párr. 31. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-19/05, *op. cit.*, párr. 17. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 16. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-20/09, *op. cit.*, párr. 15.

111 Para mayor información sobre los rechazos a opiniones consultivas solicitadas a la Corte IDH, consultar: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/rechazo_solicitud_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (fecha de último acceso: 2017/12/05).

112 Corte IDH. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Costa Rica. Resolución de 10 de mayo de 2005, párr. 2.

113 Corte IDH. Rechazo de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución de 23 de junio de 2016.

114 Tal disposición establece lo siguiente: “[a]rtículo 73. 1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso. 2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas. 3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquellas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente. 4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente”.

115 Pacheco Gómez, M. “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. Memoria del Seminario, Tomo I, 1999.

Finalmente, el artículo 75 del reglamento incluye los requisitos que debe contener la opinión consultiva. Esta disposición señala que deben incluirse los nombres de los jueces y personal de la Secretaría que la emitieron, una descripción del procedimiento seguido, la identificación de las cuestiones sometidas a consulta, la opinión de la Corte IDH, y la indicación de la versión auténtica de la opinión (tomando en consideración que existen cuatro idiomas oficiales de la OEA y del trabajo de la Corte IDH). Asimismo, al igual que lo que sucede con las sentencias de casos o las medidas provisionales, los jueces tienen la prerrogativa de emitir votos, ya sea concurrentes o disidentes.

4. Relación entre la Corte IDH y la Asamblea General de la OEA (artículo 65 de la CADH)

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial, y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

El artículo 65 de la CADH tiene un respaldo normativo en el Estatuto de la Corte IDH y en el reglamento,¹¹⁶ en lo relativo a la información a la Asamblea General en los casos de incumplimiento de las medidas provisionales emitidas.¹¹⁷

En cumplimiento a estas disposiciones, la Corte IDH ha informado regularmente a la Asamblea General de la OEA, tanto de manera escrita como oral sobre el desarrollo de sus actividades. Para ello, ese cuerpo colegiado adopta una resolución de aprobación del Informe Anual presentado por la Corte IDH, hecho que simboliza más que la mera aceptación de la publicación.

La segunda parte del artículo 65 de la CADH establece la posibilidad de sometimiento de un incumplimiento particular a la Asamblea General de la OEA. A diferencia de los sistemas europeo y africano de derechos humanos, en los cuales el rol central en la supervisión del cumplimiento descansa sobre el Comité de Ministros del Consejo de Europa o de la Unión Africana, según corresponda, en el SIDH se entiende que “es facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte el supervisar el cumplimiento de sus funciones”.¹¹⁸

Hace algunos años, la Corte IDH comenzó a preocuparse por el continuo incumplimiento de las sentencias, y por la imposibilidad de que las partes accedieran a brindar elementos con los que se pudiera valorar si su fallo había sido cumplido a cabalidad o no.¹¹⁹ Por tal razón, emitió una resolución en

116 En cuanto a la obligación de informar sobre sus labores, el artículo 30 del Estatuto de la Corte IDH reproduce casi íntegramente lo estipulado en el artículo 65 de la CADH, en la última parte de este artículo se señala lo siguiente: “[...] Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte”. Esta es la única disposición que regula los informes de labores que la Corte IDH presenta a la OEA, ya que en ninguno de los reglamentos de la Corte IDH se han establecido disposiciones sobre el proceso de información previsto por el artículo 65 de la CADH.

117 Esta facultad se ha mantenido en todos los reglamentos de la Corte IDH, salvo el primero de ellos, el cual estuvo vigente de 1980 a julio de 1991. Actualmente, esta facultad se encuentra contenida en el artículo 28.10. del reglamento, el cual establece que “[l]a Corte incluirá en su informe anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el periodo del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes”.

118 Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la CADH). Resolución de 29 de junio de 2005.

119 Particularmente, en un caso hubo una importante controversia en tanto que el fallo de la Corte IDH refería a las instan-

la que estableció los criterios mediante los cuales sometería un caso al conocimiento de la Asamblea General de la OEA y, asimismo, previó las consecuencias jurídicas del sometimiento. De acuerdo con esta resolución:

No continuar requiriendo a los Estados que presenten información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva, una vez que el Tribunal haya determinado la aplicación de los artículos 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 30 del Estatuto de la Corte en casos de incumplimiento de sus sentencias, y así lo haya informado mediante su Informe Anual para la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Si con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General.¹²⁰

La CADH es clara en lo que respecta a la obligación de los Estados de cumplir con la sentencia, ya que su artículo 68.1. prevé que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Adicionalmente, bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la actuación del Estado debe ser de buena fe.¹²¹ Esa actuación tiene que ver tanto con los Estados condenados como con quienes deben, de manera colectiva, llamar a cuentas a quienes están descatando de manera flagrante una sentencia interamericana.

Hasta hace pocos años, la Corte IDH se había abstenido de enviar un caso al máximo órgano político de la OEA para que fuera este quien continuara el monitoreo de la implementación de las sentencias. Sin embargo, de acuerdo con lo informado por la Corte IDH en épocas recientes, en 2015 se sometieron a la Asamblea General de la OEA varios casos, solicitando que “conforme a su labor de proteger el efecto útil de la Convención Americana, inst[ara] a los correspondientes Estados a cumplir”. Los casos sometidos fueron los siguientes: *Yvon Neptune vs. Haití*; *Yatama vs. Nicaragua*; *El Amparo, Blanco Romero y otros, Montero Aranguren y otros, Barreto Leiva y Usón Ramírez vs. Venezuela*; *Ríos y otros, Perozo y otros y Reverón Trujillo vs. Venezuela*; *López Mendoza vs. Venezuela*; *Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros y Caesar vs. Trinidad y Tobago*.¹²²

Estos casos evidencian la dificultad que existe cuando los Estados denuncian la CADH y hay falta de conocimiento sobre la continuidad de sus obligaciones respecto de las sentencias emitidas por la Corte IDH. Tal es el caso de Trinidad y Tobago y Venezuela, quienes denunciaron el tratado y cuya denuncia se encuentra en vigor. Esa forma de ‘protestar’ por parte de ambos países al escrutinio internacional de la Corte IDH es compartida por Haití y Nicaragua, ya que el primero de ellos calificó como “injusta” e “inapropiada” la sentencia *Yvon Neptune* de la Corte IDH, mientras que Nicaragua se ha

cias internas para que pudieran determinar las indemnizaciones correspondientes a 270 trabajadores despedidos. En su sentencia de fondo, reparaciones y costas en el caso *Baena Ricardo y otros*, la Corte IDH resolvió, entre otros, lo siguiente: “6. decide que el Estado debe pagar a los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la [...] Sentencia, los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación, pago que, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, deberá hacerse a sus derechohabientes. El Estado procederá a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas[...] y en su caso sus derechohabientes[...] los reciban en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la [...] Sentencia. 7. decide que el Estado debe reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la [...] Sentencia y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado les brindará las retribuciones por concepto de pensión o retiro que les corresponda. El Estado deberá proceder a cumplir con lo establecido en el presente punto resolutivo en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la [...] Sentencia.” Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, puntos resolutivos.

120 Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Resolución de 29 de junio de 2005, resolutive 1.

121 De acuerdo con el artículo 26 de la CVDI, relativo al principio *pacta sunt servanda*, “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

122 Corte IDH. Informe Anual 2015, *op. cit.*, pp. 82-83.

negado a proporcionar información sobre el cumplimiento de la sentencia en un contexto trascendental para la vida democrática en ese país, con el cual está vinculado el caso *Yatama*.

Sin ninguna duda, la Corte IDH ha dado un importante salto al someter casos a la Asamblea General de la OEA. Restará ver cuál es el comportamiento de los Estados y cómo entienden la obligación colectiva que tienen, “de manera que [sea] de interés de todos y cada uno de esos Estados mantener el sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado”.¹²³

5. Cumplimiento y notificación de los fallos de la Corte IDH (artículos 68 y 69 de la CADH)

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes [sic] en la Convención.

5.1. El proceso de supervisión de sentencias

En 2015 se encontraban pendientes de cumplimiento 172 sentencias de la Corte IDH.¹²⁴

De manera cada vez más apremiante, la Corte IDH se enfrenta al desafío de garantizar que sus resoluciones sean implementadas efectivamente. Las preocupaciones de este reto compartido entre todas las partes del proceso contencioso —en especial el Estado—, se han visto reflejadas en la producción de artículos, documentos, publicaciones, seminarios y otros eventos, que buscan hacer énfasis en el cumplimiento de los fallos concretos, como en la importancia de contar con herramientas al interior de los Estados (leyes, instrucciones, decretos, manuales, etc.), que tracen una ruta clara cuando se emite un fallo en contra del Estado.

En tal sentido, es importante hacer mayor hincapié en la labor de garante colectivo que la Asamblea General de la OEA puede cumplir para que garantice el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, una vez que se le ha remitido un fallo para su supervisión. Asimismo, es fundamental discutir con mayor seriedad la importancia de hacer eficaces, en el interior de los Estados, las normas convencionales, ya sea a través de la incorporación de las normas sustantivas, como de la adopción de normatividad, o la creación de instancias que garanticen a nivel interno el adecuado cumplimiento de los fallos, al igual que la implementación de las medidas de protección dictadas. Si bien es cierto que hay una mayor dificultad para la implementación de las sentencias en Estados federales, con un gran territorio, o en hechos ocurridos fuera de las capitales o por funcionarios de varias entidades públicas, ello no debe tenerse nunca como un argumento válido para justificar el incumplimiento estatal. Estos

¹²³ *Ibidem*, apartado V, literal E, p. 82.

¹²⁴ Corte IDH. Informe anual 2015, *op. cit.*, apartado V, literal F, p. 84.

‘retos’ deben traducirse en estrategias que garanticen el acceso a la justicia interamericana de principio a fin para todas las personas que se encuentran en cualquier rincón de los Estados partes de la CADH.

No obstante, dado que el control político no ha sido eficaz, los dos órganos del SIDH han empezado a realizar acciones para verificar el cumplimiento de sus resoluciones y para asentarlos, de alguna manera, en sus informes anuales o resoluciones. En tal sentido, vale la pena hacer una valoración histórica del actuar de la Corte IDH al respecto.

Desde sus primeros fallos en los casos hondureños, la Corte IDH determinó “que supervisar[ía] el cumplimiento del pago de la indemnización acordada y que sólo después de su cancelación archivar[ía] el expediente”;¹²⁵ la Corte IDH, poco a poco, ha ido perfeccionando sus mecanismos de supervisión, lo cual se refleja en la evolución que ha tenido el tema en sus distintos reglamentos.

La importancia en cuestiones sustantivas (como de organización del trabajo) que ha prestado la Corte IDH al proceso de supervisión, se ve reflejado en las distintas disposiciones de su reglamento vigente. Así, incluye el tema en cuestiones relacionadas con la continuación de los jueces en sus funciones (art. 17), la posibilidad de acumular casos y autos (art. 30), la facultad de presentar escritos de *amicus curiae* en esa etapa (art. 44) y, por supuesto, contiene una disposición concreta en relación con la supervisión del cumplimiento.

Ahora bien, dado que cada vez existen mayor atención y actuación en relación con la adecuada supervisión del cumplimiento de los fallos, a partir de las últimas reformas reglamentarias del año 2009, la Corte IDH incluyó una nueva disposición al respecto. Así, el actual artículo 69 de su reglamento ha regulado la práctica de la siguiente manera:

Artículo 69. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.
2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información de datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.
3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en esta escuchará el parecer de la Comisión.
4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.
5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

De acuerdo con estas disposiciones, la Corte IDH ha empezado a solicitar, de manera sistemática, información escrita a las partes en el proceso (Estado, representantes de las víctimas y CIDH) sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las sentencias. Luego, la Corte IDH tiene la potestad de confrontar la información en una audiencia privada de supervisión de sentencia. Finalmente, la Corte IDH emite una resolución en la que establece los puntos pendientes de cumplimiento por parte del Estado condenado.

Dado el trabajo que implica la supervisión de fallos y la necesidad de tener un procedimiento homologado en los mismos, en 2015 la Corte IDH creó un área especializada en la materia. De ello, da cuenta su informe anual:

¹²⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, resolutivo 5. Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. RC. 1989, resolutivo 5.

En el año de 2015 entró en funcionamiento una Unidad de la Secretaría de la Corte dedicada exclusivamente a la supervisión de cumplimiento de Sentencias (Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias), con el fin de dar un mayor seguimiento al grado de cumplimiento por parte de los Estados de las diversas medidas de reparación que son ordenadas, labor que hasta ese entonces se encontraba repartida entre los diferentes equipos de trabajo del área legal de la Secretaría de la Corte, los cuales también se encargaban de trabajar en los casos contenciosos pendientes de Sentencia, en el seguimiento de medidas provisionales y en opiniones consultivas.¹²⁶

5.2. Una medida innovadora de supervisión de sentencias

Uno de los temas que cada vez genera mayor preocupación en ambos órganos de protección del SIDH, es el relativo a tener la capacidad de realizar sus labores de manera eficiente y en un tiempo razonable. El seguimiento no es la excepción: tiene un desgaste para las víctimas y sus representantes por la exigencia continua del cumplimiento de medidas (sobre todo las reparaciones estructurales o relacionadas con la investigación de los hechos), lo cual se complica aún más cuando esa exigencia proviene de personas que no residen en la capital, que no hablan el idioma (por ser indígenas, extranjeros, o pertenecer a otro colectivo), que están en una situación de riesgo o vulnerabilidad, o por otras razones.

Empero, es un hecho que cada vez existen mayores fallos emitidos por la Corte IDH, lo cual podrá dificultar su labor de supervisión si no se toman medidas que garanticen contar con mayores recursos tanto financieros como humanos. Por ello, y aunado a las audiencias de supervisión en casos concretos, la Corte IDH ha empezado a celebrar audiencias conjuntas de supervisión respecto del mismo Estado, centrándose en un único punto resolutivo análogo a varios casos, de acuerdo con lo establecido en su reglamento vigente.¹²⁷

Inicialmente, la Corte IDH había utilizado esta estrategia en dos situaciones. La primera de ellas, sobre la evaluación de las medidas adoptadas por Colombia en relación con “la medida de reparación relativa a la atención médica y psicológica ordenada a favor de las víctimas y sus familiares en los siguientes casos: *19 Comerciantes, Masacre de Mapiripán, Gutiérrez Soler, Masacre de Pueblo Bello, Masacre de La Rochela, Masacres de Ituango, Escué Zapata, Valle Jaramillo y Cepeda Vargas*”.¹²⁸ La segunda de las situaciones se relacionó con la entrega de tierras a pueblos indígenas paraguayos.¹²⁹

A lo anterior, se sumó la convocatoria a una audiencia de supervisión de los puntos resolutivos sobre la lucha contra la impunidad en once casos guatemaltecos,¹³⁰ lo cual ha sido el precedente más

126 Corte IDH. Informe anual 2015, *op. cit.*, apartado V, literal A., p. 65.

127 El artículo 30 del Reglamento de la Corte IDH, titulado “acumulación de casos y de autos”, en su numeral 5, dispone lo siguiente: “[l]a Corte podrá acumular la supervisión del cumplimiento de dos o más sentencias dictadas respecto de un mismo Estado, si considera que las órdenes proferidas en cada sentencia guardan estrecha relación entre sí. En tales circunstancias, las víctimas de dichos casos o sus representantes deberán designar un interviniente común, conforme lo expuesto en el artículo 25 de este reglamento”.

128 Corte IDH. Comunicado de prensa Corte IDH_CP-01/12, de 20 de febrero de 2012. Apartado 3: Audiencias privadas sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, literal b “[a]tención médica y psicológica en nueve casos colombianos (Colombia)”, p. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_12.pdf (fecha de último acceso: 2017/07/15). Es importante señalar que la Corte IDH ya ha celebrado dos audiencias de supervisión conjunta sobre esta medida de reparación.

129 El proceso de supervisión y la audiencia celebrada se han enfocado a que la Corte IDH “obtenga información sobre el cumplimiento de la medida de reparación relativa a la identificación, entrega y titulación de las tierras ancestrales ordenada en los casos *Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek* [...]”. Corte IDH. Comunicado de prensa Corte IDH_CP-16/11, de 21 de noviembre de 2011. Apartado 2: Audiencia pública sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, literal a (Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_16_11_esp.pdf (fecha de último acceso: 2017/08/05).

130 La audiencia abordó los siguientes casos: *Blake, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales), Bámaca Velásquez, Mack Chang, Maritza Urrutia, Masacre Plan de Sánchez, Molina Theissen, Carpio Nicolle y otros, Tiu Tojin, Masacre de las Dos Erres y Chitay Nech*. Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia en 11 casos contra Guatemala respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los

amplio y ambicioso desarrollado por la Corte IDH tanto por la cantidad de casos bajo supervisión, como por el tema bajo análisis: la investigación diligente de violaciones de derechos humanos y la subsecuente consecución de justicia y verdad para cientos de víctimas.

La Corte IDH ha encontrado importante seguir manteniendo este tipo de supervisión conjunta, lo cual no elimina la pertinencia de continuar con un seguimiento casuístico. No obstante, como se desprende de los informes que presenta ante la Asamblea General de la OEA, parecería ser más sencillo para la Corte IDH el uso de la primera estrategia. Durante 2015, la Corte IDH sistematizó las audiencias y resoluciones conjuntas emitidas en los siguientes rubros:

1. La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos en doce casos contra Guatemala. En noviembre de 2015, la Corte IDH emitió una resolución de supervisión, en la cual valoró los avances –o pasos– dados por el Estado en algunos de esos casos, pero destacó que los procesos penales de once de ellos continuaban en etapa de investigación penal, identificó obstáculos estructurales y comunes a los doce casos y solicitó al Estado que definiera, a la mayor brevedad, las medidas que debía adoptar para combatirlos.
2. Medidas relativas a la identificación, entrega y titulación de tierras de tres comunidades indígenas ordenada en tres casos contra Paraguay. En junio de 2015, la Corte IDH emitió una resolución sobre esta medida de supervisión, en la cual determinó que el Estado dio cumplimiento a una de las medidas ordenadas –relativa a remover los obstáculos formales para la titulación de una parte de las tierras a favor de una de las comunidades–, pero declaró que estaban pendientes de cumplimiento todas las otras reparaciones relativas a la entrega de las tierras de las tres comunidades indígenas.
3. Brindar tratamiento médico y psicológico a las víctimas en diez casos contra Colombia. En el 2015 se solicitó un informe al Estado y observaciones a los representantes de las víctimas y a la CIDH.
4. La adecuación del derecho interno con los estándares convencionales e internacionales en materia de garantía del juez natural en relación con la jurisdicción penal militar, y la adopción de las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar contaran con un recurso efectivo de impugnación de la competencia de esa jurisdicción, ordenadas en cuatro casos contra México. En abril de 2015, la Corte IDH emitió resoluciones valorando el cumplimiento parcial de la primera de las referidas reparaciones y declaró el cumplimiento total de la segunda de ellas.
5. La adecuación del derecho interno en materia de protección del derecho a la vida ante la imposición de la pena de muerte obligatoria para el delito de homicidio en dos casos contra Barbados. En septiembre de 2015 se efectuó una audiencia de supervisión de cumplimiento.
6. Garantías de no repetición en seis casos contra Honduras relativas a: 1. las condiciones de centros penitenciarios, capacitación de funcionarios y registro de detenidos; 2. la protección de defensores de derechos humanos, en particular del medio ambiente, y 3. la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las violaciones a derechos humanos ocurridas en dichos casos. En agosto de 2015 se efectuó una audiencia de supervisión de cumplimiento en Tegucigalpa, Honduras.¹³¹

Si bien es cierto que la estrategia de la Corte IDH es interesante y práctica, es importante mencionar que debería verse de manera excepcional, en tanto debe responder al objetivo que se busca con la convocatoria a una audiencia de este tipo. La corta duración de la audiencia –muchas veces de escasas horas–, la premura de la convocatoria, los costos de la comparecencia, la diversidad de opiniones y criterios de las partes (en ocasiones organizaciones y víctimas pueden tener visiones y estrategias distintas, y desean ser escuchadas tanto por la Corte IDH como por la representación del Estado), y las dificultades para entablar un diálogo informal y fluido en el que la Corte IDH emplee sus buenos oficios para lograr compromisos por parte del Estado condenado, son apenas algunos aspectos a tomar en consideración para la consolidación de precedentes y prácticas exitosas en la supervisión de fallos.

derechos humanos. Resolución de 21 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervision/11_Casos_21_08_14.pdf (fecha de último acceso: 2017/08/05).

131 Cfr. Corte IDH. Informe anual 2015, *op. cit.*, pp. 68-69.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7. En adelante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 8. En adelante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C n.º 16. En adelante: Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. FCR. 1994.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C n.º 28. En adelante: Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996.

Corte IDH. *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C n.º 29. En adelante: Corte IDH. *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*. RC. 1996.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 30. En adelante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 31. En adelante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. RC. 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36. En adelante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C n.º 38. En adelante: Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador*. FRC. 1998.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 42. En adelante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C n.º 39. En adelante: Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 43. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52. En adelante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. En adelante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C n.º 77. En adelante: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C n.º 87. En adelante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C n.º 88. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C n.º 91. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C n.º 94. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C n.º 95. En adelante: Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C n.º 97. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101. En adelante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C n.º 108. En adelante: Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. RC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C n.º 115. En adelante: Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n.º 116. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C n.º 121. En adelante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n.º 132. En adelante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 133. En adelante: Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134. En adelante: Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 136. En adelante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147. En adelante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151. En adelante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. En adelante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160. En adelante: Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n.º 170. En adelante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 185. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186. En adelante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 191. En adelante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C n.º 196. En adelante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C n.º 197. En adelante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202. En adelante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209. En adelante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213. En adelante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219. En adelante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. En adelante: Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. En adelante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C n.º 227. En adelante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C n.º 228. En adelante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C n.º 229. En adelante: Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232. En adelante: Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C n.º 234. En adelante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 241. En adelante: Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n.º 257. En adelante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C n.º 258. En adelante: Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 267. En adelante: Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 273. En adelante: Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277. En adelante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 285. En adelante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287. En adelante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C n.º 289. En adelante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C n.º 292. En adelante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Resoluciones, decisiones e informes

Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Perú. Resolución del presidente de la Corte IDH de 5 de junio de 1990.

Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Perú. Resolución del presidente de la Corte IDH de 8 de agosto de 1990.

Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Perú. Resolución del presidente de la Corte IDH de 17 de enero de 1991.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Colombia. Resolución de 7 de diciembre de 1994.

Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de la República de Guatemala. Resolución del presidente de la Corte IDH de 16 de agosto de 1995.

Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de la República de Guatemala. Resolución de 22 de septiembre de 1995.

Corte IDH. *Caso de la comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Colombia. Resolución de 24 de noviembre de 2000.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002.

Corte IDH. *Caso comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas provisionales respecto de Colombia. Resolución de 6 de marzo de 2003.

Corte IDH. *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas provisionales. Resolución de 17 de noviembre de 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Colombia. Resolución de 15 de marzo de 2005.

Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisionales respecto del Estado de Guatemala. Resolución de 14 de junio de 2005.

Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Medidas provisionales respecto de Colombia. Resolución de 27 de junio de 2005.

Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Solicitud de Medidas provisionales presentada por la CIDH respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Resolución de 30 de marzo de 2006.

Corte IDH. *Asunto Adrián Meléndez y otros*. Medidas urgentes respecto de El Salvador. Resolución del presidente de la Corte IDH de 23 de marzo de 2007.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Medidas provisionales. Resolución de 6 de julio de 2009.

Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario Aragua "Cárcel de Tocarón"*. Medidas provisionales. Resolución de 24 de noviembre de 2010.

Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocarón"*. Medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de 15 de mayo de 2011.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*. Medidas provisionales respecto de México. Resolución de 30 de junio de 2011.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 1 de julio de 2011.

Corte IDH. *Asuntos de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela*. Resolución de 6 de julio de 2011.

Corte IDH. *Informe Anual 2011*. Corte IDH, San José, 2011.

Corte IDH. *Informe Anual 2017*. Corte IDH, San José, 2018.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

Corte Permanente de Justicia Internacional

CPIJ. *Case concerning the Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Jurisdiction) Judgment n.º 8, Series A n.º 9, 26 de julio de 1927.

CPIJ. *Case concerning the Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Merits) Judgment n.º 13, Series A n.º 17, 13 de septiembre de 1928.

Corte Internacional de Justicia

CIJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, p. 174.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

ONU. Comisión DHONU. Informe del Relator Theo van Boven sobre el *Estudio Relativo al Derecho a Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías. E/ CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de Julio de 1993.

ONU. Comisión de Derecho Internacional. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. A/ RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

ONU. Comité DHONU. Observación General n.º 31. *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

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

ONU. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. Programas de Reparaciones, 2008.

ONU. Comité contra la Tortura. Observación General n.º 3. *Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*. Doc. CAT/C/ GC/3. Distr. General, 13 de diciembre de 2012.

Artículos y publicaciones académicas

BERISTAIN, C. M. *Diálogos sobre la Reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Tomo I. IIDH, San José, 2008.

CORREA, C. “Reparations for victims of massive crimes: making concrete a message of inclusion”, en LETSCHERT, R. et al. (eds.) *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*. Intersentia, Cambridge/ Antwerp/ Portland, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo*. San José, 2005.

HERENCIA CARRASCO, S. “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, K. et al. (eds.) *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer, Berlín, Ciudad de México-Montevideo, 2011.

NASH ROJAS, C. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2a. ed., 2009.

RUBIO-MARÍN, R. et al. “Repairing family members: Gross Human Rights Violations and Communities of Harm”, en RUBIO-MARÍN, R. (ed.) *The Gender of Reparations: Unsettling sexual hierarchies while redressing Human Rights Violations*. CUP, New York, 2009.

TOMUSCHAT, C. “Reparations for victims of grave human rights violations”, en *Tulane J of Int'l & Comparative Law*, Vol. 10, Spring 2002.

Otras referencias no académicas

CORREA, C. *Derecho a la reparación: un peligroso precedente de la Corte Interamericana*. Publicado en la sección de noticias del Instituto de Democracia y Derechos Humanos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 7 de septiembre

de 2015. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/derecho-a-la-reparacion-un-peligroso-precedente-de-la-corte-interamericana/> (fecha de último acceso: 17 de diciembre de 2017).

PORTILLA, A. C. y CORREA, C. *Estudio sobre la implementación del Programa de Reparación Individual en Colombia*. ICTJ, Bogotá-Nueva York, 2015.

UPRIMNY YEPES, R. y SAFFON, M. P. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en DÍAZ GÓMEZ, C. *et al.* (eds) *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. ICTJ-Dejusticia, Bogotá, 2009.

Contenido

1. Introducción	1026
2. La obligación de reparar violaciones de derechos humanos	1027
2.1. Consagración convencional de la obligación de reparar	1027
2.2. El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte IDH	1028
3. Condiciones para la existencia de la obligación de reparar	1029
4. El contenido de la obligación de reparar	1030
4.1. La obligación de garantizar los derechos o las libertades conculcados	1032
4.2. La obligación de reparar	1035
4.3. Alcance de la obligación de reparar: <i>restitutio in integrum</i> , reparación integral y reparación transformadora con enfoque de género	1037
4.4. Vínculo entre el ilícito declarado en la sentencia y los perjuicios a ser reparados	1041
4.5. Causalidad y competencia <i>ratione temporis</i> de la Corte IDH	1041
4.6. Reconocimiento y evaluación de medidas de reparación judiciales o del contencioso administrativo	1042
4.7. Efecto de programas administrativos y de otras medidas de reparación en la definición de reparaciones de la Corte IDH	1045
4.8. La relación entre reparación individual y comunitaria en casos de masacres o violencia masiva	1051
4.9. El cumplimiento de las sentencias de reparación	1054
5. Formas de reparación	1056
5.1. La obligación de investigar, y medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición como medidas de reparación	1057
5.2. Indemnizaciones compensatorias	1068
6. Titulares de reparación	1085
6.1. Titulares de reparación por sufrimiento en casos de violaciones con resultado de muerte o desaparición	1085
6.2. Familiares y otras personas con derecho a reparación	1086
6.3. Oportunidad y exigencia de identificación de los titulares de reparación	1087
7. Condenación de costas	1088
8. Medidas provisionales	1090
8.1. Naturaleza de esta facultad y características como potencial medida tutelar de derechos humanos	1090
8.2. Oportunidad y órganos competentes	1091
8.3. Evaluación del cumplimiento de requisitos	1093
8.4. Prueba de los hechos para otorgar, ampliar y levantar las medidas provisionales	1094
8.5. Contenido de las medidas provisionales adoptadas	1095
9. Conclusiones	1096

1. Introducción

El artículo 63 de la CADH establece tres facultades que la Corte IDH puede ejercer cuando conozca de algún asunto: la de disponer el *goce de los derechos conculcados* a favor de quienes declare que han sido afectados en ellos; la de ordenar la *reparación* de los mismos; y la de adoptar *medidas provisionales* para evitar daños irreparables a las personas. Se trata de una norma de orden adjetivo, referida a la competencia y funciones de la Corte IDH, y no de la parte sustantiva de la CADH, donde se declaran los deberes de los Estados partes. No obstante, ellas son expresión de principios establecidos en el derecho internacional y que son consecuencia lógica del incumplimiento de los referidos deberes, como son la obligación de reparar y la de adoptar medidas provisionales de protección, indispensables para hacer eficaz la resolución de fondo. En virtud de esta norma se establecen consecuencias concretas y obligatorias para los Estados partes, que otorgan efectividad al SIDH y lo diferencian de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

La Corte IDH ha hecho un uso intensivo de estas facultades, particularmente en relación con las medidas de reparación, logrando así un impacto sustancial en la vigencia de los derechos humanos en el continente. Su jurisprudencia también ha ayudado a definir y a reforzar el contenido de la obligación de garantizar y de reparar, que tienen los Estados frente a sus ciudadanos, más allá de aquellos que son partes de la CADH. La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido recogida como una de las fuentes para la elaboración de normas universales sobre el derecho a la reparación de violaciones a los derechos humanos, como son los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (Principios Básicos del Derecho a la Reparación de la ONU), los cuales fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.¹ Por ello se trata de una norma que ha tenido un impacto significativo en el derecho internacional, habiendo ayudado a reforzar su vigencia y relevancia.

Este comentario examinará, primero, la forma como el derecho a la reparación de violaciones a los derechos humanos está consagrado y ha sido desarrollado por diferentes mecanismos de protección de derechos, resaltando las características distintivas de la protección que ha otorgado la Corte IDH. Luego, se estudiará a mayor detalle la forma en que la Corte IDH ha interpretado y aplicado esta norma, y se explicarán las condiciones que ha exigido para otorgar reparaciones. Más adelante se analizará la manera en que la Corte IDH ha entendido la facultad contenida en el artículo 63.1. de la CADH, particularmente la distinción entre la obligación de la Corte IDH de disponer que se garanticen los derechos lesionados, y la facultad de disponer reparaciones. Ello permitirá luego examinar las diversas formas de reparación que ha desarrollado en más de veintiocho años de jurisprudencia, explicando cómo ellas han evolucionado y se han complejizado, en un proceso de progresivo acercamiento tendiente a responder a las consecuencias que las violaciones a los derechos humanos tienen en la vida de las víctimas. Se espera así, no solo contribuir a la comprensión de cómo la Corte IDH entiende la obligación de los Estados a reparar las violaciones a los derechos humanos que han cometido, sino también, contribuir al raciocinio que jueces, abogados y operadores del derecho, puedan hacer para responder a las expectativas de reparación de víctimas de cualquier tipo de violación a los derechos humanos.

1 ONU. Asamblea General. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. A/RES/ 60/147, 16 de diciembre de 2005. Asimismo, ver Comisión DHONU. Informe del Relator Theo van Boven sobre el *Estudio Relativo al Derecho a Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías. E/ CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993.

2. La obligación de reparar violaciones de derechos humanos

2.1. Consagración convencional de la obligación de reparar

La CADH no dispone de una norma general que consagre la obligación de los Estados de proveer de reparaciones a las víctimas de las violaciones a los derechos establecidos en ella. Esta obligación tampoco está explícitamente consagrada en otros instrumentos de derecho internacional convencional. La forma en la que usualmente este derecho está consagrado es como la obligación de los Estados de establecer en su derecho interno *recursos efectivos* a las víctimas, dentro de los cuales diferentes órganos de implementación de estas convenciones han entendido que se comprende el recurso a obtener reparación.

En el caso de la CADH esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 25, que establece un derecho general a la protección, a través de “un recurso sencillo y rápido [...] ante los jueces o tribunales competentes”. La protección no solo se limita a los derechos consagrados por la CADH, sino “contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la [...] Convención”. Este derecho se vincula estrechamente con las facultades que la Corte IDH tiene en virtud del artículo 63 de la CADH, tal y como se verá cuando se analicen los diferentes componentes de esta norma. Una norma similar, el artículo 2.3., literal a), del PIDCP, ha sido entendida por el Comité DHONU como la consagración de la obligación de reparar. El Comité ha dicho que “si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple”.² Esto permite afirmar que *la obligación de los Estados de reparar violaciones a los derechos humanos deriva de su obligación general de garantizar dichos derechos*. Para algunas violaciones, no obstante, la CADH explícitamente consagra la obligación de reparar, como lo hacen el artículo 10, referido a la condena por error judicial,³ y el artículo 21, para el caso de expropiación. También existen disposiciones en tratados sobre temas específicos, los cuales establecen la obligación de incorporar en la legislación interna normas que garanticen la reparación para casos de tortura y desaparición forzada, tanto del SIDH como del sistema universal de derechos humanos.⁴

La existencia de normas, que expresamente consagran esta obligación solo respecto de ciertas violaciones, hace dudar que la obligación de reparar sea universalmente aceptada para todo tipo de violaciones. El texto del artículo 63.1. de la CADH –y más aún su homólogo, el artículo 41 del CEDH–, refuerzan este cuestionamiento, pues ambos instrumentos someten el examen sobre la pertinencia de la reparación a una *evaluación sobre su procedencia*, aun cuando ya haya sido establecida la existencia de una violación.⁵ Sin embargo, debe considerarse también la evolución que ha experimentado

2 ONU. Comité DHONU. Observación General n.º 31. *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 16.

3 Esta es una norma idéntica a la establecida en el artículo 14.6. del PIDCP, que es la única disposición de dicho Pacto que establece el derecho a indemnización. En ambos casos se trata de una obligación de los Estados de regular por ley, es decir, no es una obligación autoejecutable (*self-executing*).

4 Contempladas en el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes; el artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y recientemente el artículo 24.5. de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, que contempla una completa descripción de medidas de reparación y de reconocimiento de la verdad.

5 La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la existencia de una obligación universal de reparar ha sido criticada por Tomuschat por pretender concluir la existencia de un derecho subjetivo de las víctimas de cualquier violación de derechos humanos a un recurso en el derecho internacional. Según el autor, la Corte IDH ha interpretado que el artículo 63 de la CADH hace aplicable el principio general de la obligación de proveer de reparación en caso de violación de un tratado internacional a cualquier violación de la CADH. Este error se debería, según Tomuschat, a que la Corte IDH ha conocido casi exclusivamente de violaciones gravísimas de derechos. “Como resultado, la Corte no ha tenido la oportunidad de introducir las distinciones necesarias de acuerdo a la gravedad de los casos que ha conocido”. Ver Tomuschat, C. “Reparations for victims of grave human rights violations”, en *Tulane J of Int'l & Comparative Law*, Vol. 10, Spring 2002, p. 168.

esta obligación en las últimas décadas, considerando que las convenciones generales mencionadas son muy anteriores a aquellas que sí contienen disposiciones específicas sobre la obligación de reparar.⁶ Además, más allá de las disquisiciones teóricas en relación con el SIDH, para resolver esta pregunta, deben examinarse los tipos de violaciones por las que la Corte IDH ha otorgado o negado reparación, y las formas de reparación que ella ha dispuesto, es decir, la manera en que la Corte IDH ha usado la discrecionalidad que el artículo 63.1. le otorga.

2.2. El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH, haciendo aplicación del artículo 63.1., ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre el derecho a la reparación. Ha fundamentado este derecho no solo en la aplicación de principios provenientes del SIDH, como la DADDH, la Carta de la OEA, o la misma CADH, sino del principio proveniente del derecho internacional público sobre la responsabilidad de los Estados ante el incumplimiento de sus obligaciones. Ha afirmado que la obligación de los Estados de reparar las violaciones a derechos humanos cometidas, y en concreto lo dispuesto por el artículo 63.1. de la CADH “constituye una norma *consuetudinaria* que es, además, uno de los principios fundamentales del derecho de gentes”.⁷ Este carácter universal de la obligación de reparar ha hecho más relevante aún la jurisprudencia de la Corte IDH, la que ha contribuido al desarrollo de la conceptualización y alcances de esta obligación en el derecho internacional de aplicación universal.

Desde su primer caso contencioso, la Corte IDH ha entendido que la obligación de los Estados de reparar a las víctimas por las infracciones cometidas a la CADH, es una obligación fundada en el derecho internacional público, y regulada enteramente por este. Parafraseando la decisión de la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*,⁸ —reafirmada en forma constante por su jurisprudencia posterior— los principios en los que se basa esta obligación son los siguientes:

- Toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta un deber de repararlo adecuadamente. La Corte IDH ha incluso señalado que esta es una concepción general del derecho, y ha afirmado esta postura en una decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y su sucesora, la CIJ;⁹
- La reparación del daño consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral; la liquidación de este último debe ajustarse a los principios de la equidad;
- La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en los instrumentos internacionales de carácter universal y regional. La Corte IDH se basa en los repetidos pronunciamientos hechos por el Comité DHONU sobre el pago de violaciones a los derechos reconocidos en el PIDCP, con base en su Protocolo Facultativo, y por la jurisprudencia del TEDH;
- La Corte IDH debe fundamentar su decisión para fijar la indemnización enteramente en la CADH y los principios de derecho internacional aplicables, y no está condicionada a las disposiciones del derecho interno.¹⁰

6 El CEDH fue aprobado en 1950, el PIDCP en 1966, y la CADH en 1969. Por su parte, las convenciones que prohíben la tortura fueron aprobadas en 1984 y 1985, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada en 2006.

7 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 43. (énfasis agregado)

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párrs. 25-31.

9 CPJI. *Case concerning the Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Jurisdiction) Judgment n.º 8, Series A n.º 9, 26 de julio de 1927, p. 21. CPJI. *Case concerning the Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Merits) Judgment n.º 13, Series A n.º 17, 13 de septiembre de 1928, p. 29. CIJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory Opinion. I. C. J. Reports 1949, p. 174, 184. Cabe hacer notar, no obstante, que esta última decisión se refiere a una opinión consultiva.

10 La Corte IDH ha sido clara en afirmar el principio de inadmisibilidad del derecho interno para justificar el incumpli-

Estos principios están presentes en prácticamente todas las sentencias de la Corte IDH en las que se establece que ha habido una violación a la CADH que ha producido un daño. Ellos son citados, con escasos cambios en su formulación, en forma constante.

Sin embargo, además de la jurisprudencia de diferentes órganos de protección de los derechos humanos en el sistema universal y en los sistemas interamericano y europeo, en los últimos años, diferentes órganos de la ONU han reconocido la existencia de la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos. Ello se desprende expresamente de los ya citados Principios Básicos del Derecho a la Reparación de la ONU, que precisamente en su preámbulo señalan que los principios y directrices básicos que figuran en el documento no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido.

Concretamente en el marco de la CADH, la obligación de reparar a cargo del Estado se refiere a la implementación de mecanismos a nivel interno. Ello se desprende de la lectura conjunta de la jurisprudencia de la Corte IDH en aplicación del artículo 63.1., así como de su jurisprudencia relativa a la obligación de proveer de un recurso efectivo y rápido a las víctimas de violaciones (art. 25), y de la obligación de incorporar al derecho interno las garantías para el ejercicio de los derechos y libertades establecidos por la CADH.

La gran virtud del SIDH es que ha establecido un mecanismo obligatorio supranacional que permite a personas naturales, y a los pueblos y comunidades indígenas y tribales, reclamar cuando los recursos internos no han funcionado, y obtener decisiones que contienen medidas concretas de reparación, que los Estados deben ejecutar. No obstante, ello no significa que todas las personas que estimen lesionados sus derechos obtendrán una reparación, pues la obligación de los Estados a reparar está aún sujeta al análisis de admisibilidad que realiza la CIDH, y, como se verá a continuación, de la discrecionalidad que tiene la Corte IDH para disponer la reparación de perjuicios. Pero la discrecionalidad inherente de este recurso supranacional (en cuanto a las medidas específicas que se determinen para la reparación de la violación), *no niega la existencia de la obligación de los Estados de reparar, mediante sus mecanismos internos, las consecuencias de sus actos u omisiones que conculquen los derechos internacionalmente reconocidos.*

Otra de las virtudes del SIDH, y de la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia, ha sido el desarrollo de estos principios y su concreción en soluciones prácticas. Ello ha contribuido a incrementar el respeto de los derechos humanos y la existencia de mecanismos nacionales para su protección a lo largo de la región.¹¹ Ello constituye no solo herramientas para definir la forma de reparar violaciones a los derechos humanos cometidas por los Estados, sino también para mejorar el sistema general de protección de todo tipo de víctimas de delitos, gracias al desarrollo de modalidades de reparación sobre el daño inmaterial, la pérdida de oportunidades y otros factores que la Corte IDH ha utilizado para apoyar sus decisiones.

3. Condiciones para la existencia de la obligación de reparar

El artículo 63.1. impone como condición para que la Corte IDH disponga de medidas de reparación el haber decidido “que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención”. Esto

miento de un tratado, consagrado por el artículo 27 de la CVDI tanto en materia de su autonomía del derecho interno para determinar las formas de reparación como para afirmar que las disposiciones de derecho interno no deben ser obstáculo para cumplir con la obligación de investigar las violaciones a la CADH, cuya existencia ella ha determinado.

11 Para una visión general del impacto reparador del Sistema Interamericano, basado en las opiniones de sus actores, ver Beristain, C. M. *Diálogos sobre la Reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Tomo I. IIDH, San José, 2008.

implica hacer un análisis sobre cuáles de las disposiciones de la CADH han sido violadas. Esta determinación es parte del análisis de fondo de las sentencias de la Corte IDH. Precisamente, tal y como se observa en las sentencias, la parte commiserativa es donde la Corte IDH realiza el análisis de las violaciones a las diferentes disposiciones de la CADH. Ese es uno de los aspectos interesantes del estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH, pues su análisis permite hacer el vínculo entre las diferentes secuelas de cada una de las violaciones a los derechos establecidas y las medidas de reparación que se disponen.

También exige, como segundo elemento, que dicha violación sea imputable al Estado.

Un tercer elemento es la existencia de un daño sufrido por la víctima, y respecto del cual se demanda reparación. Sin embargo, es menos claro que la Corte IDH exija la existencia de un daño, y por tanto de una víctima, para determinar que existe una obligación de reparar.¹² Frecuentemente, en las sentencias de fondo, la Corte IDH concluye que existe dicha obligación sin examinar el daño. Este es evaluado al momento de discutirse la forma y cuantía de la reparación, así como la identificación de beneficiarios. Por ello, puede ser más correcto afirmar que la Corte IDH no exige este requisito para determinar la existencia de la obligación de reparar, sino para efectos de determinar la modalidad de reparación material. Aún más, la Corte IDH ha dispuesto el pago de una indemnización por daño inmaterial “por la falta de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad comunal”,¹³ no habiéndose acreditado que ello haya significado un perjuicio material directo.

Más allá de este caso particular, este requisito sí es exigido para determinar la reparación material que cada víctima, parte lesionada o familiar debe recibir. Sin embargo, los requisitos varían de acuerdo con las modalidades específicas de reparación, como se verá más adelante.

4. El contenido de la obligación de reparar

La obligación de reparar en la CADH está establecida como una obligación que impone la Corte IDH cuando decide que se ha vulnerado un derecho protegido por el instrumento convencional. Esta obligación comprende dos situaciones descritas en la primera y en la segunda oración del artículo 63.1.: la obligación de garantizar los derechos o libertades conculcados, y la obligación de reparar tales violaciones.

Sin embargo, esta distinción ha sido, en parte, superada en la jurisprudencia de la Corte IDH, por aquella que se basa en una *noción de reparación integral*, y que comprende medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. En sus informes anuales de 2010 y 2011, la Corte IDH incluyó una definición de cada una de estas medidas, las que entiende como:

Medidas de restitución. Estas medidas implican el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de que ocurriera la violación. La restitución como forma de reparación contempla medidas tales como: a) el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; b) la devolución de bienes confiscados ilegalmente; c) el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; d) el reintegro al empleo; e) la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y cancelación de los registros correspondientes, y f) la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.

Medidas de rehabilitación. Son aquellas medidas destinadas a brindar atención médica y psicológica necesaria para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas,

12 Nash Rojas, C. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2a. ed., 2009, p. 18.

13 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 167. No obstante, en su voto disidente, el juez *ad hoc* Montiel Arguello, argumentó que tampoco correspondía imponer indemnización por daño inmaterial “porque la falta de delimitación de las tierras no ha afectado el sistema de vida tradicional de los indígenas de la Comunidad Awas Tingni”. *Ibidem*, voto concurrente del juez *ad hoc*, párr. 9.

mismas que deben brindarse de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos, y en su caso, el suministro de bienes y servicios.

Medidas de satisfacción. Estas medidas se encuentran dirigidas a reparar el daño inmaterial (sufrimientos y las aficciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). Comprenden asimismo, entre otros, actos u obras de alcance o repercusión pública, actos de reconocimiento de responsabilidad, disculpas públicas a favor de las víctimas y actos de conmemoración de las víctimas, pretendiendo de esta manera la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos. En este sentido, algunos ejemplos de medidas de satisfacción son los siguientes: a) acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio a la memoria de las víctimas; b) publicación o difusión de la sentencia de la Corte IDH; c) medidas en conmemoración de las víctimas o de los hechos; d) becas de estudio o conmemorativas; y e) la implementación de programas sociales.

Garantías de no repetición. Estas son medidas tendientes a que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso, materia de estudio de la Corte IDH. Las garantías de no repetición tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales, viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso sino también otros miembros y grupos de la sociedad. Las garantías de no repetición se pueden dividir a su vez en tres grupos, según su naturaleza y finalidad, a saber: a) medidas de adecuación de la legislación interna a los parámetros convencionales; b) capacitación a funcionarios públicos en derechos humanos; y c) adopción de otras medidas para garantizar la no repetición de violaciones.

Obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar. Se trata de la obligación que tienen los Estados de garantizar la investigación efectiva de los hechos violatorios y, en su caso, determinar los autores materiales e intelectuales de los mismos, así como aplicar las sanciones correspondientes. Esta obligación implica también la realización de investigaciones administrativas con el fin de sancionar a las personas que hayan obstaculizado los procesos internos. Asimismo, dentro de esta obligación los Estados, de ser el caso, deben determinar el paradero de las víctimas [esto es particularmente relevante en casos de desaparición forzada]. Así, el Estado debe remover todos los obstáculos, de *facto* y de *jure*, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos violatorios. El cumplimiento de esta obligación, a su vez, contribuye a la reparación de las víctimas y sus familiares.¹⁴

Estos conceptos han sido desarrollados por la Corte IDH en su esfuerzo por responder a las secuelas que las víctimas experimentan a partir de las violaciones sufridas, así como a los planteamientos que ellas y la CIDH hacen respecto de sus expectativas de reparación. Ellos coinciden además con la evolución, desarrollada en diálogo con este proceso, que el concepto de reparación ha tenido en el sistema universal de protección a los derechos humanos, y que se ha plasmado en los Principios Básicos del Derecho a la Reparación de la ONU.

No obstante, aun a pesar de la utilidad de estas distinciones, a fin de explicar el contenido de la obligación de reparar establecida en el artículo 63.1. de la CADH es importante utilizar la distinción que la norma hace entre la obligación de garantizar los derechos y libertades conculcados, por un lado, y la obligación de reparar, por otro lado.

14 Corte IDH. *Informe Anual 2011*. Corte IDH, San José, 2011, pp. 18-19.

4.1. La obligación de garantizar los derechos o las libertades conculcados

Esta obligación constituye la primera y más inmediata consecuencia que, según el artículo 63.1. de la CADH, la Corte IDH debe disponer cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por el instrumento convencional. Asimismo, es una consecuencia necesaria de la determinación sobre la existencia de una violación, y no condicionada a un análisis sobre su procedencia, como ocurre con la facultad de disponer medidas de reparación. Ello implica que la Corte IDH debiera disponer de medidas de esta naturaleza en toda ocasión que concluye sobre la existencia de una violación, y aun cuando ellas no sean solicitadas por las partes o por la CIDH.

Así lo ha hecho la Corte IDH, y las medidas que ha dispuesto en este ámbito tienen gran relevancia desde el punto de vista de garantizar los derechos no solo de las víctimas, sino de todas las personas. Las medidas varían en cada caso, pero la Corte IDH ha hecho un profuso uso de sus atribuciones para ordenar la adecuación de la legislación interna a las obligaciones que la CADH dispone, en virtud del artículo 2.

En sus sentencias iniciales, la Corte IDH distinguía claramente entre medidas para garantizar los derechos conculcados y medidas de reparación. Sin embargo, en sus posteriores sentencias, ha dispuesto medidas cuya naturaleza es la de garantizar dichos derechos, como formas de restitución. Esto se observa principalmente en casos no de restitución material, sino referidos al “restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a[] lugar de residencia, la reintegración en [el] empleo y la devolución de [...] bienes”, que es como definen los Principios Básicos del Derecho a Reparación de la ONU este derecho.¹⁵

Las medidas para garantizar el goce de derechos también han sido entendidas como formas de satisfacción o como garantías de no repetición,¹⁶ las que pueden tener un alcance general. Precisamente, este es el motivo principal que incita a muchos litigantes al litigio ante la Corte IDH, y que se expresa más claramente en aquellos casos en los que no hay una víctima directa, y que se refieren a derechos o intereses difusos.¹⁷ La aparente confusión que hace la Corte IDH entre medidas para garantizar los derechos o libertades conculcados, y medidas de restitución o de garantías de no repetición, no tiene importancia práctica, y ella es más bien el fruto de la evolución de su jurisprudencia. Lo que sí es relevante es el empleo de un abanico de medidas que en su conjunto persiguen el objetivo doble de garantizar dichos derechos y, en los aspectos en que ello no es posible o insuficiente, *reparar*. No obstante, esta confusión puede constituir un problema si en razón de ella se llegara a desconocer que las medidas cuya naturaleza se refieren a garantizar el goce de derechos conculcados no son de evaluación discrecional por parte de la Corte IDH, sino que le son obligatorias.

4.1.1. Acceso a la protección judicial

Las formas como la Corte IDH ha dispuesto la garantía del goce de los derechos conculcados es muy diversa, dependiendo de la forma de la violación cometida en cada caso. Una de ellas se refiere al acceso a la protección judicial. La Corte IDH ha declarado la obligación de los Estados de “subsana la demora”,¹⁸ en la resolución de un recurso judicial, en el marco de la investigación de un crimen, al determinar que se violó en dicho caso el derecho de las personas a “ser oída [...] dentro de un plazo razonable”, consagrado el artículo 8.1. de la CADH. Asimismo, en un caso de desaparición forzada, declaró, además de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de la víctima, que el Estado había violado el derecho de esta y de sus familiares a un recurso efectivo, en particular “por la

15 ONU. Principios Básicos del Derecho a la Reparación de la ONU, *op. cit.*, principio 19.

16 *Ibidem*, principios 22-23.

17 Ver, por ejemplo, Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. FRC. 2001, párrs. 98-99. En esta sentencia, las medidas de reparación dictaminadas consistieron en ordenar la modificación del ordenamiento jurídico interno con relación a la existencia de censura, pero no de la imposición de otras formas de reparación a favor de ninguna persona en particular.

18 Corte IDH. Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. FRC. 1997, párr. 96.

ineficacia del recurso de hábeas corpus para lograr la libertad de este, y quizás para salvar su vida”.¹⁹ Con base en ello, la Corte IDH dispuso, “como medida de reparación a favor de dichos familiares, la efectiva investigación y la correspondiente sanción de los responsables de los hechos que motivaron la demanda”.²⁰ El argumento implícito es que la investigación y sanción no solo conforman parte de una reparación, entendida como satisfacción, de acuerdo con el lenguaje de los Principios Básicos sobre el Derecho a la Reparación de la ONU, sino que también garantizan el derecho a un recurso efectivo y rápido, el cual fue violado. Ello es particularmente relevante en casos de desaparición forzada, donde la conducta criminal no solo atenta contra la libertad, integridad física y psíquica, y vida de la víctima, sino también contra su derecho y el de sus familiares a la protección judicial, como también lo ha establecido la Corte IDH.²¹

Otras situaciones en las que la Corte IDH ha ordenado que el Estado responsable de una violación debe garantizar los derechos conculcados, se relacionan con casos de exoneraciones o destituciones arbitrarias; en estos casos, la Corte IDH ha ordenado la reinstalación en el empleo bajo las mismas condiciones que antes de la exoneración.²² En una situación similar, la Corte IDH reconoció, en un caso de privación de nacionalidad, que habiendo el Estado aceptado la recomendación de la CIDH, mediante la anulación de la resolución de privación de nacionalidad, este había dado cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho conculcado,²³ disponiendo, además, medidas de reparación a ser definidas de acuerdo con el derecho interno.²⁴ La Corte IDH ha entendido, como parte de la restitución de derechos, que no solo corresponde ordenar la libertad de una persona detenida, sino también que se reconozca en forma expresa que la libertad que se concedió a la víctima es definitiva y no está sujeta a condición ni restricción alguna.²⁵ Otras formas de garantizar el goce de los derechos conculcados son el reconocimiento de derechos laborales (lo que incluía su re-inscripción en el registro de jubilaciones) de una víctima que había sido privada de la libertad de forma arbitraria,²⁶ y la anulación de los antecedentes penales de una víctima que había sido objeto de detención y persecución penal arbitraria, así como la anulación de los respectivos procesos, lo que también puede ser entendido como una forma de restitución.²⁷

4.1.2. Derechos de los pueblos y comunidades indígenas

Si bien no está explícito en la decisión de la Corte IDH como una forma de garantizar los derechos conculcados, en un caso sobre violación del derecho de propiedad ancestral de una comunidad indígena, la Corte IDH dispuso la delimitación, demarcación y titulación de sus tierras, con la participación de ella, “tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de

19 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. EP. 1998, párr. 70.

20 *Idem*.

21 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párrs. 59-103.

22 En uno de ellos, referidos a doscientos setenta trabajadores y líderes sindicales despedidos, la Corte IDH dispuso “que el Estado est[aba] obligado a restablecer en sus cargos a las víctimas que se enc[ontraban] con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respet[aran] [las] condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos”. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párr. 203. En otro caso, referido a magistrados de la Corte Constitucional del Perú, la Corte IDH consideró que, habiendo sido ellos reinstalados en sus cargos, por disposición del Congreso de la República, el Estado había cumplido con su obligación de garantizar el derecho conculcado. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 120.

23 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 179.

24 Asimismo, la Corte IDH dispuso, además de otras formas de reparación, que “el Estado deb[ía] facilitar las condiciones para que el señor Ivcher Bronstein, a quien se ha[bía] restituido la nacionalidad peruana, pu[diera] realizar las gestiones necesarias para recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S. A., como lo era hasta el 1 de agosto de 1997, en los términos de la legislación interna”. También sujetó a las normas de derecho interno el “resarcimiento relativo a los dividendos y las demás percepciones que hubieran correspondido al señor Ivcher como accionista mayoritario y funcionario de dicha Compañía”, y que “el Estado deb[ía] garantizar al señor Ivcher el derecho a buscar, investigar y difundir información e ideas a través del Canal 2-Frecuencia Latina de la televisión peruana”. *Ibidem*, párrs. 181-182.

25 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 109.

26 *Ibidem*, párrs. 113-114.

27 *Ibidem*, párr. 122.

la Comunidad”.²⁸ En otro caso, también referido a una comunidad indígena cuyo derecho de propiedad ancestral sobre sus tierras fue violado, la Corte IDH dispuso la restitución de estas, exigiendo no solo su demarcación, sino también imponiendo condiciones estrictas para la entrega de tierras alternativas. También dispuso la protección del territorio reclamado mientras no se procediera a su restitución y la titulación del predio donde se encontraba asentada la comunidad.²⁹ Medidas similares fueron ordenadas por la Corte IDH en el caso de una masacre que obligó a una comunidad étnica a desplazarse de su territorio ancestral, aunado a la investigación de los hechos y garantías de protección mediante evaluaciones periódicas de las condiciones de seguridad.³⁰

En otro caso similar, la Corte IDH dispuso, en forma adicional “el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva a la comunidad [...]”.³¹ También ha ordenado el reconocimiento jurídico de la propiedad colectiva, de acuerdo con su derecho consuetudinario, así como el reconocimiento y la garantía del derecho a la consulta del pueblo en cuestión.³²

4.1.3. Obligaciones de no hacer impuestas al Estado

La Corte IDH ha ordenado obligaciones de no hacer para garantizar el ejercicio de los derechos conculcados. En un caso, la Corte IDH concluyó que el modo en que estaba penalizado el homicidio intencional en una ley de Trinidad y Tobago, que imponía en forma automática y sin consideraciones particulares sobre los acusados la pena de muerte, era violatoria de la CADH. Además de disponer que el Estado debía modificar la ley, dispuso también que debía abstenerse de aplicar la pena de muerte respecto de 31 personas condenadas a ella, y debía tramitar de nuevo los procedimientos penales respecto de los delitos que se les imputaban.³³

Otra situación en la que la Corte IDH ordenó al Estado abstenerse de ejecutar medidas judiciales dictaminadas para garantizar el goce de derechos conculcados, fue en el marco del derecho de acceso a la justicia. La Corte IDH consideró que las garantías judiciales que establecen los artículos 8 y 25 de la CADH habían sido violadas, al exigirse a una persona el pago de una tasa judicial, fijada en proporción a la cuantía del juicio, que hacía virtualmente imposible el ejercicio de sus derechos. En consecuencia, dispuso que el Estado se abstuviera de cobrar dicha tasa judicial, y de cobrar una multa impuesta por no haber pagado la tasa judicial en el plazo establecido por la ley, que era equivalente a la mitad de dicha tasa.³⁴

4.1.4. Modificación al marco legal interno de los Estados

Si bien la adecuación de normas legales internas es usualmente referida como una garantía de no repetición, puede considerarse que esta medida responde a lo dispuesto en la primera oración del artículo 63.1. de la CADH, cuando la modificación es requisito para garantizar el goce de los derechos conculcados. Así, en un caso en el que la Corte IDH decidió que el Estado había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de ciertas personas mediante la prohibición de exhibición de una película, dispuso:

[...] que el Estado deb[ía] modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, ya que est[aba] obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.³⁵

28 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 164.

29 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 281-295.

30 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 209-215.

31 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

32 *Idem*.

33 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, párrs. 211-215.

34 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 70.

35 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001, párr. 97.

Otro ejemplo de ello se encuentra en la sentencia por censura, violación de la libertad de expresión, violación del derecho de propiedad y violaciones al debido proceso que afectaron a un empleado civil de la Armada de Chile, por la publicación de un libro sobre servicios de inteligencia, que fue confiscado y destruido, y él condenado por varios delitos. La Corte IDH ordenó “permitir al señor Palamara Iribarne la publicación de su libro”.³⁶ Además, la Corte IDH dispuso que el Estado debía dejar sin efecto todas las sentencias condenatorias dictadas en su contra, incluyendo “todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto alguno los procesos penales militares instruidos en contra de Palamara Iribarne y sus sentencias, incluyendo la supresión de los antecedentes penales del registro correspondiente”.³⁷

Como se observa, la variedad de medidas es muy amplia, pues ellas se refieren a las diferentes formas de desconocimiento o violación de los derechos consagrados por la CADH. Muchas de ellas, no obstante, son definidas por la Corte IDH como formas de restitución, como garantías de no repetición o simplemente como otras reparaciones, haciendo menos perceptible la fuerza imperativa que tiene el ordenarlas como formas de garantizar al lesionado el goce de sus derechos conculcados.

4.2. La obligación de reparar

La segunda oración del artículo 63.1. impone a la Corte IDH una obligación, que si bien es complementaria de la anterior, es diferente. Esta obligación establece que, al decidir que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH, la Corte IDH dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Por el tono imperativo del verbo usado en el texto: “dispondrá”, pareciera que esta segunda oración, al igual que la primera, dispone un mandato para la Corte IDH, y no una facultad. Sin embargo, a diferencia de la primera oración del artículo 63.1., la segunda oración intercala la frase “*si ello fuera procedente*”. En consecuencia, con relación a la reparación, la Corte IDH no está obligada a imponerla, sino a evaluar sobre su procedencia y, si así lo decide, definir sus términos.

Este análisis de procedencia está presente también en el artículo 41 del CEDH, bajo el rótulo de “satisfacción equitativa”.

La existencia en ambas normas, de un análisis de procedencia sobre la reparación, da lugar a afirmar que no está consagrado, en ninguna de las dos convenciones, un derecho general y absoluto de las víctimas a la reparación. El uso más restrictivo que el TEDH ha hecho de esta facultad refuerza esta noción. Sin embargo, ello responde también a la naturaleza de los casos que han conocido ambos tribunales. La jurisprudencia de la Corte IDH se ha desarrollado a partir del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sobre desaparición forzada, en un contexto de práctica sistemática de este crimen. La gran mayoría de los casos noticiosos que ha conocido la Corte IDH se han referido a delitos de naturaleza y gravedad similares.

Además de la diferencia ya señalada con relación a la jurisprudencia en materia de reparación del TEDH, debe considerarse que la evaluación de procedencia que debe hacer el TEDH contiene un análisis de la capacidad del derecho interno del Estado infractor de reparar las consecuencias de la violación. La Corte IDH no está sometida a dicha exigencia en su evaluación sobre la procedencia de la reparación, y, por el contrario, ha afirmado su competencia absoluta para determinar la forma de reparación, y la inaplicabilidad de normas de derecho interno como obstáculo para su determinación.³⁸ Se ha tratado de una decisión justificada por la sistematicidad y gravedad de las violaciones de que conoce, y que se ve confirmada por la renuencia de los Estados a cumplir incluso con las medidas ordenadas.³⁹

36 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 250.

37 *Ibidem*, párr. 253.

38 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párr. 54.

39 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, párr. 35.

Así, además de la emisión de la sentencia, la Corte IDH ha ejercido la discrecionalidad que el artículo 63.1. de la CADH le autoriza, evaluando en cada caso las medidas de reparación apropiadas. La gravedad de las violaciones que ha conocido la Corte IDH, explica por qué en la gran mayoría de los casos en los que ha decidido la existencia de una violación a la CADH, ha ordenado reparaciones. Ello lo ha hecho en forma adicional a la disposición de medidas para garantizar al lesionado en ejercicio de los derechos conculcados, a veces, como se explicó, sin hacer distinciones entre ambas. En efecto, en prácticamente todos los casos citados en la sección anterior, la Corte IDH, además de las medidas descritas, impuso el pago de reparaciones.⁴⁰

En pocos casos, la Corte IDH no ha ordenado el pago de una compensación. Ello parece justificable en situaciones que no corresponden a violaciones al derecho a la vida o a la integridad física o psíquica, en lo que la injusticia podría ser reparada mediante la mera declaración de ella. Ese ha sido el caso en dos situaciones sobre violaciones al derecho a la información, en los que además los perjuicios alegados no fueron claramente establecidos.⁴¹

En ocasiones, no obstante, el resultado de este ejercicio de discrecionalidad hecho por la Corte IDH es cuestionable, si se considera que toda víctima de un acto culposos o doloso que produce daño tiene derecho a la reparación, y no solo al goce de sus derechos y a un reconocimiento oficial de responsabilidad mediante una sentencia, más aun cuando se trata de una violación grave en la que parecería que no basta con la declaración judicial.

En dos casos en los que se constataron la privación de libertad en condiciones que constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Corte IDH no dispuso reparación por tales hechos; en cambio se limitó a declarar la nulidad o la revocación de los procesos seguidos, por no cumplir con las garantías judiciales establecidas por la CADH, y reformar las normas en las que dichos procesos se fundaron.⁴² En uno de ellos, agregó el mandato de adecuar las condiciones carcelarias a los estándares internacionales y la publicación de la sentencia.⁴³ Este tratamiento se puede explicar por tratarse de personas condenadas por delitos graves, pero aun así ello no justifica desconocer su derecho a la reparación, pues el derecho no exige establecer la inocencia del titular quien es objeto de la acusación criminal.

Esta tendencia es preocupante, más aun por tratarse de un tribunal de única instancia. En un caso reciente la Corte IDH nuevamente rechazó otorgar indemnización por el sufrimiento causado a una víctima de ejecución sumaria, sin dar mayores explicaciones de su razonamiento. Se trata también de un caso en el que la víctima era miembro de un grupo subversivo, lo que podría generar la impresión que aquellos alzados en armas no tendrían derecho a reparación en caso de ser ejecutados o torturados. La Corte IDH en otros casos no ha considerado que la conducta previa de las víctimas, o su pertenencia a grupos armados subversivos sea razón para negar el derecho a la reparación una vez constatada la existencia de una violación.⁴⁴ Sin embargo, en este caso, y sin dar mayor justificación, la Corte IDH se limitó a señalar el efecto reparador que ella le atribuye a la emisión de su sentencia, y a las órdenes

40 Como se indicó anteriormente, cuando la violación se ha referido a un derecho o interés difuso, como fue el caso de *La última tentación de Cristo*, la Corte IDH no impuso otras medidas de reparación, salvo el reembolso de gastos de los representantes. Cfr. Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. FRC. 2001.

41 En dos casos referidos al derecho a la información, la Corte IDH reconoció la existencia de una violación a la libertad de buscar, recibir y difundir información, y del derecho a la integridad personal en contra de los dueños y trabajadores de los medios censurados. No obstante, como medidas de reparación se limitó a disponer la obligación de investigar los delitos ocurridos, publicar la sentencia y adoptar medidas necesarias para evitar restricciones u obstáculos a la libertad de información de los afectados, declarando en todo lo demás que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Corte IDH. Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 413-416. Corte IDH. Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párrs. 403-406.

42 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párrs. 221-222, 225.

43 Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. FRC. 2005, párrs. 135-136.

44 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. FRC. 2006. Corte IDH. Caso *Neira Alegria y otros vs. Perú*. RC. 1996. Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. FRC. 2004.

dictaminadas en materia de investigación de los hechos y de la difusión de la sentencia.⁴⁵ Al hacerlo, además, la Corte IDH dejó de cumplir con su obligación, establecida en el artículo 66.1. de la CADH, de fundamentar sus decisiones.

4.3. Alcance de la obligación de reparar: *restitutio in integrum*, reparación integral y reparación transformadora con enfoque de género

Una vez aclarado en qué ocasiones la Corte IDH ha ejercido su facultad de disponer reparaciones, es preciso clarificar el contenido de esta obligación. Esta obligación se basa, como ha afirmado la Corte IDH, en devolver a la víctima a la situación anterior, es decir, restaurar a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la violación (*restitutio in integrum*). Ello es consistente con la evolución del derecho, esta figura se observa en el Derecho Romano, y es reconocida en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, redactados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 2001.

La noción de *restitutio in integrum* en la jurisprudencia de la Corte IDH no se limita al concepto de restitución, sino se refiere al objetivo que persigue la reparación, esto es:

*el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.*⁴⁶

No obstante, la Corte IDH también reconoció desde sus primeros casos, que es imposible restituir a la situación anterior, lo que hace necesario también *compensar* todas las consecuencias del hecho dañoso.

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y remotas otras. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causæ est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. La Corte IDH ha entendido las diversas consecuencias que acarrea el hecho internacionalmente ilícito:

Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo incommensurable. [...] La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida *jurídicamente tutelada*. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la *integrum restitutio* se refiere a un modo como *puede* ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como *debe* ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada (*cfr. Usine de Chorzów, fond, supra* 43, p. 48). De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1. de la Convención Americana.⁴⁷

La pretensión de restitución a la situación anterior, particularmente en relación con este tipo de daño, a diferencia de perjuicios meramente patrimoniales, es imposible.⁴⁸ Así, el papel que debe jugar

45 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. EPFRC. 2015, párr. 483. En relación con este caso, ver Correa, C. *Derecho a la reparación: un peligroso precedente de la Corte Interamericana*. Publicado en la sección de noticias del Instituto de Democracia y Derechos Humanos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 7 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/derecho-a-la-reparacion-un-peligroso-precedente-de-la-corte-interamericana/> (fecha de último acceso: 17 de diciembre de 2017).

46 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párr. 26. (énfasis agregado)

47 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párrs. 48-49. (énfasis agregado)

48 Sobre esta materia, ver García Ramírez, S. "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de reparaciones", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo*. Corte IDH, San José, 2005, pp. 39-43, y particularmente su voto razonado en el caso Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

la noción de *restitutio in integrum* es de guiar las decisiones sobre el conjunto de las medidas de reparación para que ellas busquen, en la medida de lo posible acercarse a ese ideal.

A partir de esta constatación, la Corte IDH ha desarrollado la noción de *reparación integral*, que comprende una serie de medidas apreciadas en conjunto. La forma como ellas actúan en conjunto ha sido definida por la Corte IDH de la siguiente manera:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar *diversas medidas de reparación*, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.⁴⁹

Esta noción de devolver a la víctima al estado de cosas anterior a la violación se traduce en la exigencia de *proporcionalidad entre daño y reparación*. Así, el daño constituye el estándar para la definición de esta última, tanto como límite inferior como superior. En consecuencia, la Corte IDH ha rechazado la imposición de indemnizaciones punitivas, limitando la compensación a los daños causados.

La expresión “justa indemnización” que utiliza el artículo 63.1. de la CADH, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la “parte lesionada”, es compensatoria y no sancionatoria.⁵⁰

Otra consecuencia importante de esta noción de reparación es que ella se centra en la condición en que se encuentra la víctima, y en la capacidad de la reparación de superar dicha condición, en todo aquello que es resultado de la violación.⁵¹ Esta perspectiva ha permitido a la Corte IDH desarrollar una vasta jurisprudencia en materia de medidas de reparación, pues en ellas, más que apuntar exclusivamente a las violaciones cometidas o a las acciones u omisiones realizadas por el Estado o sus agentes, coloca en el centro de la determinación de las modalidades de reparación a las víctimas.

Sin embargo, así como la noción de *restitutio in integrum* impone una elevada exigencia en materia de reparación, un límite a esta medida podría ser una situación que implique un retorno a condiciones de injusticia, especialmente en situaciones en que la situación anterior a la violación no era una de goce pleno de derechos. Situaciones de discriminación de género o étnicas, condiciones de pobreza y marginalidad, o condiciones de violación de derechos culturales de comunidades autóctonas no pueden ser presentados como el ideal para reparar.

Haciéndose cargo de este problema, la Corte IDH ha introducido, recientemente, la noción de que, en contextos de discriminación estructural, “las reparaciones deben tener una *vocación transformadora* de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo, sino *correctivo*”.⁵² La Corte IDH ha fundamentado esta posición afirmando que “no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”,⁵³ lo que no implica, continúa la Corte IDH, desconocer que “la naturaleza y el monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como moral”.⁵⁴ La Corte IDH hace un interesante uso de esta noción desarrollada

49 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 241. (énfasis agregado)

50 Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del derecho internacional. Ver Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. RC. 1989, párr. 36.

51 Ver Nash Rojas, C., *op. cit.*, pp. 35-36.

52 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 450. (énfasis agregado)

53 *Idem*.

54 *Idem*.

por Uprimny y Saffon, para un caso en el que se condena a un Estado por no implementar políticas que hubieran permitido prevenir la muerte de tres jóvenes secuestradas, en un contexto de práctica frecuente de secuestros y feminicidios y de discriminación frente a la protección de mujeres contra la violencia. Sin embargo, el potencial de incorporar la noción de reparación con vocación transformadora es aún mucho mayor, pues permitiría incorporar una perspectiva que supera la noción tradicional de restitución a la situación anterior, para incorporar medidas que apunten a la vigencia de derechos económicos, sociales y culturales, a la reparación en contextos de discriminación estructural en el goce de ellos, como argumentan los autores.⁵⁵

Este desarrollo, no obstante, no está exento de riesgos. Las condiciones de injusticia estructural existentes en el Continente podrían dar lugar a un ambicioso programa de transformaciones que no puede ser impulsado por un tribunal internacional. Sin desmerecer la justificación de esta postura y la necesidad de tener en cuenta las condiciones estructurales de injusticia, es importante mantener la cautela respecto de qué está en el ámbito estricto de decisión de un tribunal y qué corresponde a los Estados en la definición de sus políticas socioeconómicas y de inclusión social.

Como consecuencia, la Corte IDH impartió órdenes muy precisas al Estado para garantizar la implementación de políticas de no repetición que tuvieran un marcado enfoque de género. Así, dispuso una serie de medidas en materia de capacitación a funcionarios públicos, de implementación de protocolos de reacción ante casos de desaparición de mujeres, de búsqueda de mujeres desaparecidas, que permitieran superar los prejuicios y las tendencias que llevaron a la inacción que provocó las violaciones. No obstante, la Corte IDH rechazó otras solicitudes de los representantes y de la CIDH que no se encontraban bien fundamentadas.⁵⁶

La incorporación explícita de los impactos diferenciados de género pareciera ser una tendencia que la Corte IDH asumirá en sus futuras decisiones, y que en un continente con grave déficit en materia de discriminación de las mujeres, esta tendencia puede ser muy importante. Será interesante observar en qué medida estas nociones también se aplican en otras formas graves de discriminación o marginalidad a las que son sometidos pueblos indígenas, personas en situación de pobreza o minorías sexuales.

En un esfuerzo por llegar a una postura equilibrada sobre la materia, la Corte IDH ha resumido en siete las exigencias a las que somete su evaluación sobre las medidas de reparación solicitadas por la CIDH y los representantes. Estas consisten en que: 1. se refieran directamente a las violaciones declaradas por la Corte IDH; 2. reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; 3. no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; 4. reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas a su situación anterior a la violación en aquello en que no interfiera con el deber de no discriminar; 5. se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; 6. se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y mujeres; y 7. consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado.⁵⁷

En sentencias posteriores se han recogido estos criterios.⁵⁸

No obstante, la misma enumeración contiene también las exigencias de rigurosidad y de estricta relación con los daños acreditados y referidos a las violaciones declaradas. Además, las medidas no implican que la Corte IDH asumirá un papel de activismo judicial disponiendo, por propia iniciativa, medidas de reparación de carácter correctivo de discriminaciones que constate, sino que las mismas

55 Uprimny Yepes, R. y Saffon, M. P. "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en Díaz Gómez, C. et al. (eds.) *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. ICTJ-DeJusticia, Bogotá, 2009.

56 *Ibidem*, párrs. 474-543.

57 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 451.

58 Corte IDH. *Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 213, 242, 246 y 249. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 223, 274 y 278. Corte IDH. *Caso Atala Rifo e hijas vs. Chile*. FRC. 2012, párrs. 267 y 271.

deben ser objeto de solicitudes precisas y fundamentadas de las partes. En efecto, la Corte IDH no suele disponer medidas de reparación *ex officio*, y la enumeración en nada contradice la doctrina largamente asentada en sus decisiones. Las medidas deben ser solicitadas oportunamente,⁵⁹ además de justificadas.⁶⁰ Si bien para determinar la oportunidad procesal de su presentación, la Corte IDH no ha sido en extremo rígida, exige que ello se haga en condiciones y momentos que hagan posible al Estado controvertirlas.⁶¹

Estas consideraciones, y la señalada anteriormente acerca del valor de la restitución al estado anterior de cosas en contexto de condiciones estructurales de violación de derechos humanos, obligan a reflexionar sobre la labor de un tribunal de derechos humanos en contexto de violaciones masivas o estructurales. Es posible preguntarse ¿cuál es la capacidad de un tribunal, que conoce de violaciones específicas, para hacer frente a situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, como las que derivan de conflictos armados internos o de dictaduras y regímenes autoritarios y represivos? Asimismo, cabe preguntarse sobre el papel de las reparaciones que pueda dictaminar un tribunal internacional para intentar superar condiciones de discriminación o marginalidad a la que están sometidas porcentajes importantes de los habitantes del Continente. ¿En qué medida la reparación proveniente de una sentencia referida a un incidente específico, en contextos de violaciones masivas y sistemáticas, o de discriminaciones y exclusión estructural, puede contribuir a superar dichas condiciones?

Es claro que la condena al Estado por su responsabilidad en estos casos tiene un inmenso valor en los esfuerzos que se realizan en cada país, por superar las condiciones de discriminación estructural o de violaciones masivas y sistemáticas. Sin embargo, las preguntas que corresponde hacerse son: ¿en qué medida la sentencia de reparación puede contribuir a lo mismo?, ¿en qué medida la restitución a la situación anterior, o su intento por vía compensatoria, de una víctima de desaparición forzada o de las víctimas de una masacre, puede contribuir a que se respeten los derechos de las demás víctimas del régimen represivo que causó dichas violaciones, y a que no existan más víctimas?

Ciertamente, las medidas de reparación referidas a garantizar la no repetición, cuando tienen un efecto más allá del caso específico, pueden tener mucho valor transformador o correctivo, como ha dicho la Corte IDH. Algunas medidas de satisfacción pueden también producir efectos indirectos, aun cuando la solicitud de disculpas públicas u otros actos simbólicos se refieran solo al caso específico. Todo ello explica la tendencia de la Corte IDH a incorporar estas modalidades de reparación en sus sentencias, de forma a producir efectos más allá de los casos específicos, especialmente en casos de violaciones que son expresión de patrones extendidos. Sin embargo, es difícil extrapolar un efecto positivo para las demás víctimas de violaciones similares y masivas en aquellas medidas de reparación que se refieren a las víctimas directas del caso en cuestión sometido a la Corte IDH. Aún más, es natural encontrar expresiones de resentimiento en algunas víctimas que, habiendo sido sometidas a violaciones similares, no han podido obtener un remedio judicial.

Esto debe llevar a un examen más profundo sobre la complementariedad, incluido el posible conflicto entre formas de reparación judicial y reparaciones masivas a través de programas administrativos. Abordar este problema requiere un estudio específico en el tema, que no es el objeto del presente comentario. Sin embargo, en un estudio sobre la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia se debe, al menos, mencionarlo, tal y como sucede en una de las secciones posteriores.

59 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 269.

60 La Corte IDH ha señalado que el deber de motivación, contenido en el artículo 34.1. de su Reglamento (art. 35.1.c. en la versión actual del Reglamento), “no se cumple con solicitudes genéricas a las que no se adjunta prueba o argumentación, de hechos o de derecho, que permitan analizar su finalidad, razonabilidad y alcance.” Esta exigencia también es aplicable a los Representantes”. Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC, 2009, párr. 493.

61 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 121.

4.4. Vínculo entre el ilícito declarado en la sentencia y los perjuicios a ser reparados

La exigencia de proporcionalidad entre las consecuencias de la violación y la modalidad y cuantía de la reparación, implica examinar la existencia de un *nexo causal* entre el ilícito y los perjuicios a ser reparados. Al respecto, la Corte IDH ha precisado que:

[...] las reparaciones deben tener un *nexo causal* con los hechos del caso, las violaciones alegadas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.⁶²

La exigencia de un vínculo directo entre el ilícito y los perjuicios reparables comprende diferentes cuestiones, según los tipos de daño y las modalidades de reparación. De esta forma, la Corte IDH en sus sentencias de reparación parte de: 1. la constatación de los *hechos* que constituyen violaciones de un derecho o libertad protegidos por la CADH; 2. la constatación de las *consecuencias* de ellos en las víctimas; y 3. a partir de ello, examina *lo solicitado*, con base en lo cual dispone medidas de reparación.

En lo atinente al *daño emergente*, estas cuestiones se refieren a la relación de causalidad entre el ilícito y las pérdidas económicas directas que se le atribuyen. Con relación al *lucro cesante* se plantean además cuestiones sobre la probabilidad de que las condiciones de vida y los ingresos proyectados efectivamente se materializaran. En lo concerniente al *daño inmaterial* la cuestión se refiere al vínculo entre la víctima y quienes demandan reparación, y a la determinación sobre el grado en que el daño sufrido por la víctima repercutió en sufrimiento o padecimiento con respecto a los demandantes. De la misma forma debe establecerse un vínculo entre las violaciones constatadas y las *medidas de satisfacción* y de *rehabilitación* demandadas. Esta exigencia es particularmente compleja en cuanto a las *garantías de no repetición*, cuando, como parte de ellas, se solicita la reforma de instituciones o revisión de leyes. Así, la Corte IDH ha reiterado en sus sentencias la obligación de adecuar la legislación interna a la CADH, respecto de ciertas leyes y prácticas específicas que han permitido la ocurrencia de la violación establecida, pero ha rechazado las solicitudes de evaluación de la legislación nacional de un país en abstracto o en términos genéricos. Estas cuestiones se examinarán con mayor detalle al revisar la forma en que la Corte IDH ha considerado la manera de reparar estos tipos de perjuicios.

4.5. Causalidad y competencia *ratione temporis* de la Corte IDH

La Corte IDH solo tiene competencia para conocer de violaciones ejecutadas después de que los Estados han reconocido su competencia contenciosa. Ello se ha traducido en la imposición de medidas de reparación referidas solo a violaciones posteriores.

En un caso de desaparición forzada en que los restos de la víctima fueron encontrados, y fue posible determinar su fecha de fallecimiento, la Corte IDH condenó al Estado solo por la violación de los derechos a garantías judiciales (art. 8.1) e integridad física, psíquica y moral (art. 5) de los familiares de la víctima, pero no por la desaparición o muerte de la víctima directa. Consecuentemente, la reparación otorgada excluyó el lucro cesante y daño emergente causado a la víctima, reconoció gastos incurridos en la búsqueda del desaparecido, pero a partir de la fecha de aceptación por parte del Estado de la competencia contenciosa de la Corte IDH. Además, impuso el pago de gastos médicos incurridos por un hermano de la víctima cuya salud se vio gravemente afectada por los hechos, así como la indemnización del daño moral por el sufrimiento causado a la familia.⁶³

En un caso de ejecución sumaria cometida antes de la entrada en vigor de la competencia contenciosa de la Corte IDH, esta limitó su juzgamiento a la denegación de justicia cometida después de la aceptación de dicha competencia. La Corte IDH no fijó indemnización por daño material,

62 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. FRC. 2008, párr. 110.

63 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999, párrs. 49-50, 57.

pues adujo que “ni el [R]epresentante ni la C[IDH] ha[bía]n presentado argumentos ni pruebas que dem[ostraran] que las violaciones declaradas en la [Sentencia] produjeron un daño material”.⁶⁴ Luego, en lo referente al daño inmaterial, la Corte IDH consideró que:

[la] sentencia constitu[ía] *per se* una forma de reparación, y que las medidas [de adecuación del derecho interno y la continuación de las investigaciones para identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables] constitu[ían] una debida reparación.⁶⁵

Para arribar a dicha conclusión, la Corte IDH tuvo en consideración que los familiares de la víctima sufrieron por la denegación de justicia, pero también que el interés principal de las víctimas, expresado por su representante, era la consecución de justicia, y que estas habían recibido reparación mediante un programa administrativo establecido por ley, cuyas medidas fueron detalladas en el proceso.⁶⁶

4.6. Reconocimiento y evaluación de medidas de reparación judiciales o del contencioso administrativo

La Corte IDH ha afirmado su facultad para evaluar las decisiones sobre reparación otorgadas por tribunales nacionales, pero ha variado el grado de examen crítico que hace de ellas, y en los últimos años se observa una mayor aceptación de las decisiones adoptadas a nivel interno.

En un primer caso relativo a una masacre que cobró la vida de doce personas y causó tres heridos, la Corte IDH reconoció y valoró las indemnizaciones entregadas por el sistema interno (tribunales en lo contencioso administrativo), pero observó:

[...] que la forma de calcular y distribuir la indemnización por pérdida de ingresos en dichos procesos a nivel interno [difiera de] la forma [en la que lo calculaba] e[l] Tribunal. [La] Corte consider[ó] que la indemnización por concepto de pérdida de ingresos comprend[ía] los ingresos que habría percibido la víctima fallecida durante su vida probable. Ese monto, por lo tanto, se incorpora[ba] al patrimonio de la víctima fallecida, pero se entrega[ba] a sus familiares.⁶⁷

En consecuencia, la Corte IDH hizo un nuevo cálculo, tomando en consideración “las funciones que desempeñaban [las víctimas] y sus correspondientes remuneraciones, sus edades y la expectativa de vida que tenían, como el hecho de que fueron otorgadas algunas indemnizaciones a nivel interno”.⁶⁸ Así, la Corte IDH facultó al Estado a descontar de las indemnizaciones fijadas lo ya entregado a cada familia por concepto de lucro cesante.⁶⁹

En cuanto al daño inmaterial, y considerando que los representantes de las víctimas manifestaron que las indemnizaciones por “esos conceptos [habían sido], en general, adecuadas, la Corte [IDH] valoró positivamente dichas indemnizaciones, y ordenó el pago de indemnizaciones a otras víctimas que no recibieron tales indemnizaciones en el proceso contencioso administrativo”.⁷⁰

En un caso posterior, referido a la ejecución extrajudicial de un Senador, la Corte IDH comenzó a precisar su doctrina, explicitando que:

[...] de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados pueden ser valorados. Si esos mecanismos no satisfacen criterios de

64 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 160.

65 *Ibidem*, párr. 161.

66 Si bien la Corte IDH no se pronunció directamente sobre la suficiencia del programa de reparaciones, pues ellas se referían a la ejecución extrajudicial sufrida por la víctima respecto de la cual la Corte IDH no tenía competencia, también consideró el hecho de que los familiares de la víctima recibieron reparaciones provenientes de un programa administrativo de reparación por dicha violación. *Idem*.

67 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 246.

68 *Ibidem*, párr. 248.

69 *Ibidem*, párr. 250.

70 *Ibidem*, párrs. 265-266.

objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención declaradas por el Tribunal, corresponde a este, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes.⁷¹

Así, la mera consideración “a la forma como lo hace este Tribunal”, fue reemplazada por un criterio que respeta la *autonomía del ámbito interno en la medida que ella satisfaga criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad, y que responda adecuadamente a las violaciones establecidas en la sentencia*. En el caso en particular, la Corte IDH consideró que los familiares de la víctima tuvieron acceso a un mecanismo interno, aunque no todos ellos hicieron uso de él, y estimó que lo fijado en dicha instancia era razonable en términos de daño material.⁷² Sin embargo, respecto del daño inmaterial, la Corte IDH observó que las decisiones en el procedimiento contencioso administrativo no incluyeron la indemnización por el sufrimiento padecido por la víctima directa, ni tampoco reconocieron en toda su magnitud los hechos ni la responsabilidad del Estado. Con base en ello, la Corte IDH dispuso indemnizaciones por daño inmaterial adicionales a las ya ordenadas mediante la jurisdicción interna.⁷³

En otro caso, resuelto dos años después, la Corte IDH pareció aceptar aún más los criterios definidos por mecanismos internos. Al resolver sobre el bombardeo con una bomba de fragmentación y ametrallamiento aéreo de una comunidad campesina, causando la muerte de diecisiete personas, incluyendo seis niños, y heridas en veintisiete, la Corte IDH no realizó un examen pormenorizado de los tipos de daños sufridos por las víctimas con relación a las violaciones reconocidas en el procedimiento interno. Considerando que los montos alegados por las partes eran, en varios casos, equivalentes o incluso inferiores a los montos otorgados por la jurisdicción interna, la Corte IDH reconoció la suficiencia de indemnizaciones pagadas por daños materiales e inmateriales a las víctimas a partir de una conciliación con el Ministerio de Defensa aprobada por el Consejo de Estado (tribunal superior del contencioso administrativo). Respecto de aquellas víctimas reconocidas por la Corte IDH, pero que no fueron objeto de la conciliación, la Corte IDH ordenó la determinación en forma expedita de dichas indemnizaciones, siguiendo “criterios objetivos, razonables y efectivos de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana.”⁷⁴

Esta última postura no ha implicado una adhesión absoluta a los criterios de la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana en otros casos. La Corte IDH ha insistido en su facultad de analizar para cada caso en particular en qué medida dicho mecanismo interno debe ser considerado.

En otro caso sobre Colombia que involucró asuntos resueltos por el contencioso administrativo, la Corte IDH justificó la diferencia de criterios utilizada en el caso recién citado, razonando que en él la solución del sistema interno derivó de una conciliación judicial que abarcó a la mayoría de las víctimas. A ello se debía sumar lo dicho en el mismo fallo sobre la relación entre los montos demandados por los representantes y los montos acordados en la conciliación. Esta sería la justificación de la Corte IDH para no acoger la solicitud del Estado de utilizar el precedente del caso *de la masacre de Santo Domingo*.⁷⁵ En su decisión, la Corte IDH consideró insuficientes las decisiones de los fallos internos, *por referirse solo parcialmente al carácter de las violaciones*. En ellas, el Estado había sido condenado por “falta en el servicio” y por la forma “atropellada, imprudente e improvidente [*sic*] con que las Fuerzas Armadas reprimieron la toma”. Agregó en su razonamiento que en un solo caso los fallos internos condenaron al Estado por desapariciones forzadas, o por otras de las violaciones determinadas por la Corte IDH. No obstante, aun así la Corte IDH reconoció el *carácter coadyuvante y complementario* de la jurisdicción internacional con relación a los procesos internos, “razón por la cual deb[ía] ser tomado en cuenta lo decidido en los procesos contencioso administrativos al fijarse la justa indemnización.”⁷⁶

71 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párr. 246.

72 *Idem*.

73 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párrs. 250-253.

74 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 337.

75 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 590.

76 *Idem*.

El resultado de este razonamiento fue que la Corte IDH examinó lo dispuesto en cada caso por el Consejo de Estado colombiano, especialmente evaluando si:

[...] se pronunciaron sobre todos los alcances de la responsabilidad estatal contenidos en el caso, así como [una evaluación sobre] si las indemnizaciones [cumplían con los] criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención declaradas por e[l] Tribunal.⁷⁷

La Corte IDH desarrolló aún más su razonamiento, explicando que *reconocer mecanismos internos no implica asumir acríticamente los criterios de estos*, sino dicha evaluación descansa en la constatación de:

[...] que el otorgamiento de las indemnizaciones por daño material en la jurisdicción contenciosa administrativa se h[abían hecho] bajo criterios que, *aun cuando distintos, [era]n objetivos y razonables*, por lo cual e[l] Tribunal estim[ó] que, de conformidad con el principio de *complementariedad* al cual obedece la jurisdicción interamericana, no le correspond[ía] ordenar indemnizaciones adicionales por concepto de daño material en los casos en los que ya [había sido] otorgada dicha indemnización por la jurisdicción contenciosa administrativa.⁷⁸

Respecto de la indemnización del daño inmaterial, la Corte IDH observó que las indemnizaciones recibidas mediante los fallos internos no incluyeron las violaciones principales establecidas por la Corte IDH –y considerando que habían transcurrido veintinueve años desde el inicio de los hechos–, ordenó el pago de indemnizaciones adicionales. No obstante, al ser complementarias a las ya pagadas, reconoció la facultad del Estado de descontar de las sumas ordenadas de los montos ya entregados a las víctimas.⁷⁹

En conclusión, a partir de 2010, y reforzada por fallos recientes, la Corte IDH ha consolidado su posición de examinar y acoger las decisiones de los mecanismos internos, cuando se cumplen con: 1. criterios de objetividad, razonabilidad y eficacia de dichos mecanismos; y 2. se incluyen todas las violaciones a la CADH establecidas por la Corte IDH.

En caso de faltar alguno de estos criterios, la Corte IDH ha dispuesto indemnizaciones adicionales, pero reconociendo las ya otorgadas, y facultando al Estado a descontar dichas sumas de lo que resta por indemnizar. El caso *de la masacre de Santo Domingo*, más que indicar una línea jurisprudencial diferente, obedece a la aplicación de las mismas condiciones, en un caso en que la conciliación judicial pareciera haber cumplido con todas ellas.

No obstante, cabe advertir que no es del todo claro que en este caso se haya cumplido con la segunda de estas condiciones. La conciliación entre el Estado y las víctimas tuvo como justificación la falla de servicio, que habría causado las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal. No se especificó si en ella se incluyeron las violaciones al derecho a la propiedad y circulación y residencia establecidos por la Corte IDH, aunque respecto de esta última se hayan implementado medidas de asistencia humanitaria. La Corte IDH no estableció violaciones a las garantías judiciales ni a la obligación de investigar, particularmente en consideración a la condena en un proceso penal a los tripulantes del helicóptero que lanzó la bomba. Finalmente, si la deficiencia de la conciliación fuera la falta de reconocimiento de la gravedad de la violación, el acto público de reconocimiento de responsabilidad ordenado pareciera suplir dicha carencia.

A una solución similar ha llegado la Corte IDH con relación a acuerdos sobre reparación entre las partes y el Estado. En ellos, la Corte IDH también ha hecho un examen de sus contenidos. Es interesante notar que entre los factores considerados para su homologación no solo se incluyen sus contenidos

77 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPFRC. 2014, párr. 593.

78 *Ibidem*, párr. 595. (énfasis agregado)

79 *Ibidem*, párr. 602.

materiales, sino también ha considerado que estos acuerdos “buscan reparar el daño causado a las víctimas y sus familiares, conservar viva la memoria de las víctimas y evitar que hechos como los de[] caso se repitan”, además de factores como su difusión, y la participación de las víctimas, definición previa de ciertas modalidades de ejecución.⁸⁰

4.7. Efecto de programas administrativos y de otras medidas de reparación en la definición de reparaciones de la Corte IDH

En los últimos años, varios Estados que son responsables de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos cometidas durante dictaduras o conflictos armados internos, han creado mediante ley, programas de reparación para las víctimas. Frecuentemente, estos programas son en respuesta a las recomendaciones hechas por comisiones de la verdad, constituyendo una expresión de reconocimiento de responsabilidad, y un intento por consolidar un régimen democrático que se diferencia del período abusivo y se base en la vigencia de los derechos humanos. Estos programas incluyen procesos masivos de registro de víctimas de las violaciones más graves, bajo estándares probatorios en los que se considera su sistematicidad, así como las dificultades probatorias que se dan en contextos en los que la totalidad del aparato del Estado ha estado, en cierto grado, involucrado en las violaciones. Estas medidas de reparación difícilmente pueden hacer una evaluación pormenorizada de los daños causados para determinar la reparación, por lo que sus decisiones están basadas en evaluaciones generales de las consecuencias actuales de dichas violaciones. También incluyen el establecimiento de los hechos generales que rodearon a las violaciones individuales, formas de reconocimiento simbólico de la responsabilidad del Estado, y políticas encaminadas a garantizar su no repetición, de forma que la política produzca un efecto de reconocimiento y reparación a las víctimas.

En materia de la obligación de indemnizar perjuicios, la Corte IDH ha examinado el cumplimiento de “criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones”,⁸¹ siguiendo el mismo razonamiento empleado para la evaluación de indemnizaciones individualmente determinadas por tribunales u organismos nacionales.⁸² No obstante, al analizar la suficiencia de las reparaciones en ocasiones ha dispuesto otras reparaciones con base en sus propias distinciones,⁸³ y estándares de suficiencia.⁸⁴

Es imposible pasar por alto la contradicción entre el reconocimiento de suficiencia los programas, y la imposición de medidas adicionales de reparación. Si la Corte IDH considera que un programa administrativo no es suficiente en alguno de sus aspectos, es importante que lo justifique.

En materia de *rehabilitación*, la Corte IDH juzgó como insuficiente la mera existencia del Servicio Único de Salud de Brasil “aun a pesar de su amplia cobertura de servicios”, exigiendo tratamientos especializados y adecuados a los tipos de secuelas que las víctimas padecían, y por tiempo indefinido. Este criterio fue empleado también al evaluar las medidas de reconocimiento, ordenando al Estado la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad sobre las violaciones establecidas en la sentencia sin perjuicio de las múltiples actividades de reconocimiento y de memoria que a la fecha había implementado el propio Estado.⁸⁵ Sin embargo, encontró suficiente la existencia del Día Internacional del Desaparecido Político, no imponiendo el establecimiento de otra fecha conmemorati-

80 Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 280.

81 Corte IDH. *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 303. No obstante, en otro caso en el que el Estado expuso su programa de reparación como forma de afirmar su cumplimiento con el deber de reparar, dichas alegaciones no fueron consideradas por la Corte IDH. Ver Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 15, 254-256, 264, 266, 268, 272 y 274-278.

82 Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. FRC. 2007, párrs. 245-252, 257 y 266-273. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párrs. 246 y 250.

83 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 304. En relación con el daño material sufrido por los familiares de las víctimas, ver *ibidem*, párrs. 309-311.

84 *Ibidem*, párrs. 264-269, y 274-297.

85 *Ibidem*, párrs. 274-277.

va.⁸⁶ La Corte IDH efectuó un análisis pormenorizado de otras medidas implementadas por el Estado y solicitadas por los representantes o la CIDH, exigiendo ciertos énfasis para medidas como la educación en derechos humanos del personal de las fuerzas armadas y de seguridad, el acceso público a documentación sobre el caso, así como adecuación de la normativa para la tipificación del delito de desaparición forzada.⁸⁷ Finalmente, la Corte IDH valoró la eventual creación de una comisión de la verdad, pero advirtió —siguiendo su línea jurisprudencial en este tema— que ella no substituía la obligación de investigar y juzgar las responsabilidades individuales a través de procedimientos penales.⁸⁸

La Corte IDH también se ha pronunciado acerca del valor reparador de medidas de apoyo a las víctimas ejecutadas por el Estado. En una decisión en la que la Corte IDH se pronunció sobre medidas implementadas por el Estado en favor de las víctimas, desarrolló una serie de criterios para su examen y su contrastación con las reparaciones solicitadas: 1. que se refieran directamente a las violaciones declaradas por la Corte IDH; 2. que reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; 3. que no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; 4. que reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar; 5. que se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; 6. que se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y 7. que consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado.⁸⁹

En la realización de este examen, en el caso particular, la Corte IDH revisó el valor reparador de medidas de auxilio implementadas por el Estado a favor de las víctimas, rechazándolas como reparación dada la forma en que fueron otorgadas. Un aspecto importante en dicha evaluación fue la inclusión explícita, en una de las medidas, de una cláusula que establecía que ella no constituía indemnización o reparación del daño, y porque habían sido otorgadas “bajo la condición de que los familiares desconocieran su derecho de acceso a la justicia y conocimiento de la verdad”. La Corte IDH estimó que esta condición era contraria a la CADH y constituía una forma de alegar en su favor su propio dolo.⁹⁰

La Corte IDH concluyó así que “no p[odía] confundirse la prestación de los servicios sociales que el Estado brind[ó] a los individuos con las reparaciones a las que t[enían] derecho las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en razón del daño específico generado por la violación”.⁹¹ Este pronunciamiento tiene gran relevancia para la calificación jurídica de las medidas que los Estados suelen otorgar a favor de víctimas pero *sin reconocer su responsabilidad* en las violaciones o *exigiendo condiciones que limitan su derecho a investigar* las violaciones o *al ejercicio de recursos judiciales que les impidan conocer la verdad*, como ocurre con algunos programas de reparación administrativos o de ayuda humanitaria.⁹²

Decisiones posteriores permiten clarificar aún mejor el razonamiento que utilizó la Corte IDH en su evaluación sobre estos programas de reparación.

En un caso sobre una serie de masacres y otras violaciones que afectaron a las comunidades maya achi, de Guatemala, el Estado alegó la existencia del Programa Nacional de Resarcimiento, mediante el cual se entregó, entre otras medidas, montos indemnizatorios de hasta 44.000 quetzales

86 *Ibidem*, párrs. 278-280.

87 *Ibidem*, párrs. 281-293.

88 *Ibidem*, párrs. 294-297.

89 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFR. 2009, párr. 451.

90 *Ibidem*, párrs. 557-558.

91 *Ibidem*, párr. 529.

92 *Cfr.* con el programa de reparaciones administrativas establecido por el Decreto Supremo 1290 de 2008 de Colombia, en el que se repara a las víctimas de grupos armados ilegales en virtud de un denominado principio de solidaridad, negando la responsabilidad del Estado en las violaciones (art. 3), y en el que se descuenta de las indemnizaciones que provee la ley los montos entregados por el Estado que constituyen reparación, entre los que se encuentran las ayudas humanitarias (art. 5). Asimismo, la Ley 1448 de 2011 de Colombia declara que constituyen indemnización las sumas otorgadas anteriormente como ayuda humanitaria (art. 132).

(aproximadamente USD \$5.700) a víctimas de ciertas violaciones graves, aportando una lista de 102 personas de la referida comunidad que habrían recibido tal indemnización. Las víctimas indicaron que no todas las personas de la lista eran víctimas de las violaciones establecidas en la sentencia, y que no todas las víctimas de dichas violaciones habían recibido dichas indemnizaciones. También alegaron que para la reparación a las violaciones cometidas no solo era insuficiente el monto de indemnización, sino también era insuficiente que dicho programa limitara la reparación a solo una indemnización. La Corte IDH, confrontada con la falta de evidencia concreta sobre los daños materiales alegados por las víctimas, pero presumibles dada la magnitud de las violaciones sufridas, adoptó un criterio práctico, y procedió a definir, en equidad, montos indemnizatorios tanto por daños materiales como inmateriales, para distintas categorías de víctimas, en forma adicional a las cantidades entregadas mediante el Programa Nacional de Resarcimiento. En consecuencia, dispuso que los montos pagados a las víctimas del caso fueran reconocidos como indemnización y descontados de lo ordenado por ella.⁹³ Sin embargo, no realizó un pronunciamiento explícito sobre la insuficiencia de la indemnización otorgada por el Programa.

En relación con medidas de satisfacción, y particularmente con actos de reconocimiento de responsabilidad y de reparación simbólica, la Corte IDH ha valorado lo establecido por normas generales y políticas que hacen tales reconocimientos. No obstante, ha insistido en la necesidad de hacer acciones particulares referidas a las violaciones establecidas en la sentencia.⁹⁴

Con respecto a medidas de *rehabilitación*, la Corte IDH ordenó la presentación de servicios específicos en favor de las víctimas de la masacre, sin perjuicio de lo informado por el Estado sobre la existencia de programas de rehabilitación establecidos en forma genérica en favor de todas las víctimas.⁹⁵ Sin embargo, no ordenó programas adicionales a los que el Estado indicó que ya venía implementando en materia de formación en derechos humanos y derecho humanitario al personal de las fuerzas armadas, dado que el contenido y las modalidades de dichos programas no fueron cuestionados por los representantes ni por la CIDH.⁹⁶

En otro caso, que combina afectaciones masivas e individuales, la Corte IDH hizo una distinción relevante en su apreciación sobre la capacidad reparadora del programa administrativo vigente. Se trata de violaciones cometidas como resultado de una operación militar, realizada en conjunto por el Estado y grupos paramilitares, que causó el desplazamiento masivo de las comunidades afrodescendientes que habitaban en el lugar, y en el que un dirigente fue ejecutado por paramilitares.⁹⁷ En su decisión sobre reparaciones, la Corte IDH remitió al programa administrativo de reparaciones, contenido en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, todas las medidas relativas a las violaciones establecidas, excepto en el caso de la única violación al derecho a la vida e integridad física establecido en el caso, referido a la ejecución extrajudicial del dirigente. La CIDH y los representantes habían solicitado una serie de medidas de educación, de fortalecimiento de la capacidad productiva, de vivienda, de transporte y comunicación, manejo de residuos, agua potable, recreación de niños y otros servicios básicos. Las únicas medidas adicionales al programa de reparación dictaminadas se refirieron a garantizar que los territorios fueran restituidos, y el lugar donde las comunidades habitaban, contarán con condiciones de seguridad y vida digna.⁹⁸

En materia de indemnizaciones de las víctimas de desplazamiento forzado, la Corte IDH también se remitió al programa administrativo establecido mediante la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

93 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 304.

94 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párrs. 300-303.

95 *Ibidem*, párrs. 307-309.

96 *Ibidem*, párr. 320.

97 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 280.

98 *Ibidem*, párrs. 454-461. En el párrafo 474, la Corte IDH consideró, además, la existencia de un programa de reparación colectiva, cuya implementación debía hacerse, de acuerdo con las normas que lo regulaban, mediante un procedimiento concertado con las comunidades que incluía su consulta previa.

de Colombia, ordenando que las víctimas del caso tuvieran un acceso prioritario a dicho programa.⁹⁹ Esto se tradujo en indemnizaciones de entre 17 a 27 sueldos mínimos legales mensuales de Colombia (aproximadamente entre USD \$4.300 y \$6.800), por grupo familiar, según la fecha en la que las víctimas hubieran hecho su solicitud a los organismos que implantaban las políticas de reparación administrativa. Al hacerlo, no acogió las argumentaciones presentadas por la CIDH en cuanto a que se trataba, a esa fecha: 1. de una ley nueva que estaba aún en proceso de implementación y ajuste, no estando probada su efectividad y eficacia, y la ausencia de un análisis sobre su conformidad a estándares internacionales; 2. que desvirtuaba la naturaleza del SIDH; 3. que exigía a las víctimas cargas adicionales; y 4. que constituía un límite a la especificidad y alcance de las reparaciones que podría ordenar la Corte IDH.¹⁰⁰

La Corte IDH desestimó estas argumentaciones, así como las presentadas por los representantes en cuanto a la insuficiencia del programa administrativo, explicitando la naturaleza particular de estos programas administrativos de reparación. Para ello se basó en un documento elaborado por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos,¹⁰¹ resaltando que:

[...] el Derecho Internacional contempla la titularidad individual del derecho a la reparación. Sin perjuicio de ello, el Tribunal indic[ó] que, en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, *los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación*. En esos contextos, esas medidas de reparación deben entenderse en conjunto con otras medidas de verdad y justicia, siempre y cuando se cumplan con una serie de requisitos relacionados, entre otros, con su legitimidad –en especial, a partir de la consulta y participación de las víctimas–; su adopción de buena fe; el nivel de inclusión social que permiten; la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas pecuniarias, el tipo de razones que se esgrimen para hacer reparaciones por grupo familiar y no en forma individual, el tipo de criterios de distribución entre miembros de una familia (órdenes sucesorales o porcentajes), parámetros para una justa distribución que t[uvier]a en cuenta la posición de las mujeres entre los miembros de la familia u otros aspectos diferenciales tales como si exist[ía] propiedad colectiva de la tierra o de otros medios de producción.¹⁰²

También apoyó su decisión en el reconocimiento que la Corte Constitucional colombiana había hecho al programa de reparaciones, de acuerdo con la declaración de un perito propuesto por el Estado, y con la interpretación hecha por la misma Corte colombiana sobre la entrega de la indemnización a víctimas de desplazamiento forzado en dinero, y no mediante subsidios.¹⁰³ Finalmente, siguiendo sus propios precedentes, la Corte IDH citó el principio de complementariedad del derecho internacional, reconocido por el preámbulo de la CADH.¹⁰⁴

En lo concerniente a la indemnización por la ejecución extrajudicial del dirigente, la Corte IDH consideró las circunstancias especialmente crueles del hecho, y el largo periodo en que el crimen estuvo en la impunidad, fijando una indemnización para sus familiares en equidad, de acuerdo con los parámetros generales seguidos por la Corte IDH. En su argumentación, sin embargo, la Corte IDH no analizó los motivos por los que no acogió someter la indemnización al programa de reparaciones de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, que se habría traducido en una indemnización de 40 sueldos mínimos legales mensuales para todo el grupo familiar (aproximadamente USD \$10.100).

99 *Ibidem*, párr. 475.

100 *Ibidem*, párr. 464.

101 ONU. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. Programas de Reparaciones, 2008.

102 Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 470. (énfasis agregado)

103 *Ibidem*, párr. 472.

104 *Ibid.* párr. 474.

Examinada en un contexto más amplio, la solución arribada por la Corte IDH es razonable. Ella marca una distinción significativa entre la reparación a una violación al derecho a la vida y violaciones al derecho a la propiedad y de circulación y residencia, de aquellos que resultaron desplazados, aun cuando pudiera alegarse que el desplazamiento forzado constituye una violación múltiple de derechos más allá de estos tres tomados singularmente. Esta distinción es consistente con la jurisprudencia de la Corte IDH, en otros casos de masacres en los que también se causó el desplazamiento de población sobreviviente, la Corte IDH ordenó el retorno voluntario y en condiciones de permanencia, o el reasentamiento de dicha población, además de la implementación de un programa habitacional, pero no así indemnizaciones por daños materiales e inmateriales.¹⁰⁵ La distinción resulta particularmente relevante en el contexto de Colombia, donde la existencia de más de siete millones de víctimas registradas para acceder a las medidas de reparación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras –de las que más de seis millones son víctimas de desplazamiento– amenaza con tornarse inmanejable si se pretende seguir un parámetro de estricta proporcionalidad para determinar los montos de las indemnizaciones.

No obstante, sí es criticable que el análisis de la Corte IDH descansa en los contenidos de las normas que crean el programa de reparaciones, y no en la capacidad efectivamente demostrada por el Estado para implementarlo. En ese sentido, pareciera haber sido una prudente advertencia lo señalado por la CIDH, en el sentido de que no estaba aún probada la efectividad y eficacia de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, particularmente en lo concerniente a las medidas de rehabilitación y a las medidas para garantizar la vida digna de la población retornante.¹⁰⁶

Sin embargo, en su análisis del programa de reparaciones colombiano, la Corte IDH omitió examinar el título en virtud del cual dichas reparaciones fueron entregadas. En efecto, dicho programa ha tenido su origen en políticas de asistencia humanitaria, en las que no se reconocía responsabilidad del Estado.¹⁰⁷ Normas posteriores han comenzado a utilizar el término reparación, pero fundamentada en una obligación de solidaridad con las víctimas.¹⁰⁸ Ello con base en que las medidas definidas se referían a violaciones cometidas por grupos armados ilegales, sin responsabilidad para el Estado. La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras amplía su cobertura a víctimas de hechos cometidos por agentes del Estado, y deja de utilizar el término solidaridad para calificar la reparación. No obstante, establece que los montos otorgados como ayudas humanitarias por las normas anteriores, ya entregados, constituyen reparación,¹⁰⁹ asignándoles tal naturaleza de carácter retroactivo. Además, la norma explícitamente establece que el reconocimiento de la calidad de víctima y la entrega de reparaciones, no implican reconocimiento de ningún tipo de responsabilidad por parte del Estado.¹¹⁰ Finalmente, cabe indicar que el principal componente simbólico de esta política, la entrega de una “carta de dignificación” a cada víctima junto con su indemnización, tampoco incluye tal reconocimiento.

La omisión del examen de este componente del programa de reparaciones puede obedecer a que no fue alegado por los representantes, ya que la falta de reconocimiento de responsabilidad en este caso no deriva de una afirmación tajante, como la citada respecto del caso *de González y otras vs. México*. Ello puede ser suplido por las órdenes emitidas en la sentencia en términos de reconocimiento público de la responsabilidad internacional del Estado en los hechos, y las demás medidas de satisfacción. Sin embargo, dado que la sentencia asume como suficiente la implementación de dicho programa respecto de la población desplazada, y considerando que en otros casos ha examinado si las medidas de reparación responden a todas las violaciones establecidas por la Corte IDH, habría sido conveniente que precisara la necesidad del Estado de hacer más explícito dicho reconocimiento.

105 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párrs. 345-346.

106 Sobre la implementación del programa de reparaciones individuales contenido en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, ver Portilla, A. C. y Correa, C. *Estudio sobre la implementación del Programa de Reparación Individual en Colombia*. ICTJ, Bogotá-Nueva York, 2015.

107 Leyes 397 y 418, ambas de 1997.

108 Ley 975 de 2005, y Decreto 1290 de 2008, ver párrafos 3 y 5 del Preámbulo y artículos 1, 2 y 3 que definen la indemnización como “indemnización solidaria”.

109 Ley 1448 de 2011, art. 132, párr. 4.

110 Ley 1448 de 2011, art. 9.

La Corte IDH ha hecho otras precisiones a la forma en que deben analizarse los alcances y la conformidad de programas administrativos de reparación establecidos a través de mecanismos internos. En un caso coetáneo con el anterior precisó que:

[...] la existencia de programas administrativos de reparación debe ser compatible con las obligaciones estatales bajo la Convención Americana y otras normas internacionales y, por ello, no puede derivar en un menoscabo al deber estatal de garantizar el “libre y pleno ejercicio” de los derechos a las garantías y protección judiciales, en los términos de los artículos 1.1., 25.1. y 8.1. de la Convención, respectivamente. En otros términos, los programas administrativos de reparación u otras medidas o acciones normativas o de otro carácter que coexistan con los mismos, *no pueden generar una obstrucción a la posibilidad de que las víctimas, de conformidad a los derechos a las garantías y protección judiciales, interpongan acciones en reclamo de reparaciones*. Dada esta relación entre programas administrativos de reparación y la posibilidad de interponer acciones en reclamo de reparaciones, es pertinente que la Corte examine los argumentos de las [R]epresentantes al respecto, así como los del Estado.¹¹¹

La Corte IDH apoyó su postura en un Comentario General del Comité contra la Tortura de la ONU, en donde se señaló que “si bien las reparaciones colectivas y los programas administrativos de reparación pueden ser una forma de resarcimiento aceptable, esos programas no pueden dejar sin efecto el derecho individual a un recurso efectivo y a obtener reparación”.¹¹²

Algunos programas de reparaciones, como los implementados en Argentina y en Alemania –este último con relación a víctimas de trabajos forzados o en condiciones de esclavitud– han exigido la renuncia de acciones civiles. Otros programas, como los implementados en Perú y Chile no han contenido esa exigencia. Precisamente, fue por esta condición que la Corte IDH no condenó al Estado de Chile en este caso, pues estimó que no existían obstáculos para que la víctima hubiera presentado reclamos judiciales de reparación, en adición a las medidas administrativas recibidas.¹¹³ La Corte IDH no se pudo pronunciar, sin embargo, sobre la suficiencia de dichas medidas, por carecer de competencia *ratione temporis*.

Otra condición importante para la definición de programas administrativos de reparación es su accesibilidad. La Corte IDH ha afirmado la necesidad de que los recursos sean efectivos, lo que se traduce no solo respecto del derecho a una investigación adecuada en el ámbito penal o al esclarecimiento de los hechos, sino también a que la reparación no descansa exclusivamente en la iniciativa procesal y la presentación de evidencia por parte de las víctimas.¹¹⁴ En consecuencia, estos programas debieran otorgar facilidades, utilizar presunciones, y realizar esfuerzos propios de investigación para reconocer la calidad de víctimas de violaciones masivas, aun cuando ellas no cuenten con documentos. Aún más, la afirmación constituye un respaldo para la creación de este tipo de programas, caracterizados por estándares bajos de evidencia, el reconocimiento de responsabilidad, y por la iniciativa asumida por los Estados de investigar y reparar, y no solo garantizar condiciones para ser demandado.¹¹⁵

111 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 190. (énfasis agregado)

112 ONU. Comité contra la Tortura. Observación General n.º 3. *Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*. Doc. CAT/C/GC/3. Distr. General, 13 de diciembre de 2012, p. 20.

113 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, párr. 206.

114 *Ibidem*, párr. 183.

115 Programas de reparaciones como los de Perú, Colombia y Chile contienen regulaciones específicas que garantizan a víctimas que carecen de documentos, la posibilidad de ser incluidas. Ver el Reglamento de inscripción en el Registro Único de Víctimas de la Violencia a cargo del Consejo de Reparaciones de Perú, artículos V y VI del título preliminar, y artículos 10 a 28, que detallan las exigencias para cada categoría de víctima admitiendo grados importantes de flexibilidad. En el caso de Colombia, la Ley 1448 de 2011, que crea el programa administrativo de reparación, establece en su artículo 5 el principio de presunción de la buena fe de las víctimas, y el artículo 37 del Decreto 4800 de 2011, que regula dicha ley, consagra el procedimiento de valoración incorporando el análisis de contexto y la capacidad para requerir información a entidades del Estado para completar los antecedentes. En el caso de Chile, el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, vol. II, 42 a 47 y 73, detalla los criterios seguidos para la calificación de víctimas, que incluyen la investigación por parte de la Comisión y la admisión de solicitudes sin exigir la presentación de documentos probatorios.

En conclusión, de acuerdo con el principio de complementariedad del derecho internacional, la Corte IDH ha mantenido su valoración de mecanismos internos de reparación, referidos a programas administrativos que derivan de políticas de reparación, de forma análoga al examen hecho respecto de decisiones judiciales o del contencioso administrativo. Ha afirmado también su facultad de examinar y evaluar dichas medidas, exigiendo que ellas incluyan un reconocimiento de responsabilidad; que respondan a todas las violaciones establecidas por la Corte IDH; y que cumplan con criterios de suficiencia, objetividad, razonabilidad y efectividad. A partir de dichos exámenes, ha ordenado medidas adicionales, incluyendo indemnizaciones por conceptos no incluidos en las sentencias internas o en los programas administrativos, medidas de rehabilitación y satisfacción, también adicionales, o la priorización en el acceso a medidas establecidas en programas de reparación para las víctimas. Estos criterios pueden ayudar a mejorar la formulación de sentencias y de programas de reparación, en términos de incluir todas las dimensiones de las violaciones cometidas y de las diferentes consecuencias de los daños causados.

No obstante, en ninguno de los casos revisados, la Corte IDH ha hecho un pronunciamiento concreto sobre la suficiencia de las medidas implementadas mediante estos programas. Ha indicado que ellos no cubren algún tipo de daño, imponiendo una distinción que el referido programa no contiene, como entre el daño inmaterial por el sufrimiento causado a la víctima directa y aquel causado a sus familiares (como en el caso *Gomes Lund vs. Brasil*), o simplemente no pronunciándose sobre tales programas, pero disponiendo indemnizaciones adicionales (como en los casos *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* y *Operación Génesis vs. Colombia*, este último con relación al homicidio del dirigente Marino López). La falta de un pronunciamiento claro sobre esta materia deja persistente la duda sobre la evaluación de la suficiencia de indemnizaciones que se otorgan mediante programas administrativos con base en evaluaciones genéricas de los daños causados, pero que intentan responder a numerosas víctimas de violaciones graves.

4.8. La relación entre reparación individual y comunitaria en casos de masacres o violencia masiva

En los últimos años, la Corte IDH se ha pronunciado en varias ocasiones sobre casos de masacres cometidas en contra de comunidades campesinas o indígenas. En estos casos, los impactos sufridos no se limitan solo a las víctimas directas de los hechos de violencia que han afectado sus derechos a la vida o a la integridad personal, sino también a las comunidades en su conjunto. Ello en razón del desplazamiento, resquebrajamiento de los vínculos comunitarios, en contextos en los que dichos vínculos son particularmente estrechos e importantes para sus miembros. Las decisiones de la Corte IDH se han referido particularmente a casos de comunidades indígenas, donde la violencia y sus consecuencias no solo han afectado una forma colectiva de convivir, sino también la cultura ancestral de dichas comunidades, sus prácticas religiosas, su idioma y otros elementos de su identidad.

Estos casos no son fáciles de abordar por la Corte IDH. Sin embargo, ha sido capaz de adecuar su interpretación de la CADH al reconocimiento creciente de los derechos de los pueblos indígenas desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos. Ello se ha expresado en el reconocimiento de derechos colectivos, particularmente de la propiedad colectiva sobre la tierra, de la diversidad cultural y religiosa, del reconocimiento de la especial vinculación con la tierra, de la relación con los muertos y la importancia de los ritos funerarios, del reconocimiento de formas de rehabilitación adecuadas a dichas comunidades, e incluso de formas de daño de carácter espiritual.¹¹⁶

En el caso particular de masacres, este desafío subsiste. Las reparaciones a víctimas individuales, o a sus familiares directos, son importantes y necesarias, pero pueden desconocer otros impactos causados por hechos masivos de violencia. Más aún, el pago de indemnizaciones individuales puede afectar

116 Para un análisis más profundo de este creciente reconocimiento, ver el comentario a la 'Sección Especial. Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. Fondo y reparaciones', a cargo de Ruiz y Donoso.

vínculos comunitarios. Ello es particularmente difícil en situaciones en las que la Corte IDH carece de jurisdicción *ratione temporis* para conocer de todas las violaciones cometidas, debiendo limitar el rango de las reparaciones a aquellas violaciones y daños causados luego de la entrada en vigencia de su jurisdicción contenciosa en el respectivo país. Desde esta perspectiva vale la pena examinar las decisiones en *Operación Génesis*,¹¹⁷ *Santo Domingo*,¹¹⁸ *Río Negro*,¹¹⁹ y *El Mozote*,¹²⁰ ya que el estudio de otros de sus componentes arroja interesantes conclusiones.

4.8.1. Medidas para asegurar el debido registro y acceso de las víctimas a las medidas de reparación

Otra de las complejidades que surge es la definición de la parte lesionada; esto debido a la multiplicidad de violaciones, el gran número de afectados, la movilidad de las personas, y la de los registros civiles y demás instrumentos de identificación en los países en cuestión. Ante ello, la Corte IDH ha empezado a emplear la excepción establecida en el artículo 35.2. de su Reglamento, ordenando la realización, en plazos determinados, de procesos de registro, pero también dejando dichos registros abiertos luego de vencidos los plazos.¹²¹ Asimismo, en uno de estos casos ha dispuesto una obligación específica al Estado derivada de la constatación sobre la falta de representación activa ante la Corte IDH de quienes no han sido registradas, de velar en buena fe por su derecho a la reparación. También ha indicado que dichos registros no son declarativos de la condición de víctimas, pero sí se requiere que las víctimas en dicho registro se refieran específicamente a las violaciones establecidas por la Corte IDH.¹²²

4.8.2. Particularidades de la investigación judicial en situaciones de violaciones masivas

Al ordenar la investigación completa e imparcial de las masacres de *El Mozote*, la Corte IDH ordenó considerar la naturaleza y la escala de las operaciones militares que causaron tales grados de violencia, proponiendo estrategias específicas de investigación judicial, disponiendo que al hacerlo, el Estado debía tomar en cuenta el patrón sistemático de violaciones a derechos humanos en el contexto del conflicto armado salvadoreño, así como los operativos militares de grandes proporciones dentro de los que se enmarcaron los hechos del caso. Ello, con el objetivo de que los procesos y las investigaciones pertinentes fueran conducidos en consideración de la complejidad de los hechos y el contexto en que ocurrieron, evitando omisiones en la recolección de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación con base en una correcta valoración de los patrones sistemáticos que dieron origen a los hechos sujetos a la investigación.¹²³

En otro caso, la Corte IDH ordenó que:

Además de las afectaciones al derecho a la vida, el Estado deb[ía] considerar otras posibles graves afectaciones a la integridad personal y a la libertad personal, en particular, los presuntos actos de desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales, violación sexual, esclavitud y servidumbre, teniendo en cuenta, asimismo, los impactos diferenciados con motivo de las alegadas violaciones sufridas por los niños y las mujeres de la comunidad de Río Negro.¹²⁴

117 Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

118 Corte IDH. *Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

119 Corte IDH. *Caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

120 Corte IDH. *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

121 Corte IDH. *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párrs. 310-311. Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 415. Corte IDH. *Caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 251.

122 Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 430.

123 Corte IDH. *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 319.

124 Corte IDH. *Caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 257.

Por su parte, en materia de búsqueda, identificación y entrega de los restos de desaparecidos no solo exigió plazos perentorios para llevar a cabo el levantamiento de información sobre posible sitios de entierro, continuación de las operaciones de exhumación e identificación por entidades independientes, el empleo de medios técnicos y científicos considerando estándares internacionales, y la obtención del consentimiento informado de parte de los familiares.¹²⁵ También dispuso la creación de un banco genético para futuras identificaciones de restos.¹²⁶

Asimismo, la Corte IDH resaltó la importancia de encontrar los restos de las personas fallecidas para avanzar en las investigaciones judiciales, como forma de determinar el *modus operandi* de los perpetradores, identificar las unidades a las que pertenecían y su identidad. También resaltó la importancia de su ubicación para efectos de la verdad histórica, el proceso de duelo y su contribución a la reconstrucción de su identidad cultural.

4.8.3. Formas colectivas de responder a afectaciones masivas

En los casos señalados, la Corte IDH examinó los impactos colectivos de la violencia y recibió requerimientos de los representantes y de la CIDH para ordenar medidas concretas para responder a ellos. En un caso, denominó estas formas de reparación bajo el rótulo genérico de *reparación integral*, justificando que ellas responden a una diversidad de afectaciones no solo individuales sino colectivas, incluyendo consecuencias materiales, pero también sufrimientos y alteraciones en sus relaciones sociales y en la dinámica de sus familias y comunidades, considerando particularmente su naturaleza de comunidad indígena. Asimismo, ha indicado que “estos daños se intensifican por la falta de esfuerzos por encontrar e identificar a las víctimas fallecidas y la imposibilidad de los familiares de poder honrar apropiadamente a sus seres queridos”.¹²⁷

A pesar del uso de esta noción genérica, en dicha sentencia la Corte IDH estableció con precisión las medidas que debía adoptar el Estado, distinguiendo entre fortalecimiento de infraestructura y servicios básicos, y rescate de la cultura indígena. Las primeras incluían el fortalecimiento del centro de salud de la comunidad, programas de seguridad alimenticia, mejora de calles y avenidas, alcantarillado y agua potable, mejoramiento de escuelas y provisión de energía eléctrica.¹²⁸ La segunda consistía en la elaboración, en consulta con las víctimas, de programa de promoción, divulgación y conservación de los usos y costumbres del pueblo maya achí.¹²⁹

En otros dos de los casos examinados, la Corte IDH adoptó decisiones similares, pero en lugar de utilizar la noción vaga de reparación integral caracterizó las medidas de desarrollo social como *restitución*. Ordenó, así, la implementación de un programa de desarrollo que incluía mejoramiento vial, servicios de agua y luz, establecimiento de un centro de salud, de una escuela y de un centro para adultos mayores. También dispuso una serie de medidas para el retorno voluntario de los desplazados o su reasentamiento. Finalmente, exigió implementar un programa habitacional dirigido a aquellas personas desplazadas identificadas en la sentencia.¹³⁰ En otro caso, ordenó la restitución del uso, goce y posesión efectiva de los territorios de las comunidades afectadas, justificándolo como garantía de no repetición y como mecanismo de seguridad.¹³¹ En materia de infraestructura y servicios de educación, vivienda,

125 Corte IDH. *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 332.

126 Corte IDH. *Caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 268-269.

127 Dentro de las medidas de satisfacción se incluyen la publicación y difusión de la sentencia, la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, la creación de un museo en honor de las víctimas, y una serie de programas sociales y de infraestructura de servicios. Bajo el rubro de reparación integral, la Corte IDH comprendió medidas de rehabilitación (atención médica y psicosocial) y medidas de no repetición (capacitación de fiscales, jueces y fuerzas armadas). *Ibidem*, párrs. 272-292.

128 *Ibidem*, párr. 284.

129 *Ibidem*, párr. 285.

130 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párrs. 336-346.

131 Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párrs. 459-460.

capacidad productiva, y otros, la Corte IDH se limitó a ordenar el acceso prioritario a los programas sociales y de reparación, incluyendo los programas habitacionales y de restitución de tierras.¹³²

En cuanto a medidas de *rehabilitación*, así como en la caracterización de los servicios de atención de salud en las comunidades afectadas, la Corte IDH dispuso órdenes específicas para garantizar la efectividad y pertinencia de dichas medidas. Ellas incluían el empleo de una aproximación que abordara las diferentes dimensiones de los daños, individuales y colectivos.¹³³ En el caso de las masacres cometidas en comunidades indígenas, la Corte IDH ha agregado a estos servicios la participación de sanadores indígenas, “de acuerdo a sus prácticas de salud y mediante el uso de medicinas tradicionales”.¹³⁴

Encontrar el equilibrio adecuado entre formas de reparación individual y colectiva no es fácil, menos aún para un sistema de justicia que opera desde parámetros de derechos individuales y desde una cultura ajena a las de aquellos pueblos víctimas de violaciones masivas. Ello implica reconocer la dimensión de las afectaciones, cuando los lazos comunitarios, los vínculos con la tierra, los animales domésticos, y con el territorio en general son estrechos y de interdependencia, y cuando ellos tienen relación directa con la identidad y la espiritualidad. Implica también el diseño de políticas desde una cultura ajena, que además debe implementar un ente externo, que con frecuencia ha sido también el agresor, y que en ocasiones sostiene una posición racista o displicente hacia tales vínculos, cultura y espiritualidad. A su vez, incorporar estas dimensiones no puede negar las afectaciones individuales a aquellas personas y familias que sufrieron violaciones específicas a los derechos a la vida o a la integridad personal. Aquellas decisiones en las que se ha entregado la capacidad de definir las formas específicas de reparación dentro de una comunidad a las propias autoridades comunitarias –con los debidos mecanismos de control– parecieran arrojar resultados positivos,¹³⁵ podrían ofrecer formas de otorgar reparaciones individuales y colectivas que refuercen los vínculos comunitarios y la capacidad de agencia de las comunidades.

No obstante, es difícil hacer una evaluación sobre la *efectividad* de la aproximación seguida por la Corte IDH en estos casos, que intenta combinar aspectos individuales y comunitarios. Esa efectividad solo puede ser definida por las propias víctimas y comunidades afectadas. Se hace necesario realizar un estudio sobre la implementación de las medidas de reparación dictaminadas por la Corte IDH centrado en sus efectos en los individuos, familias y comunidades. Sin embargo, tal estudio requiere de la implementación efectiva de las medidas ordenadas como prerrequisito, lo que en muchos casos es parcial, aun transcurridos varios años desde su dictación, como se examina a continuación.

4.9. El cumplimiento de las sentencias de reparación

Las sentencias de la Corte IDH buscan producir un efecto útil, y no ser meramente declarativas de derechos. Ello es relevante para las disposiciones de las sentencias en materia de reparación. Dado que es un tribunal internacional, y debido a la naturaleza de sus decisiones, este aspecto es particularmente importante, pues la capacidad de hacer ejecutar las sentencias es más limitada. El artículo 68 de la CADH establece la obligación de los Estados de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes”. A su vez, el mismo artículo señala que “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias del Estado”. Esto le otorga un carácter de título ejecutivo a las sentencias de la Corte IDH en aquello de naturaleza patrimonial, lo que permite que el contenido de ellas y los montos fijados no puedan ser objeto de cuestionamiento por los órganos del Estado condenado. Dado el carácter

132 *Ibidem*, párr. 461.

133 Corte IDH. *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párrs. 351-353.

134 Corte IDH. *Caso masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 288.

135 Sobre esta propuesta, ver el comentario a la ‘Parte II: reparaciones ordenadas por la Corte IDH’ en la Sección Especial. Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. Fondo y reparaciones, a cargo de Ruiz y Donoso. En relación con la decisión de la Corte IDH en *Comunidad indígena Yakye Axa*, ver la comparación entre las soluciones que adopta la Corte IDH en dos casos de comunidades indígenas en Paraguay, en Beristain, C. M., *op. cit.*, pp. 450-451.

obligatorio de la CADH, no es necesaria la dictación de una ley que incorpore estas disposiciones al derecho interno, aunque ello puede ser aconsejable siempre que no implique una dilación para el cumplimiento de las sentencias o la posibilidad de cuestionar su contenido.

Sin embargo, aun cuando existan estas disposiciones, ellas pueden no bastar para el cumplimiento de las sentencias de reparación. Conforme la Corte IDH ha ampliado las medidas de reparación que utiliza, se requieren otras formas de asegurar el cumplimiento, particularmente respecto de aquellas medidas no patrimoniales. Ello explica el desarrollo de una labor adicional asumida por la Corte IDH, como es la del seguimiento del cumplimiento de sus sentencias.

Esta labor no tenía, en sus orígenes, un respaldo convencional ni reglamentario expreso. Desde su primera sentencia en materia de reparación, sin embargo, la Corte IDH dispuso que “supervisar[ía] el cumplimiento de las reparaciones acordadas y que sólo después [de que estas se declararan cumplidas se] archivar[ía] el expediente”.¹³⁶ Estos procesos de supervisión se tradujeron en la remisión de comunicaciones con el Estado, que en este caso se extendieron por ocho años, hasta que la Corte IDH declaró por cumplida la sentencia.

Con posterioridad, estos procesos se formalizaron, en parte, debido al mayor grado de complejidad que existe para supervisar el cumplimiento de obligaciones, como aquellas que involucran legislar, anular procesos judiciales, demarcar tierras, implementar programas de capacitación a funcionarios, prestar servicios a las víctimas y tantas otras obligaciones de hacer o de no hacer. La última reforma al Reglamento recogió esta necesidad y dispuso que la supervisión se realice “mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes”, los que luego deben ser objeto de informes de la CIDH.¹³⁷ Además, la Corte IDH puede requerir “a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, [así como] peritajes e informes que considere oportunos”.¹³⁸ También puede convocar a una audiencia con la asistencia del Estado y los representantes, donde se escuchará el parecer de la CIDH.¹³⁹

Los procesos de supervisión del cumplimiento de sentencias se han convertido en una labor intensa para la Corte IDH. De acuerdo con su informe anual 2017 existían ciento ochenta y nueve casos en etapa de supervisión de cumplimiento.¹⁴⁰ En un informe anterior, rindiendo cuentas sobre este tema, la Corte IDH aclaró que “esto no significa, sin embargo, que dichas sentencias estén ‘incumplidas’. En la mayoría de ellas, por el contrario, parte importante de los puntos sí están cumplidos o se encuentran en proceso de cumplimiento”.¹⁴¹ La misma Corte IDH reconoce que:

[...] por la naturaleza de algunas reparaciones dictadas [...] –tales como investigaciones judiciales, creación y modificación de normas legales, cambios estructurales o prestaciones de salud– es necesario que el Tribunal mantenga abierta la etapa de supervisión por tiempo mayor al de otro tipo de reparaciones de implementación menos compleja.¹⁴²

Un autor ha advertido sobre el problema que significa esta sobrecarga de trabajo, indicando que la Corte IDH tiene como desafío “concebir un nuevo esquema de reparaciones que pueda equilibrar los derechos individuales de la víctima con la importancia de que los Estados adopten medidas para evitar que en su territorio vuelvan a ocurrir graves violaciones a los derechos humanos”.¹⁴³ Sin embargo, las medidas de reparación dictadas por la Corte IDH de alcance institucional o legislativo, no son otra cosa

136 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, punto resolutivo 5.

137 Art. 69.1. del Reglamento.

138 *Ibidem*, art. 69.2.

139 *Ibidem*, art. 69.3.

140 Corte IDH. *Informe Anual 2017*. San José, 2018, p. 68.

141 Corte IDH. *Informe Anual 2011*. Corte IDH, San José, 2011, p. 13.

142 *Idem*.

143 Herencia Carrasco, S. “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, K. et al. (eds.) *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer, Berlín, Ciudad de México-Montevideo, 2011, p. 391.

más que una constatación del incumplimiento de los Estados de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la CADH. Estos largos procesos de seguimiento son resultado de la resistencia interna, por los Congresos, los Poderes Judiciales, o por otras instituciones del Estado, para asumir su responsabilidad en las violaciones cometidas y de garantizar efectivamente su no repetición. Quizás, la solución no sea inhibir a la Corte IDH a dictar este tipo de medidas de reparación —que con toda certeza tienen un impacto importante para garantizar la vigencia de los derechos consagrados por la CADH—, sino incrementar su capacidad para hacer seguimiento periódico y responder adecuadamente a esta voluminosa, pero a la vez importante, carga de trabajo. La labor de la Corte IDH en ello es insustituible, pues se trata de una tarea que tiene un componente tanto de evaluación como de jurisdicción.

5. Formas de reparación

Como se ha visto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha hecho un interesante desarrollo de las formas de reparación, que descansa en la noción de *restitutio in integrum* y de “indemnización justa”, a que hace referencia expresa el artículo 63.1. de la CADH. Ello es relevante no solo para identificar formas de reparación de violaciones a los derechos humanos, sino porque la jurisprudencia de la Corte IDH puede ayudar a informar qué se entiende por un “recurso sencillo y rápido”, como se establece en el artículo 25 del mismo instrumento. De esta forma, la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia puede contribuir también al desarrollo de la jurisprudencia de tribunales nacionales en su forma de definir la reparación, tanto para casos de violaciones a los derechos humanos como eventualmente para perfeccionar su jurisprudencia respecto al derecho a la reparación con relación a otros crímenes, especialmente dada la disparidad de criterios existente en el Continente en lo concerniente a la indemnización por daño moral.

La Corte IDH ha experimentado una interesante evolución en las formas empleadas para reparar violaciones a la CADH. En sus sentencias iniciales, se limitó a incluir como formas de reparación el pago de indemnizaciones en dinero, además de las medidas para garantizar el goce de los derechos conculcados, cuando ello era apropiado, a pesar de la temprana advertencia hecha por el anterior presidente de la Corte IDH, Cançado Trindade.¹⁴⁴ Posteriormente, comenzó a incluir, luego de la sección sobre reparación material e inmaterial, un acápite sobre “otras reparaciones”, entre las que se contenían medidas, que en retrospectiva, constituyen formas de satisfacción y garantías de no repetición. Con posterioridad, ha hecho un desarrollo más completo de estas formas de reparación, estableciendo distinciones entre ellas y utilizando un lenguaje coincidente con el de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a la Reparación de la ONU.

En sus últimas sentencias, luego de describir en general el fundamento jurídico de la obligación de reparar y de definir en el caso quién es la parte lesionada, la Corte IDH distingue entre: 1. las medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, y 2. las medidas de indemnización compensatoria. En algunos casos recientes ha incluido, previa a esta sección, la obligación de investigar, juzgar y sancionar a aquellos que se encuentren responsables de una violación. Es interesante notar que, en sus sentencias, incluye primero estas formas de reparación, y luego aquellas referidas a la indemnización compensatoria. Ello refuerza la importancia que la Corte IDH da a la noción de *reparación integral* que ha desarrollado.

144 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, voto disidente del juez Cançado Trindade. Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. RC. 1997, voto disidente del juez Cançado Trindade. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001, voto disidente del juez Cançado Trindade.

5.1. La obligación de investigar, y medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición como medidas de reparación

A pesar de la perspectiva patrimonial, inicialmente sostenida por la Corte IDH para la determinación de las medidas de reparación, la evaluación práctica sobre las condiciones de vida de las víctimas la llevó a imponer obligaciones de hacer, y no solo de dar. Luego de haber otorgado una cantidad de dinero como parte de la indemnización de perjuicios a favor de los herederos de las víctimas de una masacre (a fin de que los menores de edad pudieran estudiar), la Corte IDH ordenó la apertura y dotación de la escuela de la localidad donde ellos vivían, al constatar que la institución estaba cerrada.¹⁴⁵ En un caso posterior, la Corte IDH aprobó un acuerdo entre el Estado y los demandantes, que incluyó la designación con el nombre de una víctima de detención, tortura y asesinato de calles, plazas o escuelas.¹⁴⁶ Al poco tiempo, comenzó a disponer la obligación de investigar los hechos,¹⁴⁷ y de adecuar la legislación a la CADH.¹⁴⁸ Posteriormente, en un caso sobre privación de libertad, dispuso medidas de restitución en el puesto de trabajo, el pago de salarios y demás emolumentos, la eliminación de antecedentes prontuarios y medidas de rehabilitación, a través del pago de gastos médicos futuros.¹⁴⁹

Como resultado de esta evolución, la Corte IDH ha incluido, progresivamente, una gran variedad de medidas entre las que se confunden formas de garantizar los derechos vulnerados con medidas que son propiamente de reparación.¹⁵⁰ Muchas de ellas tienen un alcance amplio y se traducen en la aprobación de leyes o la ejecución de políticas de aplicación general, que persiguen mejorar la protección de los derechos fundamentales no solo de las víctimas, sino de otras personas en condiciones similares. Es quizás, aquí, donde resulta más interesante estudiar la jurisprudencia de la Corte IDH como forma de hacer aplicable las normas de la CADH en el derecho interno.

5.1.1. Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables

Cuando la Corte IDH determina la violación a la obligación de realizar investigaciones efectivas, en vulneración de las garantías judiciales que establece el artículo 8.1. de la CADH y del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1. del mismo instrumento, también *ha dispuesto el deber de investigar los hechos, e identificar, juzgar, y, en su caso, sancionar a los culpables*. El contenido concreto de esta obligación, y la no aplicación de obstáculos que derivan del derecho interno, son examinados con mayor detenimiento en los comentarios a los artículos de la CADH citados que se examinan en esta obra colectiva; en este comentario al artículo 63 de la CADH basta destacar que:

[...] la Corte [ha] reitera[do] que durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar, el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas en todas las etapas. Además, los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados, con la finalidad de que la sociedad [...] conozca la verdad de los hechos.¹⁵¹

Asimismo, en los casos de desaparición forzada la Corte IDH invariablemente ha ordenado (en algunos casos como medidas de satisfacción,¹⁵² y en otros como parte de la obligación de investigar),¹⁵³ la

145 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 96.

146 Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador*. FRC. 1998, párr. 48.5.

147 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, párr. 64.4.

148 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. FRC. 1999, párr. 222.

149 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párrs. 116, 122, 129 literal d).

150 Cabe precisar que este desarrollo se debe en gran parte a la capacidad de las partes de solicitar y argumentar medidas de reparación más allá de los cánones tradicionales, y también del trabajo de la CIDH, quien ha sido capaz de escuchar a las víctimas y de traducir su conocimiento en propuestas y demandas creativas. Ello no desmerece la capacidad de la Corte IDH para evaluar dichas medidas y para acoger aquellas solicitudes suficientemente fundadas.

151 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 334.

152 *Ibidem*, párrs. 335-336.

153 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párrs. 258-263.

determinación del paradero de las víctimas, exigiendo esfuerzos adicionales a los que infructuosamente se han realizado a nivel interno, bajo garantías de independencia y transparencia.

En algunos casos, ello ha implicado imponer como condición para estas investigaciones el que sean realizadas por la justicia ordinaria y no la militar. En otros más recientes, ha dispuesto una serie de exigencias a las investigaciones, tales como: 1. conducir las investigaciones de forma que consideren la complejidad de los hechos y el contexto en el que ocurrieron; 2. abarcar en forma integral todos los elementos que configuran la desaparición forzada; 3. identificar e individualizar a los autores materiales e intelectuales; asegurarse de que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinentes para investigar los hechos denunciados y llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer lo sucedido; 4. por tratarse de una violación grave a derechos humanos, y en consideración del carácter permanente o continuo de la desaparición forzada cuyos efectos no cesan mientras no se establezca el paradero de la víctima o se identifiquen sus restos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación.¹⁵⁴

No obstante, el resultado de estas órdenes ha sido muy limitado. Aún transcurridos extensos periodos en los que la Corte IDH ha mantenido en supervisión el cumplimiento de sus sentencias, las investigaciones ordenadas no avanzan, o simplemente son cerradas o archivadas por prescripción u otra causa. Es importante notar que, en estos casos, la Corte IDH ha insistido:

[...] que si bien la prescripción debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad.¹⁵⁵

Asimismo, ha rechazado la aplicación del principio *ne bis in idem* cuando la sentencia dictada adolece de vicios graves, produciendo “una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’”,¹⁵⁶ ordenando la remisión de copias de las partes relevantes del expediente para examinar si la cosa juzgada dictada en ellos adolece de vicios que la hagan fraudulenta.¹⁵⁷

5.1.2. Medidas de satisfacción

La jurisprudencia de la Corte IDH no ha sido del todo consistente en su formulación de medidas de satisfacción, confundiéndolas con frecuencia con garantías de no repetición. Las medidas de satisfacción dispuestas constituyen respuestas precisas a algunas consecuencias de las violaciones que no pueden ser enfrentadas mediante el pago de indemnizaciones. Sin embargo, aquello que la Corte IDH rotula en ocasiones como medidas de satisfacción, sería más correcto catalogarlo como garantías de no repetición. La confusión es comprensible pues muchas garantías de no repetición tienen una gran importancia simbólica para la satisfacción de las víctimas, y además se sostiene que la reivindicación histórica y de la dignidad de una víctima y de su lucha, es importante también para la no repetición de los hechos.

154 Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. FRC. 2011, párr. 185. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 285.

155 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 1 de julio de 2011, párr. 40.

156 *Ibidem*, párr. 41.

157 *Ibidem*, párr. 42.

El componente simbólico de la reparación no puede estar dado solo por algunas medidas a las que se les atribuye dicho efecto. Toda reparación comparte la doble naturaleza de ser simbólica y material; se puede afirmar que el conjunto de las medidas de reparación debe apuntar a la satisfacción de las víctimas. En efecto, la reparación puede ser entendida fundamentalmente como un mensaje que se otorga a las víctimas a través de medios simbólicos y materiales. La forma de incorporar a las víctimas en su definición, o la forma como estas medidas son entregadas, pueden ser tan importantes como el contenido material de las medidas mismas. Más aún, el grado de satisfacción de ellas estará dado por este conjunto de mensajes, así como por aquellos que las víctimas reciban de las diferentes autoridades y de otros actores sociales.¹⁵⁸ Así, es posible afirmar *que todas ellas comparten la naturaleza de ser medidas de satisfacción*.

Más allá de cómo la Corte IDH las catalogue, entre las medidas de satisfacción que ha dispuesto están la realización de actos simbólicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado,¹⁵⁹ la instalación de placas conmemorativas en lugares de significación, como el recinto donde una víctima permaneció detenida antes de su desaparición,¹⁶⁰ la publicación de partes de la sentencia,¹⁶¹ la difusión radial de partes de la sentencia en la lengua propia de la víctima y su comunidad,¹⁶² medidas de conmemoración y homenaje a la víctima,¹⁶³ y creación de becas a nombre de esta.¹⁶⁴ En otro caso, la Corte IDH tuvo en consideración la pertenencia de la víctima a una comunidad indígena para ordenar la búsqueda, exhumación en presencia de sus familiares, y entrega de sus restos a los mismos.¹⁶⁵

Es interesante notar que no es inocuo quien participa de estas medidas simbólicas. En casos en los que la responsabilidad directa de la violación es de las autoridades de un Estado, no ha bastado a las víctimas con que en la ceremonia de disculpas concurren solo autoridades del Gobierno Federal.¹⁶⁶ En un caso relativo a la dictación de sentencias y de la práctica de investigaciones discriminatorias por parte del Poder Judicial, la Corte IDH ordenó a las autoridades de dicho poder del Estado estar presentes en la ceremonia de ofrecimiento de disculpas.¹⁶⁷

A pesar de la importancia de estas formas de reparación, en algunos casos la Corte IDH ha rechazado solicitudes para construir un museo en homenaje a un líder desaparecido, apoyar la cooperativa de la que era dirigente, red denominar un instituto de estudios a su nombre, y crear un fondo para otorgar becas para una escuela de liderazgo, señalando que la emisión de la sentencia y las reparaciones dispuestas eran suficientes.¹⁶⁸ Estos rechazos no están del todo justificados, dado que en el proceso se argumentó la existencia de una relación entre el legado de la víctima o las causas a las que dedicó su vida, que provocaron que fuera objeto de represión. En otro caso, la Corte IDH rechazó la solicitud de establecer un Día del Detenido Desaparecido, por no haberse fundamentado suficientemente su motivo, considerando

158 Ver Correa, C. "Reparations for victims of massive crimes: making concrete a message of inclusion", en Letschert, R. et al. (eds.) *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*. Intersentia, Cambridge/ Antwerp/ Portland, 2011, pp. 185-233.

159 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 266.

160 *Ibidem*, párr. 267.

161 *Ibidem*, párr. 271.

162 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 245.

163 En el caso de la desaparición forzada de un líder político, la Corte IDH dispuso como medida de satisfacción –y como medida de preservación de la memoria– la realización de una publicación y de un documental audiovisual sobre la vida del Sr. Cepeda Vargas, los que deberían hacerse en coordinación con sus familiares. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. EPFRC. 2010, párrs. 227 a 230.

164 *Ibidem* párr. 233.

165 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, párrs. 81-82.

166 Según lo relatado al autor por Omeheira López, anterior Jefa de la Unidad de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación de México, con base en su constatación sobre la demanda de las víctimas luego de asistir a dicha ceremonia. Entrevista efectuada en noviembre de 2011. Cfr. con lo establecido en el comentario al artículo 28 (cláusula federal), a cargo de Dulitzky, aunque este problema puede surgir en otras formas de distribución de competencias territoriales y no solo en estructuras federales.

167 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 264.

168 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 249-252.

la ya existencia de las conmemoraciones existentes respecto del incidente particular a que se refería la sentencia y a las medidas de reparación simbólicas implementadas por el Estado.¹⁶⁹

5.1.3. Garantías de no repetición

El asegurar la no repetición de las violaciones implica efectuar aquellas reformas institucionales o implementar políticas educacionales o de otra índole que *incrementen la protección de los derechos de las personas y disminuyan la cultura de abuso, tolerancia o discriminación* de parte de servidores públicos, operadores de justicia o de la población en general.¹⁷⁰ Como se ha dicho, esta sección de las sentencias es la que ofrece mayores posibilidades para incrementar la protección general del Estado a los derechos de las personas. Se puede entender que, a través de ella, la Corte IDH destila las lecciones fundamentales sobre aquello que falló en las instituciones estatales y que dieron lugar a la violación. Esto da lugar a mandatos de la Corte IDH para la modificación de ciertas normas legales, como forma concreta de adecuación de su derecho interno a la CADH;¹⁷¹ a la tipificación de ciertos delitos (como el de la desaparición forzada de personas); la adecuación de ciertos tipos penales para mejorar la protección de derechos garantizados por la CADH;¹⁷² o la ratificación de ciertas convenciones internacionales.¹⁷³ También ha incluido “medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que sean necesarias”,¹⁷⁴ para garantizar la no repetición de los hechos violados. Algunos de estos mecanismos se refieren en forma precisa a prevenir ciertas violaciones cometidas, como la realización de un programa de registro y documentación de los habitantes de una comunidad indígena sin requerir para ello su traslado a la capital, a fin de que los miembros de la comunidad contaran con los documentos necesarios para ejercer su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.¹⁷⁵

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre este tipo de medidas ha especificado algunas de sus características: 1. obligan a todos los órganos del Estado; 2. no implican una revisión en abstracto de la legislación nacional sino deben estar estrictamente vinculadas a la capacidad de prevenir la no repetición. Debe tratarse de solicitudes específicas y motivadas, aunque pueden tener una aplicación general; 3. son resultado de la obligación general de garantía y de adopción de disposiciones de derecho interno, pero además, no obstan a la obligación general de los Estados de garantizar los derechos y adecuar su legislación interna; 4. varían respecto del grado de especificidad y detalle, de acuerdo con las circunstancias, existiendo mayor detalle en casos en los que la Corte IDH considera necesario garantizar la protección de grupos vulnerables; 5. cuando implican la implementación de programas, acciones o servicios al Estado, también exige la existencia de un vínculo directo y comprende la revisión de medidas adoptadas por el Estado, exigiendo evidencia empírica de los cambios que ellas han producido para garantizar la no repetición.

A continuación se examinará brevemente cada una de estas características.

5.1.3.1. Obligación referida a todos los órganos del Estado

En virtud de la aplicación del artículo 27 de la CVDI, la Corte IDH ha afirmado que todos los órganos del Estado se encuentran obligados a dar cumplimiento a las medidas de reparación adoptadas.

169 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 280.

170 *Ver*, a modo ejemplar, las medidas enumeradas en el Principio 23 de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a la Reparación de la ONU, *op. cit.*

171 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 338. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. EPFRC. 2006, párrs. 145, 151, 154-156.

172 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 344.

173 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 287.

174 Por ejemplo, para “crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas”, es decir, no solo referido a la comunidad cuyo derecho fue violado en este caso, sino todas las comunidades indígenas. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 164.

175 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xáknok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 307-308, con relación al párrafo 252.

Ello ofrece desafíos particulares cuando se trata de medidas que involucran a poderes diferentes al Ejecutivo, que es el que participa en los litigios. Dada la independencia de los Poderes Judicial y Legislativo, el ejecutivo por sí solo no puede garantizar el cumplimiento de estas medidas. Sin embargo, ello no exime al Estado en su conjunto de cumplir sus obligaciones, que son referidas no al Ejecutivo, sino a todos los órganos y poderes del Estado. Así, respecto de medidas de carácter legislativo, la Corte IDH ha precisado que:

Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, el Estado no debe limitarse a ‘impulsar’ el proyecto de ley correspondiente, sino *asegurar su pronta sanción y entrada en vigor*, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno para ello.¹⁷⁶

Como parte de estas medidas, la Corte IDH también ha recordado a los Estados que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH”.¹⁷⁷

5.1.3.2. Necesidad de un vínculo directo entre las modificaciones legislativas ordenadas y su capacidad para prevenir la re-ocurrencia de las violaciones establecidas

La Corte IDH ha sido cauta en no extralimitarse, en función de esta atribución, más allá de la revisión de la legislación estrictamente referida a la violación específica. Así, ha rechazado revisar aspectos de la legislación de un país que son contrarios a la CADH, según la CIDH, cuando aquellos aspectos específicos a los que se refirió un caso habían sido ya modificados durante la tramitación del juicio. Al fundamentar esta decisión precisó:

[...] que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales *en abstracto*, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención.¹⁷⁸

En otro caso, la Corte IDH explicitó que no podía pronunciarse sobre solicitudes de modificaciones legales si en el proceso no se había establecido que las violaciones habían sido cometidas como resultado de deficiencias en la legislación. La Corte IDH se limitó a examinar la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias. La Corte IDH no analizó la compatibilidad de una determinada norma con la CADH, ni fue ello materia del caso. Asimismo, los representantes no aportaron elementos suficientes que permitieran inferir que las violaciones se hubieran derivado de un problema de las disposiciones legales en sí mismas. Por tanto, la Corte IDH consideró que no era pertinente, en las circunstancias del caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.¹⁷⁹

Sin embargo, esto no implica que estas disposiciones se limiten al caso específico. Identificada una norma como contraria a la CADH, en razón de haber sido causa directa de una violación establecida en el juicio, la Corte IDH ha ordenado su modificación o derogación con efectos generales. Ello ha sido particularmente explicitado con relación a las leyes de auto-amnistía, respecto de una de las cuales la Corte IDH ordenó no solo “que no sig[ui]era representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones,”¹⁸⁰ del caso específico motivo del juicio ante la instancia interamericana, sino también

176 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPRFC. 2009, párr. 344. (énfasis agregado)

177 *Ibidem*, párr. 339. Es interesante notar que con posterioridad a esta y otras sentencias, México aprobó una importante reforma constitucional que incluyó la recepción del derecho internacional de derechos humanos en el derecho interno y la Corte Suprema de Justicia del país ha acogido la obligación de todos los tribunales de ejercer un control de convencionalidad.

178 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFR. 2010, párr. 285. (énfasis agregado)

179 Corte IDH. *Caso Atala Ríffo e hijas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 280.

180 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. EPRFC. 2006, párr. 171.5.

que no lo fuera “para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares”.¹⁸¹

Al pronunciarse sobre el caso de un incendio en un establecimiento penitenciario que causó la muerte de 107 personas, la Corte IDH constató que ya había condenado al mismo Estado por las deficientes condiciones carcelarias, habiendo ordenado una serie de medidas para su mejora. Sin embargo, la Corte IDH constató que:

a más de seis años de decretada dicha medida, la misma aún se enc[ontraba] pendiente de cumplimiento. Además, destac[ó] que [...] se s[eguía]n presentando situaciones graves en el sistema penitenciario hondureño, tales como [...] recientes incendios de gran magnitud, entre otras situaciones críticas de conocimiento público, donde ha[bía]n perdido la vida cientos de personas.¹⁸²

Como resultado, la Corte IDH homologó las medidas acordadas entre las partes en un acuerdo de solución amistosa, pero especificó su contenido, detallándolo, en materia de construcción y mejoras de dichos centros, adopción de medidas legislativas y reglamentarias, y capacitación a funcionarios en planes de emergencia.

A primera vista pareciera que la Corte IDH se hubiera extralimitado en su pronunciamiento, al referirse no solo a las condiciones carcelarias, sino en términos más generales, a una de las principales causas del hacinamiento en dichos centros, como son “las políticas de ‘tolerancia cero’ que pretendían erradicar a las ‘maras’ y pandillas con la finalidad de controlar la violencia”.¹⁸³ Sin embargo, esas causas fueron desde los orígenes del caso, objeto de la controversia, y fueron también objeto del reconocimiento completo de responsabilidad por el Estado, así como del acuerdo de solución amistosa. Todo ello permitió a la Corte IDH pronunciarse no solo sobre las condiciones carcelarias, sino sobre las políticas policiales y judiciales.

En un caso que involucró la solución amistosa entre las víctimas y el Estado respectivo, la Corte IDH homologó un acuerdo que comprendía varias medidas específicas para garantizar la no repetición de actos de tortura policial. Una de ellas fue la realización de un seminario sobre:

[...] la aplicación de la doctrina de la inmediatez procesal desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y hacer llegar las conclusiones de dicho evento a diversos servidores públicos encargados de la defensoría de oficio, así como de la procuración e impartición de justicia.¹⁸⁴

La otra medida homologada fue la capacitación a operadores de justicia “para que pu[diera]n identificar, reaccionar, prevenir, denunciar y sancionar el uso de prácticas de tortura.”¹⁸⁵

5.1.3.3. *Garantías de no repetición y obligación general de garantía y de adopción de disposiciones de derecho interno*

Sin perjuicio de la inhibición a pronunciarse sobre la adecuación de la legislación en estos casos, la Corte IDH ha insistido en que persiste la obligación de garantizar los derechos y de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias. Así, en ellos ha recordado:

al Estado que debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, [debe] adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en

181 *Ibidem*, párr. 171.6.

182 Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. FRC. 2012, párr. 94.

183 *Ibidem*, párr. 26.

184 Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013, párr. 88.

185 *Ibidem*, párr. 92.

cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.¹⁸⁶

Esto, dijo la Corte IDH, se refería no solo a la adopción de medidas directamente relacionadas con el caso en cuestión, sino con el cumplimiento de todas las obligaciones que derivaran de la CADH. Así, si bien la Corte IDH se abstuvo de pronunciarse sobre una norma cuestionada por la CIDH, pero que no fue aplicada en contra de la víctima, especificó que como parte de su deber de garantía el Estado debía:

[...] adoptar medidas legislativas y de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención Americana [las que deberían], *irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en una efectiva aplicación práctica*.¹⁸⁷

Asimismo, en los casos en que no ha ordenado modificaciones legislativas, la Corte IDH ha precisado el contenido de la supremacía de las normas de la CADH por sobre las normas internas, como resultado de la inadmisibilidad de invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

5.1.3.4. Grado de especificidad de las órdenes de adecuación normativa

En general, al ordenar medidas de adecuación legislativa, la Corte IDH emplea expresiones amplias, definidas por la finalidad que se persigue, esto es el garantizar los derechos consagrados en la CADH. Estas expresiones no especifican la manera en que el Estado debe garantizar la no repetición, y se limitan a disponer, por ejemplo, la obligación de “iniciar el proceso por el cual se incorpore ‘la figura jurídica que resulte más conveniente’ para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales”,¹⁸⁸ o “asegurarse” que una norma violatoria de uno de los derechos consagrados por la CADH “no siga representando un obstáculo”,¹⁸⁹ para el ejercicio del derecho violado.

No obstante, en algunos casos, la Corte IDH ha sido prescriptiva respecto del contenido de la adecuación legislativa que el Estado debe hacer, especialmente cuando se trata de derechos cuyo desarrollo en la CADH no son suficientemente detallados. Así, ha dispuesto que el Estado adopte:

[...] medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad. Este sistema deberá consagrar normas sustantivas que garanticen: a) que se tome en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no baste que las tierras reclamadas estén en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación. Además, este sistema deberá consagrar que una autoridad judicial sea la competente para resolver los conflictos que se presenten entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.¹⁹⁰

También ha sido prescriptiva en casos referidos a violaciones originadas por políticas masivas que constituyen violaciones a derechos establecidos en la CADH. En el caso de personas de origen haitiano cuya nacionalidad había sido revocada, o habían resultado expulsadas de República Dominicana, la Corte IDH dispuso, además de medidas de capacitación a operadores estatales vinculados a la función fronteriza o migratoria,¹⁹¹ dejar sin efecto toda norma o práctica que resultara en “que la estancia irregular de los padres extranjeros moti[vara] la negación de la nacionalidad dominicana a las personas

186 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 286.

187 *Idem*. (énfasis agregado)

188 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. RC. 2001, párr. 50.5.b.

189 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. EPFRC. 2006, párr. 171.5.

190 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 310.

191 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 464-465.

nacidas en el territorio de la República Dominicana.”¹⁹² También dispuso, en términos más amplios, adoptar medidas legislativas, constitucionales o de cualquier otra índole que fueran:

[...] necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que deb[ía] ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en el territorio pu[dieran] ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de los padres.¹⁹³

En algunas sentencias, la Corte IDH ha intentado mejorar la protección al acceso a ciertos derechos para una población más amplia. En un caso sobre el acceso a la justicia de un menor de edad que sufrió un accidente causándole discapacidad, la Corte IDH dispuso que:

[...] en el marco de la implementación de las leyes argentinas que regula[ba]n el acceso a prestaciones en salud y seguridad social, el Estado deb[ía] adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona [fuera] diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionadas con discapacidad, le [fuera] entregada a la persona o su grupo familiar una carta de derechos que resum[iera] en forma sintética, clara y accesible los beneficios que contempla[ba]n las mencionadas normas, los estándares sobre protección de las personas con discapacidad mental establecidos en [la] Sentencia y las políticas públicas análogas, así como las instituciones que pu[diera]n prestar ayuda para exigir el cumplimiento de sus derechos.¹⁹⁴

En forma análoga, en un caso en el que la Corte IDH afirmó el derecho de las personas a recurrir a sistemas de fertilización asistida, dispuso, además de dejar sin efecto la prohibición de su práctica, regular su implementación e incluir tratamientos de infertilidad en la atención pública en salud. Esto último, la Corte IDH lo fundamentó bajo el principio de no discriminación.¹⁹⁵

Por otra parte, en un caso sobre un detenido desaparecido, y con base en lo definido en el acuerdo de solución amistosa concluido entre los representantes y el Estado, la Corte IDH dispuso una medida para facilitar el acceso a otras víctimas de desaparición forzada a procesos de ubicación, exhumación e identificación, así como de investigación de los hechos. Homologó así el acuerdo sobre la creación de una comisión nacional de búsqueda de víctimas de desaparición forzada y otras formas de desaparición. En otra medida de impacto más allá de las víctimas directas o indirectas, la Corte IDH también homologó el acuerdo sobre la entrega de 10 “becas de estudio” a hijos o nietos de otros detenidos desaparecidos a ser definidos por los familiares de la víctima.¹⁹⁶

En otro caso respecto de desapariciones forzadas en el mismo país, referido a niños sustraídos junto con la ejecución sumaria de los familiares o adultos que estaban con ellos durante operativos militares, la Corte IDH dispuso una serie de medidas para la búsqueda y hallazgo no solo de ellos, sino de otros niños en igual situación y de otros detenidos desaparecidos.¹⁹⁷

Medidas similares fueron dictadas en otro caso, referido a la aplicación de tortura a una detenida y la negativa a investigarla prontamente. En este caso, el Estado señaló que las entidades correspondientes estarían operando de acuerdo con los diferentes protocolos sobre investigación de tortura (Protocolo de Estambul), de ejecuciones sumarias (Protocolo de Minnesota), y sobre la obligación de profesionales médicos en casos de tomar conocimiento de hechos de tortura (Protocolo de Tokio). No obstante, la Corte IDH añadió que a dichos protocolos debían agregarse los estándares establecidos en la sentencia, no solo respecto de la investigación del caso, *sino como medida de política general*. Asimismo, ordenó la capacitación en esos estándares, incluyendo la incorporación de la perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de las investigaciones, y la superación de estereotipos de género.

192 *Ibidem*, párr. 469.

193 *Ibidem*, párr. 470.

194 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 295.

195 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párrs. 336-338.

196 Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, párrs. 218, 221.

197 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. FRC. 2014, párrs. 189, 198, 204, 209 y 239.

Adicionalmente, en respuesta a la práctica generalizada de violencia sexual especialmente contra mujeres durante el conflicto armado interno en el Perú ocurrido entre 1980 y el 2000, la Corte IDH ordenó la implementación de un programa de cobertura amplia de atención psicosocial y médica a todas las víctimas de violencia sexual.¹⁹⁸

Si bien este conjunto amplio de medidas constituye un factor positivo de las decisiones de la Corte IDH, que puede tener un impacto muy importante en el mejoramiento del respeto y protección de los derechos humanos en la región, no deja de ser preocupante la dificultad para hacer un seguimiento activo de su implementación. Ello no debiera ser un objeto de crítica a la Corte IDH, sin embargo, pues dicho seguimiento queda entregado a los países respectivos, y a los activistas de derechos humanos, que pueden encontrar en la sentencia un fundamento para sus acciones de cabildeo y persuasión.

5.1.3.5. *Exigencias para disponer la implementación de acciones, programas o servicios para prevenir la no repetición de las violaciones*

La Corte IDH ha sido exigente tanto con los Estados como con los representantes de las víctimas y la CIDH para pronunciarse sobre la implementación o modificación de políticas, programas o servicios que garanticen la no repetición. Respecto del Estado, esta exigencia se refiere a demostrar que las políticas existentes efectivamente producen el efecto que se espera de ellas. Respecto de los representantes y de la CIDH, que las deficiencias se vinculan directamente con la violación constatada en el caso, o que su mejoramiento o implementación es efectivamente necesario para garantizar la no repetición. Para observar esto, es conveniente revisar los criterios adoptados por la Corte IDH para rechazar o aceptar estas medidas, o las exigencias impuestas a las partes con relación a sus peticiones o alegatos.

Como parte de las medidas de satisfacción —o en otras ocasiones explícitamente como garantías de no repetición—, la Corte IDH ha incluido la capacitación en derechos humanos o de aspectos específicos referidos a la vulneración establecida, con respecto a funcionarios públicos, particularmente “a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial y de la Policía”,¹⁹⁹ a “las fuerzas armadas”,²⁰⁰ o “a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho”.²⁰¹ Otro tipo de medidas, frecuentemente dispuestas por la Corte IDH, se refieren al acceso a la información del Estado, ya sea aquella información necesaria para la realización de las investigaciones ordenadas, o en general aquella cuyo objeto es fortalecer los mecanismos jurídicos e institucionales para garantizar la transparencia en las decisiones públicas y el acceso a archivos.²⁰²

No obstante, en algunos casos, para disponer estas medidas la Corte IDH ha exigido evidencia sobre su necesidad y sobre su vinculación con la violación establecida. Ha rechazado peticiones cuando ellas, a su juicio, no son suficientemente motivadas y fundamentadas, o son genéricas, no aportándose prueba o argumentación que permita analizar su finalidad, razonabilidad y alcance.²⁰³ En otros casos, ha acogido solo parcialmente la solicitud, por ejemplo, respondiendo a la demanda de creación de un centro de salud integral en la comunidad indígena de una víctima de violación sexual, mediante el fortalecimiento del centro de salud existente en una comunidad vecina.²⁰⁴

En un caso en que se solicitó un programa de divulgación general, la Corte IDH rechazó la solicitud al constatar que dichos programas ya existían y que los representantes no aportaron información

198 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. EPFRC. 2014, párrs. 322, 327, 330-331. No obstante, rechazó pronunciarse sobre la exclusión, que disponía el Programa Integral de Reparaciones de víctimas de violaciones a los derechos humanos, de que fueran miembros de grupos subversivos, aduciendo que dicho planteamiento fue hecho por los representantes en forma extemporánea.

199 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 245.

200 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 249.

201 Corte IDH. *Caso Claude Reyes vs. Chile*. FRC. 2006, párr. 165.

202 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 293.

203 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 232, 238 y 269.

204 *Ibidem*, párr. 260.

sobre sus deficiencias.²⁰⁵ También fue rechazada una solicitud de capacitación a funcionarios públicos sobre su obligación de cumplir las decisiones judiciales en un caso, aduciendo la Corte IDH que no se había acreditado “la existencia de patrones generalizados de incumplimiento de fallos”.²⁰⁶

La Corte IDH ha valorado los casos en los que el Estado ha implementado una serie de medidas para garantizar la no repetición, como procesos de entrenamiento de funcionarios públicos, la creación de instituciones y programas de prevención y atención a víctimas de discriminación, e incluso adecuaciones legislativas. Respecto de uno de ellos, ha dicho que las medidas adoptadas “constituyen indicadores estructurales relacionados con la adopción de normas que, en principio, tienen como objetivo enfrentar la violencia y la discriminación contra la mujer”.²⁰⁷ Sin embargo, también ha dicho que *las referidas medidas no son evidencia suficiente de su efectivo impacto para garantizar la no repetición*.

Para efectuar estas evaluaciones, la Corte IDH exige de la CIDH, de los representantes y también del Estado, aportar información suficiente. Ello ha ocurrido especialmente ante solicitudes que involucran medidas de alta complejidad, como aquellas referidas a superar un contexto específico de discriminación estructural. En un caso de este tipo, la Corte IDH exigió previamente contar con información sobre el impacto de las referidas medidas para reducir los niveles de discriminación constatados. Particularmente interesantes son las exigencias impuestas por la Corte IDH en materia de *indicadores* que demuestren “cómo las políticas implementadas por el Estado pueden constituir reparaciones con perspectiva de género”.²⁰⁸ Ellas se refieren a que:

i) cuestionen y estén en capacidad de modificar, a través de medidas especiales el *status quo* que causa y mantiene la violencia contra la mujer y los homicidios por razones de género; ii) hayan constituido claramente un avance en la superación de las desigualdades jurídicas, políticas y sociales, formales o *de facto*, que sean injustificadas por causar, fomentar o reproducir los factores de discriminación por razón de género, y iii) sensibilicen a los funcionarios públicos y la sociedad sobre el impacto de los factores de discriminación contra las mujeres en los ámbitos público y privado.²⁰⁹

El énfasis en la obtención de evidencia empírica para pronunciarse sobre las medidas adoptadas es una importante contribución para garantizar efectivamente la no repetición. Ella constituye una exigencia necesaria en un contexto en el que las declaraciones y normas promulgadas en muchas ocasiones no tienen relación con las condiciones de vida de las personas, especialmente la población pobre, los sectores discriminados o los miembros de las comunidades indígenas. No obstante, las exigencias pueden implicar procesos de reformas políticas y hasta culturales que pueden tomar años, y cuya evaluación puede resultar difícil para un tribunal con limitada capacidad de seguimiento.

En un caso de homicidio de una joven de 15 años de edad, cometido por particulares, la Corte IDH consideró que el homicidio correspondía a un patrón generalizado de violencia y de homicidios cometidos contra mujeres en Guatemala. Con base en ello, la Corte IDH estimó que el homicidio constituía una violación al deber de protección, ante una situación específica de riesgo, de acuerdo con el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará, referido a la obligación de los Estados de adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Como forma de garantizar la no repetición, la Corte IDH ordenó el fortalecimiento del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, y la implementación en pleno, de una ley contra el feminicidio dictada con posterioridad a los hechos, incluyendo el funcionamiento de órganos jurisdiccionales especializados que establecía la citada ley en todo el territorio nacional.²¹⁰ No obstante, la Corte IDH rechazó otras solicitudes, como pronunciarse sobre la insuficiencia de la política de superación de la violencia contra la mujer, discriminación o

205 *Ibidem*, párr. 267.

206 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. EPFRC. 2011, párr. 144.

207 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 494.

208 *Ibidem*, párr. 495.

209 *Idem*.

210 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, párrs. 267-270.

impunidad sin información sobre las fallas estructurales que atravesarían estas políticas, los eventuales problemas en sus procesos de implementación y, en su caso, sus resultados sobre el goce efectivo de derechos por parte de las víctimas de dicha violencia.²¹¹

También consideró suficientes, luego de examinarlas, las medidas implementadas por el Estado con relación a establecer un sistema de alertas inmediatas en casos de desaparición de niñas, adolescentes y mujeres, así como respecto de la recopilación y producción de estadísticas confiables y accesibles sobre violencia contra la mujer y feminicidio.²¹² Asimismo, accedió a la solicitud de implementación de programas y cursos para funcionarios públicos pertenecientes al Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil, vinculados a la investigación de actos de homicidio de mujeres sobre estándares en materia de prevención, eventual sanción y erradicación de homicidios de mujeres, y capacitarlos sobre la debida aplicación de la normativa pertinente en la materia.²¹³

A su vez, la Corte IDH rechazó las solicitudes de medidas de educación más amplias y generales, de educación en etapas temprana de la enseñanza sobre el respeto de las mujeres como iguales, o sobre el rechazo a la violencia o a la discriminación contra las mujeres, por considerar que no fue acreditado que el deber de garantizar los derechos de las mujeres no podía ser garantizado por las medidas existentes.²¹⁴

En resumen, la Corte IDH accedió a ordenar medidas específicas, *vinculadas directamente con la prevención de hechos similares*, luego de un examen de su pertinencia y de la insuficiencia de las respuestas estatales. Sin embargo, *rechazó solicitudes generales en las que no se hubiera probado su necesidad para concretamente prevenir futuras violaciones del tipo establecidas*, sin perjuicio de enfatizar la existencia de las obligaciones generales de los Estados de garantizar los derechos establecidos en la CADH.

Siguiendo este mismo razonamiento, examinando un caso sobre la condena a varios activistas indígenas, con base en las declaraciones de testigos protegidos que no pudieron ser adecuadamente contra-interrogados por la defensa, la Corte IDH dispuso regular el uso de dichos testimonios, ordenando que el Estado:

[...] regul[ara] con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trat[ara] de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no [fuera] utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que asegur[ara]n que la afectación al derecho de defensa [fuer] a suficientemente contrarrestada.²¹⁵

Sin embargo, rechazó otras solicitudes generales de adecuación del derecho interno, considerando que esas adecuaciones ya habían sido hechas, o que las solicitudes no se referían a violaciones establecidas por la Corte IDH. También consideró innecesario ordenar medidas generales y no vinculadas directamente a los hechos, como erradicar prejuicios discriminatorios basados en el origen étnico de los acusados en procesos penales, la implementación de una política que valorizara el aporte social de los pueblos indígenas al desarrollo nacional, la restitución de tierras ancestrales al pueblo mapuche, o la implementación de un fondo autogestionado para la educación de los niños mapuches. También rechazó ordenar la aplicación de sanciones a los jueces y fiscales que fueron parte de los procesos penales en los que se violó el derecho en el caso específico.²¹⁶

211 *Ibidem*, párr. 265.

212 *Ibidem*, párrs. 274, 276.

213 *Ibidem*, párr. 275.

214 *Ibidem*, párr. 277.

215 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 436.

216 *Ibidem*, párrs. 465-467.

5.1.4. Medidas de rehabilitación

En las sentencias más recientes, la Corte IDH ha incluido, junto con las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, las medidas de rehabilitación. Estas medidas están claramente diferenciadas, y con frecuencia incluyen la atención médica y psicológica de los familiares de muertos o desaparecidos o de las víctimas sobrevivientes que han sufrido traumas serios como resultado de la o las violaciones declaradas. Las condiciones de prestación de estos servicios han sido progresivamente definidas por la Corte IDH. En sus últimas sentencias, ha dispuesto que estos servicios deben ser gratuitos, y prestados por profesionales especializados, usualmente de instituciones públicas (salvo que el Estado carezca de ellos, en cuyo caso se deberá recurrir a instituciones privadas o de asistencia social especializadas). También deben ser brindados en lugares cercanos y accesibles para las víctimas, deben incluir tratamientos familiares e individuales, de acuerdo con una evaluación individual, y deben ser consentidos por estas.²¹⁷ En los casos de víctimas que no residen en el territorio del Estado condenado, la Corte IDH ha dispuesto el otorgamiento de una suma de dinero en caso que ella solicitara tales tratamientos.²¹⁸ También ha dispuesto el otorgamiento de becas de estudio para la víctima directa y sus familiares cercanos, al constatar que la violación “ocasionó cambios significativos tanto en sus vidas como en sus relaciones, afectando así su desarrollo personal”.²¹⁹

Una situación particular la constituyen casos de despojo de tierras a comunidades indígenas. En uno de ellos, la Corte IDH dispuso también como medidas de rehabilitación el suministro de bienes y la prestación de servicios básicos hasta que se entregara a la comunidad su territorio tradicional. Ello comprendía la realización de un estudio sobre las necesidades de la comunidad en lo atinente a dichos servicios, y la periodicidad y forma de su entrega, el que debería hacerse considerando el punto de vista de los miembros de la comunidad.²²⁰

Como se puede observar, este conjunto de medidas pueden ser entendidas tanto como formas de garantizar el goce de derechos conculcados, como restitución, o como una forma de satisfacción. Lo importante no es tanto su calificación por la Corte IDH en las sentencias, sino su capacidad de responder a las diferentes consecuencias que la violación de un derecho ha tenido y de disponer el cumplimiento de medidas apropiadas, algunas de las cuales se refieren a la víctima en particular, pero que frecuentemente tienen un impacto mayor en el resto de la sociedad.

5.2. Indemnizaciones compensatorias

El otorgamiento de indemnizaciones es la forma más frecuente y tradicional de entender la obligación de reparar. Ella constituye la forma de reparar un daño causado, según ha dicho la Corte IDH desde su primer fallo sobre reparaciones,²²¹ particularmente respecto de atentados en contra de la vida de las personas.²²² La indemnización del daño material y moral es entendida como una forma substitutiva de reparación a favor de los familiares y dependientes de la víctima por no ser posible la *restitutio in integrum* en caso de violación de la vida.²²³ Como se explicó anteriormente, esta forma de reparación fue la única establecida por la Corte IDH en sus primeros años, influenciada por la tradición jurídica iusprivatista, y posteriormente se han incorporado otras modalidades.²²⁴ Los factores que ha utilizado la Corte IDH para definir estas indemnizaciones no solo pueden ser relevantes para el litigio internacional, sino también pueden ser de utilidad en litigios nacionales, para apoyar la fundamentación y definición de decisiones a nivel estatal.

217 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 268.

218 *Ibidem*, párr. 269.

219 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 257. Este punto se analiza más adelante en relación con el concepto de daño al proyecto de vida.

220 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 301-306.

221 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párr. 25.

222 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 189.

223 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, párr. 16.

224 Nash Rojas, C., *op. cit.* p. 37.

Es importante notar, además, que la Corte IDH ha adoptado una serie de medidas para proteger la integridad de las condenas de indemnización. Para efectos de asegurar el mantenimiento de su valor adquisitivo, estas son fijadas en dólares de EE.UU., o en una cantidad equivalente en moneda nacional, precisando que el tipo de cambio debe corresponder al vigente del día anterior en la plaza de Nueva York. La Corte IDH establece un plazo para que el Estado haga el pago, disponiendo en caso de retardo la aplicación de intereses moratorios bancarios del país. Adicionalmente, cuando ha dispuesto de medidas de reparación a favor de personas que son menores de edad, ha ordenado la creación de fideicomisos en su beneficio, fijando estándares para su seguridad e integridad. A su vez, si los beneficiarios no recibieran el pago, el Estado deberá depositarlo en una cuenta o certificado de depósito en las condiciones más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, y al cabo de 10 años el Estado podrá reclamar su devolución. Otra protección importante es que estas cantidades deben ser pagadas íntegramente a los beneficiarios o a sus herederos, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales. Estas medidas de protección también son aplicables a la condena en costas.

5.2.1. Reparación del daño emergente

La Corte IDH ha definido que la reparación del daño emergente “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso *sub judice*”.²²⁵ Los tipos de perjuicio que la Corte IDH ha dispuesto a ser incluidos como daño emergente varían según el caso y según la conclusión a que llega sobre los ilícitos cometidos y sus consecuencias. Así, ha dispuesto el pago de indemnizaciones compensatorias de los salarios que la víctima dejó de percibir durante su privación de libertad,²²⁶ de los salarios y demás derechos laborales que trabajadores arbitrariamente despedidos dejaron de percibir,²²⁷ los gastos médicos incurridos por la víctima,²²⁸ los gastos incurridos por los familiares de la víctima en sus visitas a su lugar de reclusión,²²⁹ en la búsqueda de una persona desaparecida o asesinada,²³⁰ o de los gastos funerarios y de traslados al funeral de la víctima.²³¹ Otra modalidad ha sido fijar una suma para compensar gastos incurridos por familiares de una víctima de desaparición forzada que padecieron afecciones a la salud física y psicológica, por concepto de daño emergente, fijando un monto por equidad que incluía también gastos incurridos en la búsqueda de la víctima.²³²

Una primera confusión que surge al observar la enumeración anterior es la referida a la calificación de daño emergente por la pérdida de salarios. En un caso de despidos arbitrarios, la indemnización a la que tendría derecho un trabajador arbitrariamente despedido, de acuerdo al derecho laboral y a su régimen de contratación es claramente un daño emergente. Sin embargo, los salarios que una persona ha dejado de percibir desde la fecha de su cese del trabajo, o durante su privación de libertad, debieran ser considerados como lucro cesante.

La Corte IDH, inicialmente, confundió también el reintegro de costas con la reparación por gastos incurridos en las gestiones judiciales a nivel nacional. Sin embargo, ello lo ha corregido, al desarrollar los componentes que deben ser cubiertos en la condenación a costas.

La Corte IDH no se ha limitado a considerar dentro del daño emergente los perjuicios directamente asociados a una violación. Haciendo una interpretación extensiva del daño emergente, la Corte IDH ha reconocido como tal el:

[...] daño patrimonial del grupo familiar por los perjuicios materiales sufridos por sus integrantes, debido a las consecuencias que trajo consigo la desaparición de Ernesto Rafael Castillo

225 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, párr. 43.

226 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 129, literal a).

227 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. FRC. 2001, párrs. 203-205.

228 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 129, literal b).

229 *Ibidem*, párr. 129, literal c).

230 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, párr. 49.

231 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, párrs. 168-172.

232 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada vs. Bolivia*. FRC. 2008, párrs. 119, 122 y 125.

Páez, en detrimento de las actividades laborales o comerciales del grupo familiar [...]. La Corte reconoce la dificultad que existe para determinar tanto el daño ocasionado bajo este rubro como su cuantía, especialmente porque no es posible establecer el nexo causal entre el hecho y las supuestas consecuencias, derivadas de él, a las que se refiere esta parte de la pretensión: quiebra de la actividad comercial del padre de la víctima, venta de la casa de habitación de la familia por debajo del precio de mercado y otros aspectos señalados [...]. Sin embargo, la Corte considera que, en términos reales, existió un daño patrimonial general ocasionado al grupo familiar por la desaparición de un miembro de ella, por motivos imputables al Estado, lo cual generó a la familia trastornos económicos y de otra índole que deben ser reparados.²³³

La sentencia también incluyó las “erogaciones con motivo del *traslado de la familia* [de la víctima] a Holanda, donde sus integrantes tienen refugio humanitario y asilo político”.²³⁴

En otra sentencia, la Corte IDH ha considerado que deben ser indemnizados los “gastos médicos futuros de la víctima [de detención arbitraria y torturas] y de sus hijos, pues [...] exist[ía] evidencia suficiente que dem[ostraba] [que] sus padecimientos se originaron en la reclusión de la primera y este hecho no ha[bía] sido desvirtuado por el Estado”,²³⁵ aunque podría ser definido como un caso de rehabilitación, más que de indemnización del daño emergente.

Los montos en todos estos casos no han sido cuantiosos y regularmente determinados por equidad, en cantidades bastante inferiores a lo solicitado. La Corte IDH ha fijado en equidad también la indemnización como consecuencia de los gastos de mudanza a otra ciudad de una persona y su familia víctima de censura y confiscación de una publicación.²³⁶

Como en todas las medidas de reparación, la Corte IDH exige un vínculo causal para reconocer el daño emergente sufrido por los familiares de una víctima. Así, ha denegado la reparación por este concepto con relación a la alegada pérdida de varias propiedades por parte de los hijos de una víctima de desaparición forzada como resultado de los esfuerzos de búsqueda y de la manutención de la familia, afirmando que:

[...] de la prueba aportada por los representantes no se desprend[ía]n elementos suficientes que [...] permit[iera]n establecer el daño alegado y su conexión con los hechos de desaparición forzada del señor Radilla Pacheco, por lo que no e[ra] posible fijar un monto específico al respecto.²³⁷

Otra exigencia común a las demás medidas de reparación es la *acreditación de los perjuicios*. En un caso, la Corte IDH no otorgó compensación por gastos de atención médica y psiquiátrica, debido a que los representantes no aportaron pruebas sobre dichas atenciones, ni tampoco una estimación de los gastos incurridos, aun cuando por la naturaleza y gravedad de los hechos las afectaciones psicológicas resultaban evidentes, concluyendo que “para que la Corte pueda ordenar el reintegro de gastos por daño emergente, estos deben ser acreditados”.²³⁸ No obstante, la Corte IDH otorgó indemnización por los gastos incurridos en la búsqueda de la víctima y en sus gestiones por obtener justicia sin exigir una acreditación de dichos gastos, y con base en la equidad.²³⁹

Como se puede observar, en estas sentencias la Corte IDH ha empleado criterios diferentes entre víctimas de casos resueltos en la misma época, respecto al umbral de prueba sobre el daño emergente. Pareciera que el criterio definido fuera exigir alguna evidencia de los tratamientos médicos o de las pérdidas incurridas, y su conexión con la búsqueda o las consecuencias de la violación, pero no pruebas específicas de gastos incurridos y sus montos. Ello se justifica, dada la naturaleza de los casos que

233 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1998, párr. 76. (énfasis agregado)

234 *Ibidem*, párr. 77. (énfasis agregado)

235 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 129, literal d).

236 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 243.

237 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 368.

238 *Ibidem*, párr. 369.

239 *Ibidem*, párr. 370.

conoce la Corte IDH. No obstante, el empleo de este criterio flexible, que descansa en la facultad de la Corte IDH de determinar en equidad los montos se traduce, con frecuencia, en la falta de armonía suficiente entre las diferentes sentencias respecto del tratamiento que la Corte IDH exige. Se observan, así, valoraciones diferentes para la concesión o no de reparación por este concepto, o para la determinación de los montos. Esta situación constituye una debilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH, tratándose el daño emergente de una materia en la que debieran existir bases más sólidas para su determinación.

5.2.2. Reparación por pérdida de ingresos

La Corte IDH ha reconocido en forma invariable la obligación de reparar el lucro cesante, esto en forma aún más acentuada que respecto del daño emergente, pero ha utilizado formas muy dispares para determinarlo. Uno de los factores frecuentes para su determinación ha sido su rechazo al empleo de mecanismos basados en la legislación interna, como los sistemas de seguridad social de que la víctima era beneficiaria, aunque los ha admitido en casos de cierta complejidad, como para la evaluación de las ganancias dejadas de percibir en el mercado de valores. Asimismo, para la forma de establecer la reparación a este tipo de daño, ha distinguido si el beneficiario es la víctima directa o su familia, pero no ha sido sistemática en el uso de dicho criterio. Otros aspectos que la Corte IDH ha considerado importantes para determinar la reparación por lucro cesante, se refieren al grado de certeza de que los eventuales ingresos no percibidos se producirían, y a la existencia de un vínculo causal entre la violación y la pérdida de ingresos. Sin embargo, como se advirtió, los estándares empleados por la Corte IDH para decidir estas cuestiones tienen variaciones significativas.

5.2.2.1. Uso de mecanismos nacionales para el cálculo de la reparación por pérdida de ingresos

Desde sus primeras sentencias, la Corte IDH ha señalado que “la desaparición [de la víctima] no puede considerarse muerte accidental para efectos de su indemnización, puesto que ella es el resultado de graves hechos imputables [al Estado]”,²⁴⁰ rechazando así la pretensión del Estado de utilizar como base del cálculo de la indemnización las normas aplicables a la víctima en conformidad al sistema de seguridad social al que estaba sujeta. Por el contrario, la Corte IDH afirmó en este caso que “la base para fijar el monto de la indemnización no puede, por consiguiente, apoyarse en prestaciones tales como el seguro de vida, sino que debe calcularse un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural”.²⁴¹ Este principio ha sido afirmado en la gran mayoría de las sentencias de la Corte IDH, definiendo ella la modalidad de cálculo de la reparación por pérdida de ingresos.

No obstante, en un caso de naturaleza muy diferente, en el que una persona fue privada de su nacionalidad para coartar su derecho a la libre expresión, resultando en la privación del uso y goce de su propiedad sobre un canal de televisión, la Corte IDH dispuso que “en cuanto al resarcimiento relativo a los dividendos y demás percepciones que [...] hubieren correspondido [a la víctima] deberá igualmente aplicarse el derecho interno. Para ello, las peticiones respectivas debe[ría]n someterse a las autoridades nacionales competentes”.²⁴² Esta remisión a mecanismos nacionales para la determinación de la indemnización del lucro cesante no es frecuentemente empleada, sino solo en casos de alta complejidad y especificidad.

5.2.2.2. Criterio para la definición de los ingresos dejados de percibir por muerte o desaparición

Rechazado el empleo de mecanismos nacionales, la Corte IDH ha definido su propio criterio para definir las pérdidas de ingresos por muerte o desaparición forzada. En su primera sentencia sobre reparación, la Corte IDH estableció su criterio básico sobre esta materia:

240 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párr. 46.

241 *Idem*.

242 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 181.

Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá.²⁴³

Este criterio ha sido confirmado posteriormente, disponiendo que:

[...] la pérdida de ingresos ocasionada por la interrupción no voluntaria de la vida laboral de las víctimas, debe ser cuantificada a partir de ciertos *indicadores objetivos* (edad del fallecido, expectativa de vida en el país, actividad laboral de las víctimas, salario percibido o salario mínimo mensual vigente en el país).²⁴⁴

A ello, la Corte IDH suele descontar el 25% por concepto de gastos personales en los que habría incurrido ella, salvo en los casos en que la víctima sobreviviente esté afectada por incapacidad absoluta.²⁴⁵

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH no ha sido del todo uniforme en la determinación de uno de los factores que comprende el cálculo de la pérdida de ingresos, como es la consideración de las *expectativas futuras de ingreso de las víctimas* para el cálculo del lucro cesante. En su primera sentencia, la Corte IDH estableció que el cálculo del lucro cesante debía hacerse con base en los ingresos actuales, y no en la expectativa superior de ingresos demandada por la familia sobre la calidad de estudiante de la víctima y a la estimación que, finalizados sus estudios, sus ingresos serían superiores. No obstante, finalmente, la Corte IDH fijó una indemnización por lucro cesante basada en la equidad. El monto otorgado fue la mitad de lo solicitado por la familia de la víctima, y un tercio del monto al que se llegaría siguiendo la proyección de los ingresos que tenía la víctima por el resto de su vida laboral.²⁴⁶ Así, si bien es difícil discernir con exactitud la fórmula de cálculo empleada por la Corte IDH, lo resuelto reconoce en parte que los ingresos de la víctima se incrementarían más allá de su salario al momento de los hechos, aunque considerando también la incertidumbre de dicho incremento.

El reconocimiento de esta incertidumbre ha sido recogido posteriormente por la Corte IDH, pues en una sentencia posterior negó la posibilidad de dicho incremento. Para ello, argumentó que:

la oportunidad [*sic*] cierta de mejora en los futuros ingresos de la víctima [...] deb[ía] estimarse a partir de un perjuicio cierto con suficiente fundamento para determinar la probable realización de dicho perjuicio. En las circunstancias del [...] caso, no exist[ía]n pruebas suficientes para asegurar la pérdida de oportunidad en los términos solicitados.²⁴⁷

Así, en lugar de usar como base del cálculo del lucro cesante la estimación de los ingresos que una víctima de desaparición forzada que se desempeñaba como profesor, pero que a la vez era estudiante de sociología, tendría como profesional, empleó el salario mínimo. En forma inexplicable, la Corte IDH tampoco adoptó como base el ingreso que la víctima tenía al momento de su detención como profesor de matemáticas.²⁴⁸ Sin embargo, en otras situaciones, la Corte IDH ha presumido que la víctima completaría sus estudios y se desempeñaría en una profesión,²⁴⁹ o que, en caso de varias víctimas que no se encontraban trabajando al momento de su fallecimiento, ellas se incorporarían a los sectores productivos.²⁵⁰ Asimismo, en casos en que no era posible determinar las actividades que pudieron haber realizado las víctimas de no haber sufrido la afectación a sus derechos, y tratándose de un número masivo de ellas, la Corte IDH fijó montos iguales con base en la equidad.²⁵¹

243 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párr. 47.

244 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002, párr. 80 d). (énfasis agregado)

245 *Ibidem*, párrs. 88-89.

246 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párrs. 45, 46 y 49.

247 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1989, párr. 74.

248 *Ibidem*, párr. 75.

249 Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. RC. 2004, párr. 57.

250 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párrs. 288-290.

251 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. FRC. 2006, párrs. 424 y 425.

De esta forma, la Corte IDH ha variado en el uso de criterios, dependiendo de las circunstancias y de lo que razonablemente se puede esperar que las partes puedan acreditar. Para ello, ha utilizado consideraciones de equidad o el equivalente al ingreso mínimo vigente en el país, cuando no es posible precisar con certeza los ingresos futuros. Como afirma Nash, “pareciera que para la Corte resulta evidente que una persona debe tener ingresos por una actividad en su etapa adulta, pero en caso de reclamar daños de este tipo más específicos, estos sí deben ser acreditados fehacientemente”.²⁵² No obstante, aún en el empleo de estos criterios existe vaguedad, la cual se ejemplifica en casos –como el indicado anteriormente– en donde no hay una clara explicación para preferir el uso del salario mínimo, aun existiendo antecedentes precisos sobre los ingresos de la víctima.

5.2.2.3. *Pérdida de ingresos en casos de víctimas no fallecidas o de familiares impedidos de trabajar a consecuencia de los hechos*

Con relación al lucro cesante respecto de personas no fallecidas o desaparecidas, como también respecto de los familiares de la víctima que están impedidos de trabajar a consecuencia de los hechos, la Corte IDH ha impuesto otras exigencias. Una de ellas es determinar la relación de causalidad entre la afectación y los ingresos dejados de percibir. No obstante, la Corte IDH ha dado tratamientos diferentes de acuerdo con la situación bajo análisis.

En un caso, la Corte IDH rechazó disponer el pago de indemnización a la hermana abogada de una víctima por la renuncia a su trabajo que implicó asumir su defensa, aunque sí le otorgó el pago de costas.²⁵³ En otro caso, la Corte IDH ordenó reparación por pérdida de ingresos a cuatro de los familiares de las víctimas de una masacre y desaparición forzada que “dejaron de realizar las actividades a las que se dedicaban, al momento de los hechos, pues dirigieron todos sus esfuerzos a la búsqueda de justicia”. La Corte IDH no hizo una estimación de los ingresos perdidos, sino fijó una indemnización en equidad, distinguiendo entre quienes abandonaron trabajos o expectativas de mayor remuneración (estudios universitarios o trabajar como maestra primaria), que recibieron por este concepto US\$25.000, y dos que abandonaron labores que implicaban menores ingresos (lavar ropa o trabajar en el mercado), que recibieron US\$20.000.²⁵⁴

También ha utilizado criterios de equidad en otros casos, tomando en consideración las mayores dificultades para presentar pruebas de víctimas que reúnen la doble condición de ser indígenas y pobres. En uno de ellos, la Corte IDH indemnizó el lucro cesante a una víctima y a su esposo que “trabaja[ba]n en la cosecha de su parcela [considerando que] ambos debieron descuidar sus tareas por los hechos del caso”.²⁵⁵ Dadas las circunstancias del caso, la Corte IDH prescindió de pruebas concretas acerca del valor de la cosecha, y se basó en los testimonios de las víctimas y en los peritajes que demostraron que se dedicaban a dichas tareas y que se vieron obligadas a descuidarlas como consecuencia directa de las violaciones cometidas en su contra.²⁵⁶

Sin embargo, hay casos en los que la Corte IDH ha rechazado el otorgamiento de reparación por no existir vínculo de causalidad entre la violación determinada y la pérdida de ingresos. En uno de ellos, la Corte IDH concluyó que, no habiéndose demostrado que las órdenes judiciales de prohibición de salida del país derivadas de un juicio que afectó la libertad de expresión de una persona le causaron pérdida de ingresos, no correspondía disponer del pago de indemnización por este concepto.²⁵⁷ En otro caso, la Corte IDH negó otorgar reparación por lucro cesante a favor de una persona condenada a muerte contraviniendo la obligación establecida por la CADH de no extender su aplicación, así como su sometimiento a un régimen de privación de libertad que constituyó un trato cruel, inhumano y degradante.

252 *Idem.*

253 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 49.

254 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párrs. 131 y 180.

255 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 214.

256 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 286.

257 *Ibidem*, párr. 288.

El rechazo se fundamentó en que no se encontró un nexo causal entre tales violaciones y la falta de actividades laborales de la víctima durante su encarcelación.²⁵⁸

5.2.2.4. *Requisitos impuestos a familiares para recibir indemnización por ingresos dejados de percibir por la víctima como resultado de la violación*

La Corte IDH ha precisado, no obstante, que no cualquier familiar tiene derecho de percibir reparaciones por la pérdida de los ingresos que la víctima dejó de percibir como resultado de la violación. En esta materia, la Corte IDH exige la existencia de un *perjuicio económico* para ser acreedor de reparación material.

En un caso de desaparición forzada, la Corte IDH no otorgó indemnización por este concepto a los hermanos y a los hijos extramatrimoniales de una víctima señalando que la desaparición no había causado perjuicio económico a los familiares, y al no existir prueba que determinara que la víctima contribuía a su manutención.²⁵⁹ No obstante, sí otorgó reparación por daño moral y reconoció a los hijos como herederos de la indemnización de que era titular la víctima directa.

5.2.2.5. *Otras modalidades de pérdidas de ingreso*

La reparación por el lucro cesante no se limita solo a la pérdida de ingresos provenientes de las actividades que las víctimas desempeñaban, o con cierta certeza se estimaban que habrían desempeñado de no ocurrir la violación a sus derechos; este concepto también ha incluido la pérdida de ingresos por la comercialización de un libro que fue incautado en un proceso violatorio de la libertad de expresión y de las garantías judiciales, además de la pérdida de ingresos causada por la rescisión unilateral de un contrato de servicios que afectó a la víctima como consecuencia de la violación.²⁶⁰

En definitiva, la Corte IDH ha empleado criterios bastante diversos en sus sentencias para reconocer la indemnización por pérdida de oportunidades o ingresos. No obstante, a pesar de esta diversidad, es posible identificar una tendencia general a reconocer este derecho y para establecer modalidades de definición de indemnizaciones por pérdida de ingresos que pueden orientar las decisiones de tribunales nacionales y de los litigantes ante el IDH.

5.2.3. *Reparación del daño inmaterial*

La indemnización por el daño moral es parte de lo que se entiende en derecho internacional como la obligación de reparar íntegramente los perjuicios. La indemnización de este tipo de daño es parte de la *restitutio in integrum* que, como se ha explicado, debe guiar la determinación de reparaciones, es decir, que *la reparación no es completa si se limita exclusivamente a los daños materiales*, y que el *sufrimiento y otras consecuencias inmatrimoniales deben ser también objeto de reparación para restituir a las víctimas a la situación anterior*. Así ha sido entendido por la Comisión de Derecho Internacional, que incluye los perjuicios morales dentro de los daños que deben ser objeto de reparación,²⁶¹ y son incluidos también en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a la Reparación de la ONU.²⁶²

La Corte IDH ha dispuesto el pago de indemnizaciones por daño inmaterial en la mayoría de los casos en los que ha concluido que ha habido una infracción a la CADH. Respecto de la procedencia de la reparación de este tipo de daño —en una de sus primeras sentencias— la Corte IDH explicitó su justificación, con base en la gravedad de las violaciones establecidas. En esa sentencia, la CIDH había demandado reparación por daño moral con base en los precedentes establecidos en los casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*. A su vez, el Estado había solicitado que, habiendo reconocido

258 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 202.

259 Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. FRC. 2005, párr. 130.

260 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párr. 60.

261 ONU. Comisión de Derecho Internacional. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *op. cit.*, art. 31.2.

262 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a la reparación de la ONU. Principio 20, literal d).

su responsabilidad unilateralmente, y con base en la jurisprudencia del TEDH, dicho reconocimiento de responsabilidad bastara como reparación equitativa por todos los daños.

Respecto de la solicitud de la CIDH, la Corte IDH señaló, en un criterio que ha sostenido invariablemente desde entonces, “que la jurisprudencia sirve de orientación para establecer principios en esta materia, no puede invocarse como criterio unívoco a seguir sino que debe analizarse cada caso particular”.²⁶³ Con relación a lo sostenido por el Estado, resolvió que:

[...] aun cuando una sentencia condenatoria, p[udiera] constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, [de existir] o no reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, en el [...] caso, esta no [era] suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al *sufrimiento moral* causado a las víctimas y sus familias, las cuales deb[ía]n ser indemnizadas conforme a la equidad.²⁶⁴

Sin embargo, la Corte IDH ha evolucionado en su interpretación sobre qué comprende este tipo de daño, ampliando progresivamente las materias a las que se refiere. También ha modificado las exigencias que establece para reconocer las formas de padecimiento que deben ser indemnizadas, presumiendo, en muchos casos, la existencia de daños con base en la constatación de las violaciones.

En forma progresiva, la Corte IDH ha reconocido diferentes formas de perjuicios inmateriales, incluyendo: 1. el sufrimiento padecido por la víctima y/o el padecido por los familiares directos de la víctima; 2. el menoscabo a valores muy significativos de la víctima y sus allegados; y 3. las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia.

A continuación se expondrá cómo la Corte IDH ha ido, progresivamente, reconociendo estas modalidades de daño inmaterial y las dificultades o superposiciones que ello, a veces, puede implicar. Luego se expondrá, brevemente, la forma en que la Corte IDH ha dispuesto la reparación de este tipo de perjuicio.

5.2.3.1. Jurisprudencia progresiva de la Corte IDH sobre formas de perjuicios inmateriales

5.2.3.1.1. Definición sobre qué tipo de sufrimiento se debe indemnizar y exigencias probatorias

En su primera sentencia, la Corte IDH no se pronunció sobre el sufrimiento padecido por la víctima, limitándose a las “consecuencias psíquicas nocivas *en sus familiares inmediatos*, [...] que fueron acreditadas”.²⁶⁵

Al poco tiempo, la Corte IDH adoptó un criterio diferente, vinculando la estimación del daño moral no al sufrimiento de los familiares, sino *al de las víctimas directas* de ejecución extrajudicial. En este caso, no exigió evidencia de dicho sufrimiento, argumentando que “este resulta[ba] evidente pues e[ra] propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes [objeto de análisis en la sentencia] experiment[aran] un sufrimiento moral. La Corte estim[ó] que no se requ[erían] pruebas para llegar a es[a] conclusión”.²⁶⁶ Así, ante la ejecución extrajudicial de varias personas, dispuso el pago de un monto igual para cada una de las víctimas, pero otorgando una suma superior en un tercio a aquella que sobrevivió la ejecución y sufrió padecimientos adicionales hasta su muerte, ocurrida algunos días después. Las sumas debían ser distribuidas entre sus familiares, sin requerir acreditar el sufrimiento padecido por cada uno de ellos.²⁶⁷

Posteriormente, la Corte IDH desarrolló una distinción que ha mantenido desde entonces: reconoció el daño moral ocasionado como consecuencia del sufrimiento causado tanto a la víctima como a

263 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, párr. 34.

264 *Ibidem*, párr. 35. (énfasis agregado)

265 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, párr. 51. (énfasis agregado)

266 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 52.

267 *Ibidem*, párrs. 91 y 97 b).

sus familiares, y presumió la existencia de dicho sufrimiento. Así, la Corte IDH comenzó a reconocer un *derecho propio de la víctima directa a ser reparada por el sufrimiento que se presume le habría causado una violación grave* (muerte, torturas, desaparición forzada, etc.), *además del derecho de sus familiares directos*, tanto por el sufrimiento que ellos habían padecido como consecuencia de la violación, como en su calidad de sucesores de la víctima.

Una primera aproximación a esta postura se encuentra en un caso de desaparición forzada de dos personas. Respecto de una de ellas, la Corte IDH presumió el sufrimiento de su madre y a la vez la consideró titular de reparación como heredera de su hijo.²⁶⁸ Asimismo, fijó indemnizaciones por daño moral, pero considerablemente más bajas, para aquellos hermanos de las víctimas que no eran herederos de estas, y respecto de los cuales no existía evidencia “que dem[ostrara] una relación afectiva con la persona desaparecida que [fuera] más allá del simple vínculo de sangre”.²⁶⁹ No obstante, en el caso de hijos extramatrimoniales de una de las víctimas respecto de los cuales no se demostró que la hubieran conocido, la Corte IDH afirmó que, si bien “ellos no podrían invocar un derecho a ser indemnizados por el daño moral sufrido con motivo de la desaparición de su padre [...] e[ra] indudable que, como herederos [...] le suced[ía]n en todo el sufrimiento padecido en vida por aquél”.²⁷⁰ Por ello, si bien no les otorgó reparación por su propio sufrimiento, sí los reconoció como herederos de la indemnización por daño moral por el sufrimiento vivido por su padre.

Una ampliación de estos criterios es observable en la siguiente sentencia, en el caso de una sobreviviente de detención arbitraria. Respecto de ella, la Corte IDH mantuvo su postura de presumir su sufrimiento y otorgar, con base en ello, una indemnización por daño moral a la víctima directa. La Corte IDH presumió también los sufrimientos padecidos por los hijos, padres y hermanos de la víctima, indicando que ellos no fueron desvirtuados por el Estado. Es interesante notar la diferencia con el caso anterior respecto de los hermanos, señalando en este último caso “que como miembros de una familia integrada, no podían ser indiferentes a las graves aflicciones de la [víctima]”.²⁷¹

De la comparación de estos dos casos se puede concluir que la Corte IDH *intenta hacer una evaluación de la cercanía entre los familiares y la víctima, cuando se trata de hermanos o de otros familiares de línea colateral*, para lo cual considera la cercanía en que vivían, si se visitaban con frecuencia, y el impacto posterior que la violación tuvo en sus vidas. Sin embargo, demostrando una inconsistencia con lo afirmado, al fijar los montos de reparación, la Corte IDH otorgó a los hermanos de la víctima en el último de estos casos, en el que había establecido su nivel de cercanía con esta, la mitad de lo otorgado a los hermanos de las víctimas en el caso anterior, en los que dicha cercanía no había sido acreditada.

En el siguiente caso, la Corte IDH reafirmó la distinción entre el derecho de los familiares como herederos de la víctima a percibir la indemnización por daño moral por los sufrimientos padecidos por esta, del derecho propio de los familiares a percibir reparación. Para ello, presumió el sufrimiento de la persona desaparecida y reconoció el derecho de sus herederos a la indemnización por daño moral.²⁷² Asimismo, reconoció el daño moral causado por el sufrimiento de la familia de la víctima, presumiéndolo respecto de sus padres.²⁷³ Respecto de la hermana de la víctima, la Corte IDH tuvo:

por demostrado que sufrió dolorosas consecuencias psicológicas como resultado de la desaparición y la muerte de aquél, por tratarse de su único hermano, porque convivían bajo el mismo techo, porque vivió en carne propia, con sus padres, la incertidumbre del paradero de la víctima y porque se vio obligada a trasladarse a Europa, donde ha vivido como refugiada en Holanda. Todo esto da lugar a una indemnización directa por daño moral.

268 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párr. 62. Cabe precisar que el monto de la indemnización por daño moral fue muy superior a los montos entregados en los casos anteriores.

269 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párr. 64.

270 *Ibidem*, párr. 65.

271 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 143.

272 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1998, párr. 86.

273 *Ibidem*, párrs. 87-88.

Así, la Corte IDH ordenó el pago de una indemnización del daño moral por los sufrimientos padecidos por la víctima, a ser distribuidos entre sus padres y hermana, además de una indemnización directa por daño moral para cada uno de los padres y otra para su hermana.²⁷⁴

La Corte IDH ha seguido un criterio similar en casos de graves violaciones, como ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Por ejemplo, en un caso sobre la ejecución de niños, dispuso el pago de una indemnización por el daño moral causado a cada una de las víctimas,²⁷⁵ y que se pagara también a las madres y a la abuela de una de ellas por concepto de daño moral sufrido por ellas, así como a sus hermanos, teniendo en consideración los sufrimientos comprobados por las partes.²⁷⁶

A partir de estas sentencias, la Corte IDH ha incluido como parte de la indemnización de daño inmaterial los sufrimientos padecidos por la víctima, que presume, dada la gravedad de hechos como la ejecución, la desaparición forzada o las torturas, y los sufrimientos de los familiares más cercanos.²⁷⁷ Respecto de estos, también suele distinguir, presumiendo el sufrimiento de padres e hijos, pero aceptando respecto de ellos la posibilidad de que dicho sufrimiento sea controvertido por el Estado. Respecto de los hermanos, ellos son incluidos a veces en estos casos; la inclusión, como ya se señaló, depende del grado de cercanía que mantenían con la víctima. En algunos casos, esto ha implicado la estandarización de las indemnizaciones a cada categoría de víctima y pariente,²⁷⁸ pero en otros se han introducido distinciones, respecto de algunos parientes cercanos, tomando en consideración formas específicas de afectación sufridas por algunos de ellos, así como la impunidad imperante en el caso, que genera en la familia vulnerabilidad e indefensión frente al Estado.²⁷⁹ No obstante, si bien la Corte IDH ha justificado los motivos por los que otorga estas reparaciones respecto de los familiares cercanos, no ha sido suficientemente precisa al establecer los motivos de las diferencias significativas entre los montos fijados en algunos de ellos.

La Corte IDH ha mantenido este criterio general de presumir e indemnizar el sufrimiento causado en casos que no involucren violaciones de la misma gravedad al derecho a la vida o a la integridad física y psíquica. La comparación de dos casos recientes, de naturaleza similar, permite explicar el empleo de este criterio, así como sus variaciones.

Ambos casos se relacionan con la destitución de juezas, habiendo ambas alegado que ello les produjo importantes daños morales, aunque no aportando mayores pruebas sobre dicha afirmación. Sin embargo, el relato de una de ellas fue bastante más descriptivo del tipo de sufrimiento y angustia padecida, el que además fue apoyado por un certificado médico que la Corte IDH valoró como un testimonio. En ambos casos, la Corte IDH afirmó su posición de que resulta “propio de la naturaleza humana que toda persona que padece de una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento, razón por la cual el daño inmaterial resulta evidente”.²⁸⁰

Ello resulta relevante, pues reconoce la existencia de un sufrimiento indemnizable en casos que no implican atentados graves contra la vida o la integridad física y psíquica. No obstante, la diferencia en los sufrimientos descritos por las víctimas, el testimonio aportado a través del certificado médico, y la diferencia entre los montos demandados por cada una, llevaron a la Corte IDH a fijar una cantidad tres veces más elevada a la primera que a la segunda.

274 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. RC. 1998, párr. 89.

275 *Ibidem*, párr. 90.

276 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001, párrs. 89-92.

277 No obstante, en algunos casos, incluso referidos a masacres, el tratamiento masivo ha prescindido de evaluar el sufrimiento particular, o incluso presunto, de los familiares directos de las víctimas, otorgándose solo una indemnización por daño inmaterial a las víctimas directas. Ver Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párrs. 291-294.

278 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002, párr. 110.

279 Corte IDH. *Caso de Viviana Gallardo y otras*. Resolución. 1981, párrs. 264-267.

280 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 176. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, párr. 190.

5.2.3.1.2. Indemnización por el menoscabo de valores muy significativos

La Corte IDH comenzó también a ampliar el concepto de reparación del daño inmaterial más allá del sufrimiento padecido por la víctima y sus familiares directos. Seguramente, como consecuencia de la gravedad de un caso, referido a torturas y ejecuciones extrajudiciales de niños desamparados, la Corte IDH reconoció que:

[...] el mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, *como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria*.²⁸¹

Esta noción se vincula con el concepto general de violaciones graves a los derechos humanos, que no pueden ser equivalentes solo a la comisión de crímenes. Estas violaciones constituyen ciertamente un crimen, pero al ser cometidas por funcionarios públicos, a los que la sociedad les encarga el cuidado de la comunidad, no solo son más graves, sino que además tienen un impacto mucho más serio en la víctima y en su familia. Las negativas posteriores a investigar y las acusaciones falsas o insultos y expresiones de desprecio, por parte de autoridades, explican la necesidad de reconocimiento de esta forma de daño inmaterial más allá del sufrimiento causado por el crimen.

5.2.3.1.3. Alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima o su familia

En una sentencia posterior, la Corte IDH ha incluido “las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia”.²⁸² Para ello, constató los graves impactos en cada uno de los miembros de la familia de una víctima de tortura, así como la desintegración familiar que la detención, tortura y el acoso sufrido por varios de los miembros de la familia sufrieron. La Corte IDH valoró así que las afectaciones inmateriales no solo se refirieran a los individuos, sino también a su vida.

Esta modalidad de perjuicio inmaterial deriva del desarrollo hecho por la Corte IDH sobre el daño al proyecto de vida, que es estudiado más adelante.

5.2.3.2. Formas de reparar el daño inmaterial

El daño inmaterial es inherentemente difícil de reparar. Es claro que no hay nada que pueda compensar el dolor, devolver a un ser querido muerto, recuperar el tiempo o las oportunidades perdidas como consecuencia de la privación de libertad, y de muchas otras violaciones a los derechos humanos. La compensación de estos tipos de sufrimiento será siempre insuficiente y de carácter paliativo, traduciéndose en el otorgamiento de un bien que no es equivalente, para hacer más llevadero un mal incommensurable.

Por ello, la reparación monetaria en estos casos es insuficiente, más aún ante la constatación de las formas de perjuicios descritas anteriormente. Ello ha sido reconocido por la Corte IDH, quien ha concluido que:

Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.²⁸³

281 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001, párr. 84. (énfasis agregado)

282 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. RC. 2001, párr. 53.

283 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001, párr. 84.

Esto se ha traducido en el desarrollo de la interesante jurisprudencia de la Corte IDH en materia de *reparación simbólica*, reconocimiento de la memoria de las víctimas y de garantías de no repetición.

En este primer caso citado, en que la Corte IDH hizo el reconocimiento, acogió la solicitud de las partes y ordenó al Estado:

[...] designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de[I] caso, y colocar en dicho centro una placa con [sus nombres]. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos [...] y conservar viva la memoria de las víctimas.²⁸⁴

Así, la Corte IDH ha reforzado una tendencia que estaba incipiente en algunas sentencias anteriores, en las que había dispuesto formas de reparación del daño moral que incluían medidas adicionales al pago de sumas de dinero y que tenían elementos simbólicos, incorporando incluso medidas para garantizar la no repetición como formas de reparar los perjuicios inmateriales.

La posterior separación conceptual de estas formas de reparación, no como daño moral, sino primero como “otras formas de reparación”, y luego como “satisfacción”, ha contribuido al desarrollo de esta forma de entender las diferentes formas de perjuicio que las víctimas sufren, así como la complementariedad de diferentes medidas para efectivamente reparar dicho daño.

Respondiendo a la constatación sobre el menoscabo en valores significativos, la Corte IDH ha incluido como factores para determinar la indemnización del daño inmaterial no solo la gravedad de las violaciones cometidas y el sufrimiento padecido por las víctimas, sino también “el tratamiento que [ellas] han recibido, el tiempo transcurrido desde la violación sexual, la denegación de justicia, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron”.²⁸⁵ La consideración de estos factores para determinar la indemnización del daño inmaterial no solo ayuda a objetivar su determinación, más allá de la sola consideración subjetiva del sufrimiento causado por una violación grave, sino también constituye una forma simbólica de reconocimiento.

En definitiva, la Corte IDH ha desarrollado una interesante jurisprudencia en materia del daño moral, ampliando los destinatarios de reparación cuando existe evidencia de su sufrimiento, e incorporando numerosos factores para evaluar la existencia de dicho sufrimiento. Ha dejado atrás la mera evaluación psicológica de los beneficiarios, considerando diversos factores que permiten concluir el impacto que la violación tuvo en sus vidas. Finalmente, ha reconocido que un daño de naturaleza inmaterial no puede ser solamente reparado mediante prestaciones materiales, reconociendo el valor reparador para esta forma de daño de medidas simbólicas de reconocimiento de la dignidad de las víctimas que deben ir acompañadas de las medidas materiales. Este desarrollo puede ser de particular relevancia para tribunales nacionales, que frecuentemente deben resolver también situaciones de daño moral, respecto de los cuales criterios exclusivamente patrimonialistas pueden ser insuficientes para responder a las complejas dimensiones del daño.

5.2.3.3. Reparación del daño inmaterial a comunidades indígenas

En casos referidos a comunidades y pueblos indígenas, la Corte IDH ha desarrollado, progresivamente, un criterio de inclusión del sufrimiento causado a los miembros de la comunidad por la afectación de los derechos de algunos de ellos. Ello se observa, particularmente, en el análisis que la Corte IDH ha hecho sobre el vínculo causal entre las violaciones cometidas a individuos, y el impacto en el resto de la comunidad, así como a las formas de acreditación de los perjuicios inmateriales sufridos por toda la comunidad.

En un primer caso de este tipo, la Corte IDH rechazó el pago de una indemnización a los miembros de la comunidad étnica a la que pertenecían las víctimas, argumentando que los asesinatos de

284 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001, párr. 103.

285 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México*. EPFR. 2010, párr. 293.

sus integrantes no habrían perjudicado directamente a las organizaciones intermedias a las que ellos pertenecían, y que “si en algún caso excepcional se ha[bía] otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha[bía] tratado de una comunidad que ha[bía] sufrido un daño directo”. No obstante, en otro caso posterior —relacionado con otra comunidad indígena— sobre la falta de delimitación de tierras y el establecimiento de una concesión forestal en su territorio, respecto de la cual no se habían acreditado daños directos, la Corte IDH estimó que sí cabía lugar a una indemnización, por daño inmaterial.²⁸⁶ La diferencia de criterio parecería corresponder a la naturaleza del daño; la Corte IDH asumió que el asesinato de miembros de una comunidad, aun con estrechos lazos comunitarios, no tendría el mismo impacto para sus miembros que el daño cometido a ella como sujeto colectivo de derechos por la falta de delimitación de sus tierras.

Los casos de esta naturaleza, donde se intenta reparar los sufrimientos y el impacto de la violación en un gran número de individuos, imponen un desafío para la acreditación de los daños inmateriales. No basta poder presumir el dolor, sufrimiento o impacto de los hechos en los miembros de la comunidad; la Corte IDH ha basado su evaluación en los testimonios de algunas personas, considerándolos como representativos de los sufrimientos experimentados por toda la comunidad. Estos testimonios han sido empleados para concluir formas de reparación de daños colectivos, así como individuales.²⁸⁷ Entre los factores considerados por la Corte IDH se han incluido la impunidad continua y las dificultades para obtener justicia, “lo que provoca sentimientos de humillación, ira e impotencia a los miembros de la comunidad, y les infunde temor de que los espíritus ofendidos busquen vengarse de ellos [...], miedo a enfrentar hostilidades, una vez más, si regresan a sus tierras tradicionales”.²⁸⁸ Otro factor considerado fue la imposibilidad de conocer qué sucedió con los restos mortales de sus seres queridos (muertos antes de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte del Estado, y por lo tanto no objeto de pronunciamiento por esta), lo que la Corte IDH estimó que causaba profunda angustia y desesperación en los miembros de la comunidad por no poder honrarlos y sepultarlos según los rituales mortuorios de su tradición. Debido a esto, reconoció que “los miembros de la comunidad t[enían] miedo a contraer ‘enfermedades de origen espiritual’, que en su concepto pu[diera]n afectar el linaje natural completo y que, de no lograr la reconciliación, persistir[ía] por generaciones”.²⁸⁹ La Corte IDH también consideró el daño emocional, espiritual, cultural y económico causado a los integrantes de la comunidad provocado por su dispersión y la brusca interrupción de su conexión con su territorio ancestral.²⁹⁰ En un caso posterior, que involucraba la violación al derecho de propiedad ancestral de una comunidad indígena, así como la violación al derecho a la vida de 16 de sus miembros que fallecieron debido a las precarias condiciones sanitarias a que estuvieron sometidas por su reubicación, la Corte IDH reconoció el daño inmaterial causado a la comunidad por el conjunto de las violaciones, sin hacer distinción entre el impacto de las muertes y las otras afectaciones.²⁹¹

Respecto a la forma de reparación del daño moral en estos casos, la Corte IDH también ha innovado. En uno de ellos, referido a una comunidad indígena que, como consecuencia de una masacre, se dispersó y exilió de su territorio ancestral, la Corte IDH otorgó indemnizaciones por daño moral a cada uno de los sobrevivientes de la comunidad, hayan o no sido familiares directos de las víctimas de la masacre.²⁹² Pareciera que esto se debe al hecho mismo de la dispersión, lo cual exigió abordar individualmente la reparación de los perjuicios.

En casos de comunidades que se han mantenido unidas, referidos a violaciones del derecho de propiedad de tierras indígenas, pero que en ocasiones han involucrado el desplazamiento, desarraigo,

286 Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 167.

287 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 201. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 193.

288 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 195 a.

289 *Ibidem*, párr. 195 b.

290 *Ibidem*, párr. 195 c.

291 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 199-203.

292 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005, párrs. 179-181, 196.

reubicación temporal en otras tierras o condiciones de vida que incluso han causado la muerte de algunos integrantes por deficiencias sanitarias, la Corte IDH ha reconocido la existencia de un daño moral causado a la comunidad. La forma de repararlo ha sido mediante el establecimiento de un fondo de desarrollo comunitario para la ejecución de proyectos de infraestructura en diversas áreas. La Corte IDH ha ordenado que el destino de los fondos sea decidido por un comité compuesto por un representante de la comunidad, uno del Estado y un tercero designado por ambos o, en subsidio, por la Corte IDH.²⁹³

Esta modalidad de creación de fondos administrados no enteramente por la comunidad, sino por comités de integración mixta, ha sido criticada por ser “una fórmula paternalista que no coincide con la visión de las comunidades como titulares de derechos”.²⁹⁴ Sin embargo, para pronunciarse en forma certera sobre ellos pareciera conveniente hacer una evaluación sobre la capacidad que estos programas han tenido para mejorar las condiciones de vida de las comunidades. A su vez, en uno de estos casos, y en un interesante reconocimiento de la autoridad y competencia de los líderes comunitarios, la Corte IDH ordenó también la entrega de fondos a ellos como compensación por daño moral a favor de los miembros de la comunidad que fallecieron, “para que de conformidad con sus costumbres y tradiciones entreg[ara]n la cantidad que correspond[ía] a los familiares de las personas fallecidas o invirt[iera]n el dinero en lo que decid[ier]a la Comunidad, conforme a sus propios procedimientos de decisión”.²⁹⁵

La jurisprudencia de la Corte IDH en materia del reconocimiento del daño moral a comunidades, como resultado de afectaciones sufridas por toda ella o por algunos de sus miembros, constituye una importante forma de reconocimiento del valor de la vida comunitaria en los pueblos originarios. Ello, sumado a la participación de las comunidades en la definición y administración de medidas de reparación, son tendencias que incorporan elementos de multiculturalidad, muy necesarios para la vigencia de los derechos humanos en el Continente, y que pueden contribuir notablemente a la labor de jueces nacionales.

5.2.3.4. El proyecto de vida

La Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto respecto del daño que producen violaciones graves a los derechos humanos: se trata de la afectación al proyecto de vida. Esta noción, de acuerdo con la Corte IDH, se diferencia del lucro cesante, el cual “es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos”; el proyecto de vida es un concepto que combina elementos tanto del lucro cesante como elementos del daño inmaterial o moral.

La Corte IDH ha indicado que el proyecto de vida “atiende a la *realización integral de la persona afectada*, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas [...]”.²⁹⁶ En la sentencia *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte IDH continúa la descripción de este concepto en los siguientes términos:

El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, *las opciones son la expresión y garantía de la libertad*. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una *situación probable* –no meramente posible– *dentro del natural y*

293 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 205-206. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 323-324.

294 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 55.

295 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 325.

296 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 147. (énfasis agregado)

previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende *alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo*. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la *pérdida de opciones* por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*.²⁹⁷

Sin embargo, más allá de las disquisiciones que hace la Corte IDH sobre lo que implica una reparación integral, que tenga la capacidad de restituir a la persona aquella parte de su vida perdida, es interesante notar que, en la misma sentencia, la Corte IDH no dispuso de ninguna forma específica de reparación por este concepto:

La Corte reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones.

La condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia acerca de los daños materiales y morales contribuye a compensar a la víctima, en cierta medida, por las afectaciones sufridas a causa de los hechos violatorios, aunque difícilmente podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privada.²⁹⁸

En casos posteriores, la Corte IDH ha utilizado esta noción. Sin embargo, en ninguno de ellos este concepto ha servido para justificar la aplicación de medidas especiales de reparación, por lo que surge la duda sobre la utilidad de este concepto como una nueva categoría de daño que deba ser reparada. Como argumenta Nash, “si no tiene una [utilidad] distinta a la que otorga el daño inmaterial y las medidas para enfrentarlo, no se aprecia el valor de esta figura, sino a la hora de cuantificar el daño moral, en particular si este está restringido al dolor y sufrimiento”.²⁹⁹

Lo que la Corte IDH ha hecho en casos posteriores es utilizar la noción de daño al proyecto de vida, como *parte de su evaluación de los perjuicios inmateriales*, es decir, como un factor adicional a los ya incluidos bajo esta noción con relación al sufrimiento padecido. En dichas sentencias se observan menciones sobre los conceptos utilizados por la Corte IDH para describir esta noción, como “las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar” de la víctima,³⁰⁰ “el menoscabo de valo-

297 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párrs. 148-151. (énfasis agregado)

298 *Ibidem*, párrs. 153-154.

299 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 58.

300 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, párr. 245.

res muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”,³⁰¹ o “el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial o no pecuniario sufridas”.³⁰² En otros casos, la Corte IDH ha citado directamente el término ‘proyecto de vida’ al evaluar el daño inmaterial sufrido tanto por las víctimas como por “sus allegados”,³⁰³ reconociendo este tipo de afectación para fijar indemnizaciones por el daño moral de los familiares directos.³⁰⁴

Se puede concluir que, si bien no pareciera constituir una categoría independiente de daño a reparar, sí ha sido considerada por la Corte IDH como una forma de enriquecer el concepto de daño inmaterial. Ello se ha traducido en la inclusión de nuevas consideraciones para determinar la indemnización del daño inmaterial o, en muchos casos, para disponer nuevas formas de reparación, comúnmente bajo el concepto de satisfacción.

La primera sentencia en la que esta noción se tradujo en una medida concreta de reparación consistió precisamente en el otorgamiento de una beca de estudios superiores a un sobreviviente de tortura, además de las indemnizaciones ordenadas en su favor y de algunos miembros de su familia por daño material e inmaterial.³⁰⁵

En un caso posterior, la Corte IDH hizo una elaboración más explícita de este concepto, estableciendo que la detención y tortura de una persona impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico.³⁰⁶

La Corte IDH concluyó que “est[aba] probado que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no sólo dej[ó] cicatrices físicas, sino también [disminuyó] de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar relaciones afectivas íntimas”.³⁰⁷

Sin embargo, luego la Corte IDH decidió:

Como en otros casos, no obstante, no cuantificarlo en términos económicos, ya que la condena que se hac[ía] en otros puntos de la [...] Sentencia contribu[ía] a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales. La naturaleza compleja e íntegra del daño al ‘proyecto de vida’ exig[ía] medidas de satisfacción y garantías de no repetición que [iban] más allá de la esfera económica. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estim[ó] que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler.³⁰⁸

De esta forma, entre las medidas de satisfacción, la Corte IDH utilizó la noción de afectación del proyecto de vida de la víctima y sus familiares al ordenar para todos ellos “tratamientos psicológicos y psiquiátricos, si ellos así lo desea[ba]n”.³⁰⁹ No obstante, medidas similares de reparación han sido reconocidas en casos posteriores sin que para justificarlas se haya recurrido a esta noción.³¹⁰

Una consecuencia de la adopción de la afectación al proyecto de vida es la consideración de la familia de la víctima, no solo en cuanto a su sufrimiento y dolor, sino respecto a la afectación padecida en sus relaciones personales y sus proyectos de realización. Ello se observa en la inclusión de medidas de

301 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 218.

302 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FR. 2011, párr. 296.

303 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. RC. 2001, párr. 89.

304 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. EPFRC. 2009, párrs. 110, 114, 175, 218, 221, 222.

305 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. RC. 2001, párr. 80.

306 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 88.

307 *Idem*.

308 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 89.

309 *Ibidem*, párr. 101.

310 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, párr. 256.

satisfacción enfocadas a garantizar condiciones de vida mejores para los hijos de aquellos respecto de los cuales se establecen medidas de reparación, entendiendo que una parte importante para la realización personal lo constituye el aseguramiento de la calidad de vida de los propios hijos, y no solo de uno mismo.³¹¹ Así, en un caso, la Corte IDH ordenó el otorgamiento de becas de estudio completas a una víctima de violación sexual y a su hija, reconociendo que las consecuencias de los hechos perduraban en el tiempo, y que ellos habían generado cambios significativos tanto en sus vidas como en sus relaciones, lo que afectaba su desarrollo personal.³¹²

En otro caso, la Corte IDH reconoció el impacto de las violaciones en las generaciones siguientes, lo que se tradujo en la autorización a los hermanos de una víctima, a quienes les había otorgado como medida de satisfacción por la desaparición forzada de este el acceso a programas de educación de adultos, la posibilidad de transmitir el beneficio a sus hijos, en la forma de becas educativas. Esta modalidad fue justificada por la Corte IDH como necesaria “para lograr una reparación integral en atención a las circunstancias particulares de este caso”.³¹³ La Corte IDH fundamentó su decisión en los siguientes términos:

La Corte toma en cuenta que las graves violaciones de derechos humanos como la ocurrida en el [...] caso dejan secuelas de impresión duradera en las víctimas y familiares directamente afectados, que a su vez impactan a las nuevas generaciones. Así, el dilema que viven las generaciones presentes, afectadas directamente por la violación de sus derechos humanos, trasciende a las generaciones futuras de diversas maneras.³¹⁴

Puede decirse, en conclusión, que el daño al proyecto de vida no puede ser entendido como una categoría específica de daño que debe ser reparada en forma adicional a las categorías tradicionales que derivan del derecho patrimonial. Sin embargo, esta noción permite profundizar en las dimensiones del daño que van más allá de su comprensión meramente económica. Si la reparación es entendida como algo más que la respuesta a las consecuencias económicas del daño, esta noción contribuye a enriquecer el concepto de daño que es particularmente aplicable a las pérdidas personales. Las nociones que han surgido posteriormente, como el “daño a la vida en relación”, el “menoscabo de valores muy significativos para las personas y sus allegados” y de “alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia”, ayudan a entender mejor la necesidad de superar miradas exclusivamente patrimoniales en la evaluación del daño por pérdidas personales, y todavía más en casos de violaciones graves a los derechos humanos.

Sin embargo, aún no queda del todo claro el contenido y alcance de estos conceptos. Desde luego, constituyen un esfuerzo justificado por incluir las diversas formas de irrupción ilegítima de las violaciones en la vida de las personas. No obstante, la distinción entre proyecto de vida y meras expectativas es algo difícil de trazar. Dichos proyectos parecieran ser una tendencia de la vida urbana y moderna de pretensión de control sobre el propio futuro, que tienen valor subjetivo pero que no es tan claro que puedan constituir un derecho. Una respuesta definitiva sobre estas cuestiones requiere de mayor desarrollo, en el cual debe valorarse la incorporación de nociones que enriquezcan la comprensión sobre los daños personales como consecuencia de violaciones graves a los derechos humanos y otras pérdidas personales, y a la vez cuidarse de no caer en tendencias subjetivistas que atribuyan el carácter de derecho a la artificial sensación de seguridad y de pretendida certeza que la vida moderna otorga a los planes personales.

311 Observación personal del autor basada en las entrevistas a víctimas durante el funcionamiento de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura de Chile, constatando que una de las medidas de reparación que los entrevistados decían preferir era el otorgamiento de becas de educación para sus hijos, más que para ellos mismos.

312 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 257.

313 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. FRC. 2005, párr. 146.

314 *Idem*.

6. Titulares de reparación

Al inicio de la sección sobre reparaciones en las sentencias, la Corte IDH identifica la parte lesionada. Ello se basa en la identificación de quiénes sufrieron las violaciones que la Corte IDH previamente constató. Sin embargo, la determinación de los titulares de reparación va más allá de las personas que sufrieron directamente las violaciones, comprendiendo a aquellas que tienen derecho a recibirla, por haber sufrido perjuicios directos o por ser herederos de la víctima, y luego identificar quiénes son esas personas. Esto es de gran relevancia, pues la Corte IDH ha tenido un criterio más amplio que el TEDH para determinar esta materia.³¹⁵ Dado que en los diferentes comentarios que componen esta obra se ha explicado cómo se determina a los titulares de reparación respecto de los diferentes tipos de daños, esta sección se limitará a presentar los tres grandes problemas que la identificación de la parte lesionada implica y que no han sido tratados.

Primero, en la definición de los titulares de reparación, la Corte IDH ha adoptado una serie de criterios que es importante estudiar. Entre ellos, está la distinción entre reparación por daño inmaterial con base en el sufrimiento causado a víctimas fallecidas y el causado a sus familiares. Segundo, también es relevante detenerse en la definición de los familiares que tienen derecho a reparación. Tercero, se examinará la oportunidad para la identificación de las personas que pueden ser consideradas como parte lesionada, que no obstante ser asunto procedimental, no deja de tener gran relevancia, dada la dificultad que ello representa en casos de masacres o de violaciones masivas de derechos humanos.

6.1. Titulares de reparación por sufrimiento en casos de violaciones con resultado de muerte o desaparición

Como se ha indicado, la Corte IDH reconoce la titularidad del derecho a la reparación a las víctimas directas, así como a aquellas otras personas –frecuentemente familiares cercanos–, que se presume o se ha demostrado que han sufrido perjuicios. Al reconocer el derecho a la reparación por derecho propio de las víctimas, cuando ellas han fallecido o desaparecido, la Corte IDH reconoce también el derecho a recibir dicha reparación a sus causahabientes. Así, en casos de fallecimiento de la víctima, la Corte IDH ha otorgado reparación por el daño moral padecido por la víctima directa, como consecuencia de su sufrimiento, así como por el daño material (usualmente el lucro cesante, restado un 25% de gastos personales). Todo ello es transmitido a sus herederos. A su vez, también ha reconocido los daños materiales (si son probados), así como el sufrimiento causado a los familiares directos. De esta forma, un familiar directo puede recibir ambas, indemnización y herencia.

Observada con detenimiento esta solución, la misma parece ajustada a derecho. Es claro que una persona sufre intensamente en los momentos previos a su ejecución. En términos estrictos es posible afirmar que el derecho a ser reparada por dichos sufrimientos ingresó a la esfera jurídica de la víctima antes de su muerte y, por tanto, la indemnización por ese daño moral debiera ser transmitida a sus herederos. Sin embargo, dada la dificultad de determinar cómo definir el monto de las indemnizaciones por daño moral, es difícil distinguir cuánto un hijo o una hija, por ejemplo, debería recibir por el sufrimiento causado por la ausencia de su padre, y cuánto como heredero por el padecimiento que este se presume que tuvo antes de ser ejecutado. Ello puede dar la impresión de que se está indemnizando dos veces por las diferentes consecuencias de una misma violación.

Como se indicó en su momento, esta distinción, que la Corte IDH emplea para determinar su forma de definir las reparaciones, puede llevar a conclusiones que no están del todo justificadas, como el imponer dicha distinción a otros procesos de reparación. Es el caso en el que la Corte IDH

315 Para un estudio comparativo entre la jurisprudencia de ambos tribunales con relación a la inclusión de familiares de las víctimas directas, ver Rubio-Marín, R. *et al.* “Repairing family members: Gross Human Rights Violations and Communities of Harm”, en Rubio-Marín, R. (ed.) *The Gender of Reparations: Unsettling sexual hierarchies while redressing Human Rights Violations*. CUP, New York, 2009.

dispuso el pago de una indemnización por daño moral a los familiares directos de las víctimas, por el sufrimiento causado a ellos por la desaparición de sus familiares, pero que ya habían recibido reparación administrativa. La Corte IDH justificó su decisión asumiendo que la reparación administrativa equivalía al daño material e inmaterial sufrido por la víctima directa, pero que restaba el pago del daño moral sufrido por sus familiares.³¹⁶

Si la Corte IDH estimaba la reparación administrativa otorgada insuficiente, pudo haberlo justificado de esa forma. Sin embargo, imponer esta distinción significó afirmar la insuficiencia del programa administrativo de reparación sin justificar los factores precisos que la llevaron a concluir dicha insuficiencia.³¹⁷

6.2. Familiares y otras personas con derecho a reparación

La Corte IDH ha empleado un concepto extenso y flexible de familiares para determinar quiénes tienen el derecho a reparación, incorporando desde sus inicios la noción de familia que se adecua a la cultura de las víctimas, especialmente en el caso de ciertas comunidades con una identidad propia.³¹⁸ Sin embargo, también ha requerido la prueba de la dependencia económica respecto de aquellas personas que no son familiares directos, incluyendo las exigencias de pagos regulares y periódicos, y que hayan obedecido a una necesidad que era satisfecha por la ayuda económica que provenía de la víctima.³¹⁹

No obstante, bajo el concepto de familiares directos, la Corte IDH no se ha limitado a la existencia de vínculos de sangre. En el caso de una víctima de detención ilegal, torturas y ejecución sumaria, la Corte IDH incluyó como beneficiarios de reparación por daño inmaterial a diversos familiares, incluyendo al cónyuge de la madre de este bajo la categoría de ‘padre de crianza’, pues el matrimonio no había sido acreditado en el proceso. Para ello, la Corte IDH argumentó que:

[...] los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por la víctima fallecida como consecuencia de las torturas y de la ejecución extrajudicial; el entierro de los restos mortales del señor Juan Humberto Sánchez en el lugar en el que fue hallado; la detención arbitraria del padre y las amenazas que sufrieron los familiares como parte de lo ocurrido a la víctima, [ocasionaron] diversos sufrimientos en los miembros de su familia: hijas, compañeras, padres y hermanos de la víctima.³²⁰

El Estado reclamó esto a través de una demanda de interpretación de la sentencia, alegando que solo debieron ser declarados beneficiarios los parientes que tuvieron dependencia económica con la víctima, y rechazando el derecho del padre de crianza, así como de compañeras permanentes y madres de hijas extramatrimoniales de la víctima. La Corte IDH distinguió entre daño material e inmaterial, indicando que el primero debía ser pagado a quienes los hubieran soportado o hubieran sufrido la pérdida de ingresos establecida en el proceso. Respecto del daño inmaterial, la Corte IDH afirmó que su indemnización se fundamentó en su propio sufrimiento y no en su calidad de sucesores de la víctima. Además, respecto del concepto de familia,

[...] el Tribunal tom[ó] en consideración en sus decisiones las situaciones concretas de las familias involucradas en los casos; y, a su vez, la realidad que nutr[ía] el concepto de familia en el continente, es decir, que ‘el término familiares significa los familiares inmediatos [...] ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso.’ En virtud de lo cual disp[uso] quiénes deb[ía]n recibir una indemnización por sucesión, o por derecho propio. En este sentido, los

316 Corte IDH. *Caso Gomes Lund vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párrs. 303, 309-311.

317 Ver sección 4.7. *supra* ‘Efecto de programas administrativos y de otras medidas de reparación en la definición de reparaciones de la Corte IDH’.

318 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 62.

319 *Ibidem*, párr. 68.

320 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 173.

familiares de una víctima que h[ubiera] fallecido p[odía]n, a su vez, sufrir daños materiales, y correspond[ía] a la Corte Interamericana establecer una indemnización que aquellos pu[diera]n reclamar fundándose en un derecho propio no necesariamente coincidente con los criterios de la legislación sucesoral interna.³²¹

De esta forma, para reconocer el sufrimiento del padre de crianza en cuestión, la Corte IDH consideró toda la evidencia que demostraba la cercanía de este con la víctima, concluyendo así el sufrimiento por él padecido.

6.3. Oportunidad y exigencia de identificación de los titulares de reparación

El Reglamento de la Corte IDH establece que las presuntas víctimas deben ser identificadas en los escritos de inicio del proceso, es decir, en el Informe de la CIDH a que se refiere el artículo 50 de la CADH.³²² En aplicación de la norma, la Corte IDH exigía la plena identificación de las víctimas por parte de la CIDH y los representantes, “señaladas en la demanda y en el informe [de fondo] de la Comisión”.³²³ Esta postura tenía sólidos fundamentos en la CADH y su Reglamento, y se basa en el derecho de la parte demandada de poder cuestionar la nómina de beneficiarios presentada. Sin embargo, la aplicación estricta de esta norma dio lugar a problemas en la identificación de cada una de las víctimas, particularmente en casos de masacres. Para responder a la eventual falta de individualización de víctimas en estos casos, la Corte IDH se ha “reservado la posibilidad de determinar [...] otras formas de reparación a favor de todos los miembros de las comunidades afectadas por los hechos del caso”.³²⁴ No obstante, en otro caso rechazó las pretensiones de quienes no estuvieran plenamente identificados,³²⁵ pero más adelante reiteró la admisibilidad de un trato excepcional, argumentando que era justificado reconocer:

[...] como presuntas víctimas a personas que no fueron alegadas como tal en la demanda, siempre y cuando se haya respetado el derecho de defensa de las partes y las presuntas víctimas guarden relación con los hechos descritos en la demanda y con la prueba aportada ante la Corte.³²⁶

Esta solución de naturaleza jurisprudencial respondía razonablemente al problema, pero era cuestionable desde la perspectiva formal. Ello fue corregido en la reforma de 2009 del Reglamento, que dispuso expresamente que:

Cuando se justifique que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de *violaciones masivas o colectivas*, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas.³²⁷

Las condiciones son exigentes, pues debe tratarse de violaciones masivas o colectivas, y debe además justificarse la imposibilidad de identificar a las víctimas en el informe de la CIDH.

No obstante, si bien pareciera justificable esta flexibilidad, es necesario advertir las serias consecuencias que la adopción de criterios flexibles en esta materia puede tener para el prestigio del SIDH. Conociendo de otro caso de masacre, que además dio lugar a un masivo desplazamiento, las condiciones que tenían la CIDH y la Corte IDH para determinar con precisión la identidad de las víctimas eran limitadas. El informe de la CIDH solo identificaba a algunas de ellas. Sin embargo, durante el

321 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 57.

322 Art. 35.1. del Reglamento.

323 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 224.

324 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004, párr. 62. La Corte IDH dispuso reparaciones simbólicas y materiales individuales a través de indemnizaciones y servicios de salud y vivienda, así como un programa de desarrollo a favor de toda la comunidad. *Ibidem*, párrs. 109-111.

325 Corte IDH. *Caso del Instituto de Reeducción del Menor*. EPFRC. 2004, párr. 273.

326 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 91.

327 Art. 35.2. del Reglamento. (énfasis agregado)

transcurso del proceso la Corte IDH aceptó nuevas víctimas, entre ellas algunas individualizadas por el propio Estado.³²⁸ Seis años después se descubrió que al menos dos de las víctimas identificadas con posterioridad no eran tales. El debate cuestionó la credibilidad de la CIDH y de la Corte IDH, pero la conclusión más obvia es la incapacidad del Estado de proveer un recurso efectivo y rápido ante una masacre, y los problemas para, incluso, determinar la identidad de las víctimas.

Una sentencia reciente explica el delicado equilibrio que la Corte IDH debe mantener en esta cuestión. En ella se reconoce que la individualización de la parte lesionada en los escritos iniciales del proceso constituye una condición básica de “seguridad jurídica, [que] exige, como *regla general*, que todas las presuntas víctimas estén debidamente identificadas en ambos escritos, no siendo posible añadir nuevas presuntas víctimas en la demanda”.³²⁹ Se trata de una regla general, no absoluta, pero cuyas excepciones deben ser debidamente justificadas y limitadas a las condiciones estrictas que establece el nuevo Reglamento. De esta forma, en situaciones de masividad en las que la individualización de las víctimas es incompleta, la Corte IDH ha concedido plazos de dos años para aquellos que no estuvieran plenamente identificados; este plazo está limitado a la posibilidad de precisar sus nombres, y de no agregar nuevas víctimas.³³⁰

7. Condenación de costas

La condena al pago de costas no está expresamente incluida en el artículo 63.1. de la CADH. Esta condena es fruto de la elaboración jurisprudencial de la Corte IDH, siendo también plasmada en sus sucesivos Reglamentos. Este esfuerzo por reconocimiento más allá del texto convencional revela su importancia. Como ha dicho un juez de la Corte IDH, la posibilidad de condenar al pago de costas tiene que ver con el problema del acceso a la justicia. De nada serviría un sistema muy elaborado de recursos y garantías ante los tribunales, si los particulares se vieran impedidos de llegar a él, de manera efectiva, por carecer de los recursos necesarios para tal fin.³³¹

Por ello, es importante revisar la forma en que la Corte IDH ha entendido este derecho, los elementos que ha considerado para determinar las costas y los requisitos exigidos.

Desde sus sentencias iniciales, la Corte IDH ha aceptado que puede determinar la condena al Estado del pago de las costas, pero en todas ellas las rechazó por diferentes motivos. En la primera de ella, no hubo condena en costas, no porque no procediera, sino porque no fue presentada la solicitud en el momento correspondiente, es decir, junto con la demanda.³³² Posteriormente, en un caso en que la solicitud de condena en costas fue presentada por la CIDH, esta pidió que se incluyera como costas el reembolso de sus gastos de operación incurridos en relación al caso, así como sus gestiones ante el Estado imputado. La Corte IDH precisó que ello no correspondía, toda vez que los costos de su funcionamiento, tanto de la propia Corte IDH como de la CIDH, son financiados como parte del presupuesto de la OEA (la Corte IDH rechazó incluir en la condena los gastos de viaje de la Secretaría adjunta de la Corte IDH al país en cuestión).³³³ No obstante, la Corte IDH sí condenó al Estado al reintegro de los “gastos incurridos por las familias en razón de la desaparición de las víctimas, [los que] fueron determinados a partir de los montos reclamados por la Comisión”.³³⁴ Estos gastos no se referían exclusivamente a las costas del litigio internacional, por lo que su naturaleza es confusa. Ello obedece a que en el proceso los familiares de las víctimas no actuaron por cuenta propia, sino a través de la CIDH.

328 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 252-261.

329 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 42. (énfasis agregado)

330 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párr. 252.

331 García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 60.

332 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, párr. 193.

333 Corte IDH. *Caso Aleoetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párrs. 113-114.

334 *Ibidem*, párr. 94. (énfasis agregado)

En otro de los casos iniciales, la CIDH solicitó la condena en costas “incluyendo los honorarios razonables del abogado de la víctima”.³³⁵ El Estado, a su vez, solicitó la condena en costas a los demandantes.³³⁶ La Corte IDH, finalmente, desestimó la solicitud de condenar al pago de costas en razón de que “la responsabilidad de Suriname e[ra] inferida”.³³⁷ El análisis que sostiene la decisión de la Corte IDH es que si bien se determinó que la víctima había sido detenida ilegalmente, no se estableció que su muerte, por asfixia, fuera responsabilidad directa del Estado. En el mismo caso, la indemnización fijada fue de carácter nominal.

En casos posteriores, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia con relación a los gastos de operación de la CIDH, pero concedió una indemnización en equidad a los familiares por gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país, aun cuando no hubieran presentado prueba sobre su monto.³³⁸

El primer caso en el que hubo una condena en costas se refiere a una sentencia de 1998. En este procedimiento, los abogados de las víctimas solicitaron tal condena, alegando los gastos incurridos en el litigio, a lo cual el Estado no se opuso. Sobre su procedencia, la Corte IDH señaló:

Las costas constituyen un asunto por considerar dentro del concepto de reparación al que se refiere el artículo 63.1 de la Convención, puesto que derivan naturalmente de la actividad desplegada por la víctima, sus derechohabientes o sus representantes para obtener la resolución jurisdiccional en la que se reconozca la violación cometida y se fijen sus consecuencias jurídicas. Dicho de otra manera, la actividad desplegada por aquellos para acceder a la justicia que la Convención provee implica o puede implicar erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser compensados a la víctima cuando se dicta sentencia condenatoria.³³⁹

En la misma resolución especificó qué debía comprenderse por costas, incluyendo “honorarios [...] a quienes brindan asistencia jurídica”, especificando que se trata de “gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso y efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes”.³⁴⁰ Ellos incluyen gastos incurridos tanto en la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional (que fueron los cubiertos por la Corte IDH en sus sentencias anteriores, aunque denominados en ellas como indemnización por gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país), y los gastos incurridos en el procedimiento a nivel internacional. Esta última comprende sus dos instancias: la CIDH y la Corte IDH.³⁴¹ La Corte IDH justifica la condena en costas en el reconocimiento del derecho de los representantes de las víctimas o de sus familiares, de presentar sus propios argumentos y pruebas, en virtud del Reglamento³⁴² “lo que abre la posibilidad de gastos asociados a dicha representación”.³⁴³

Para su determinación, la Corte IDH rechazó utilizar como parámetro una proporción del monto de la indemnización obtenida, y consideró, en cambio, el monto de costas que hubieran sido oportunamente comprobadas, “las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento”.³⁴⁴ Con base en ello, la Corte IDH fijó un monto en equidad. Este razonamiento ha sido seguido por la Corte IDH en sus casos posteriores.

Se pueden resumir los criterios establecidos por la Corte IDH en materia de condenación en costas en los siguientes puntos: 1. la condenación en costas debe ser solicitada por las partes al comienzo

335 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. FCR. 1994, párr. 18.

336 *Ibidem*, párr. 19.

337 *Ibidem*, párr. 71, con relación al párrafo 62.

338 Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. RC. 1996, párr. 42.

339 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párr. 79.

340 *Ibidem*, párr. 80. (énfasis agregado)

341 *Ibidem*, párr. 81.

342 Artículo 23 del Reglamento de 1996, vigente al momento en que la Corte IDH dictó la sentencia, derecho que ha sido ampliado posteriormente de acuerdo con el artículo 25 del actual Reglamento.

343 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, párr. 81.

344 *Ibidem*, párr. 82.

del litigio, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior;³⁴⁵ 2. deben comprobarse los gastos cuyo reembolso se solicita, pero además debe hacerse “una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos”;³⁴⁶ 3. no basta solicitar cualquier monto convenido entre las partes y sus representantes, sino la Corte IDH analiza que su *quantum* sea razonable;³⁴⁷ 4. sin perjuicio de los gastos alegados o comprobados, la Corte IDH frecuentemente define el monto de las costas con base en la equidad, considerando las dificultades probatorias que puede implicar acreditar todos los gastos incurridos, pero también exigiendo un criterio de razonabilidad; 5. deben referirse directamente a gastos incurridos para sus actuaciones en la jurisdicción interna o internacional, debiendo tener relación directa con el litigio;³⁴⁸ 6. es una materia disponible, en la que la falta de oposición del Estado tiene efectos, y que también puede ser renunciada;³⁴⁹ y 7. frecuentemente son pagadas a la parte lesionada, para que estas paguen a quienes las representaron, sin embargo, hay casos en los que la Corte IDH ha hecho el pago directo a los representantes, para facilitar el proceso, especialmente tratándose de la existencia de numerosas víctimas.³⁵⁰

Finalmente, cabe señalar que las condenas en costas han sido objeto de las mismas formas de protección de la integridad de los montos a que condena la Corte IDH por concepto de indemnización.

8. Medidas provisionales

El segundo párrafo del artículo 61 otorga a la Corte IDH la facultad de adoptar medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas. El ejercicio de esta facultad está limitado a situaciones de extrema gravedad y urgencia, ya sea en relación con casos que estén en actual conocimiento de la Corte IDH, o respecto de solicitudes que la CIDH le presente. Se trata de tres requisitos copulativos exigidos por la norma, y que la Corte IDH ha sostenido en forma invariable en su jurisprudencia: 1. extrema gravedad, 2. urgencia, y 3. que se trate de evitar daños irreparables a las personas.

Estas tres condiciones son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención de la Corte IDH. Del mismo modo, las tres condiciones descritas deben persistir para que la Corte IDH mantenga la protección ordenada.³⁵¹ Se trata de una facultad que, si bien limitada a circunstancias estrictas, ofrece significativas posibilidades para la protección de los derechos humanos.

8.1. Naturaleza de esta facultad y características como potencial medida tutelar de derechos humanos

La Corte IDH ha afirmado que las medidas provisionales o cautelares por ella ordenadas, van más allá del propósito de las medidas provisionales en los sistemas jurídicos internos, referidas a “preservar los derechos de las partes en controversia y asegurar que la sentencia de fondo no sea perjudicada por las acciones de ellas *pendente lite*”.³⁵² Así, la Corte IDH ha dicho que:

345 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 275.

346 *Ibidem*, párr. 277.

347 *Ibidem*, párr. 280.

348 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 382. En las últimas sentencias, la Corte IDH se ha reservado el derecho de disponer del pago de costas en las que las partes deban incurrir en la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia. Ver Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. FRC. 2011, párr. 200.

349 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. FRC. 2005, párrs. 117-118.

350 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párrs. 324-325.

351 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*. Medidas provisionales respecto de México. Resolución de 30 de junio de 2011, considerando 10. (énfasis agregado)

352 Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Solicitud de medidas provisionales presentada por la CIDH respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Resolución de 30 de marzo de 2006, considerando 4.

[...] en el Derecho Internacional de Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.³⁵³

Posteriormente, ha precisado estos conceptos al distinguir entre medidas cautelares y tutelares.

El carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten, así, que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas. En cuanto al *carácter tutelar* de las medidas provisionales, esta Corte ha señalado que estas se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.³⁵⁴

También ha considerado que la obligación de disponer de medidas de protección es resultado de la obligación, *erga omnes*, de los Estados de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción “no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza”.³⁵⁵

No debe escapar de la atención las potencialidades de las facultades de carácter tutelar de estas atribuciones, particularmente cuando se ejercen en casos que no están siendo conocidos por la Corte IDH como parte de su jurisdicción contenciosa. Esta facultad constituye un mecanismo de protección de derechos humanos, como los que establecen órganos de tratados en el caso del sistema ONU, pero que puede dar lugar a decisiones obligatorias para los Estados.

En efecto, esta facultad –la cual no se ha desarrollado aún suficientemente– puede tener un impacto mayor en la vigencia de los derechos humanos en el Continente que la propia jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH. La prontitud de sus decisiones, su carácter obligatorio, y la capacidad para hacer un seguimiento de su cumplimiento, las hace en un mecanismo muy poderoso de tutela. Llama la atención su escasa difusión y aplicación.

8.2. Oportunidad y órganos competentes

Estas medidas pueden ser decididas en cualquier estado del procedimiento, pudiendo la Corte IDH ordenarlas de oficio. También pueden ser ordenadas en casos que no son de conocimiento aún de la Corte IDH, a solicitud de la CIDH.³⁵⁶ Ellas pueden ser decididas por la Corte IDH o por su presidente,

353 Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Solicitud de medidas provisionales presentada por la CIDH respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Resolución de 30 de marzo de 2006, considerando 5. (énfasis agregado)

354 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Medidas provisionales. Resolución de 6 de julio de 2009, considerando 16. (énfasis agregado)

355 Corte IDH. *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Colombia. Resolución de 18 de junio de 2002, considerando 11. Ver también la opinión del juez Cançado Trindade en relación con el surgimiento de un derecho a la asistencia humanitaria y el carácter *erga omnes* de esta obligación del Estado, en Corte IDH. *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Colombia. Resolución de 15 de marzo de 2005, voto concurrente, así como en sus demás votos concurrentes en decisiones relacionadas con en este mismo caso.

356 La CIDH solicita a la Corte IDH imponer medidas provisionales ante la falta de implementación por parte del Estado de aquellas solicitadas por la CIDH y la persistencia de una situación de extrema gravedad y urgencia.

en caso que esta no esté reunida.³⁵⁷ Precisamente, la primera de ellas fue decretada por el presidente de la Corte IDH, a solicitud de la CIDH, por las amenazas sufridas por los testigos en un caso que estaba conociendo la CIDH, así como por la viuda de una de las víctimas y de un periodista vinculado a ella. En su resolución, la Corte IDH requirió al gobierno del país respectivo la adopción sin dilación de cuantas medidas fueran necesarias para la protección del derecho a la vida y la integridad personal de las personas amenazadas, “en estricto cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos [contraídas] en virtud del artículo 1.1. de la Convención”.³⁵⁸ La resolución del presidente convocó a la Corte IDH a sesionar dos meses después, para conocer de la solicitud y de la medida adoptada, así como al Estado y a la CIDH a una audiencia pública sobre el asunto. Durante la audiencia, la Corte IDH escuchó a la CIDH y al Estado y, dada la no implementación por parte de este de ninguna medida útil de protección, le dio un plazo de 30 días para dar cumplimiento a lo ordenado por el presidente.³⁵⁹ A los seis meses, la Corte IDH evaluó la situación, con base en informes del Estado y de la CIDH, dispuso la continuación y la ampliación de las medidas de protección. La Corte IDH precisó que su jurisdicción:

[...] se limita a ‘casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas...’, en un caso aún no sometido a la Corte una vez que el Estado ha adoptado las medidas provisionales y a menos que existan circunstancias apremiantes en contrario, esta debe devolver las diligencias a la Comisión. Esta decisión no inhibe, sin embargo, a la Comisión, si la gravedad y urgencia así lo requieren, de solicitar a la Corte, en cualquier momento, la aplicación del artículo 63.2.³⁶⁰

Con el paso del tiempo, la Corte IDH ha reducido sus tiempos de respuesta. En un caso, el presidente se pronunció 20 días después del envío de la solicitud de la CIDH, y las medidas adoptadas tuvieron los plazos indicados. En un asunto más reciente, la primera medida del presidente fue dictada dos días después de despachada la solicitud de la CIDH; en ella requirió al Estado la protección inmediata de las personas amenazadas, que informara de ellas en 15 días a la CIDH, que los beneficiarios informaran después de siete días de ser notificados del informe del Estado, que la CIDH presentara un informe a la Corte IDH después de cinco días de ser notificada del informe del Estado, y solicitó a este último iniciar un proceso de informes periódicos. Dispuso, también, en lugar de convocar a la Corte IDH a una sesión extraordinaria, poner la Resolución a consideración de los demás integrantes en el siguiente periodo ordinario de sesiones.³⁶¹

Para efectos de economía procesal, la Corte IDH también ha dispuesto la acumulación de casos que versan sobre una misma naturaleza y respecto de un mismo país.³⁶² Sin embargo, en un caso en el que hubo acumulación aclaró que dicha acumulación no implicaba atribuirse facultades para pronunciarse sobre las condiciones generales de la política penitenciaria en el país o sobre las condiciones de reclusión en recintos diferentes de aquellos específicos a los que se referían los informes de la CIDH que le otorgaban competencia.³⁶³

357 La materia es regulada por el artículo 27 del Reglamento de la Corte IDH.

358 Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Perú. Resolución del presidente de la Corte IDH de 5 de junio de 1990.

359 Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Perú. Resolución del presidente de la Corte IDH de 8 de agosto de 1990. Es importante señalar que la Corte IDH denomina “medidas urgentes” a las que dicta provisionalmente su presidente cuando la Corte IDH no se encuentra reunida, y “medidas provisionales” a las que se dictan cuando la Corte IDH actúa en forma colegiada.

360 Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Perú. Resolución del presidente de la Corte IDH de 17 de enero de 1991, considerando 4.

361 Corte IDH. *Asunto Adrián Meléndez y otros*. Medidas urgentes respecto de El Salvador. Resolución del presidente de la Corte IDH de 23 de marzo de 2007, puntos resolutive.

362 Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario de Aragua “Cárcel de Tocorón”*. Medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de 15 de mayo de 2011, punto resolutive 1.

363 Corte IDH. *Asuntos de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela*. Resolución de 6 de julio de 2011, considerando 5.

8.3. Evaluación del cumplimiento de requisitos

La evaluación de las circunstancias que exige el artículo 63.2. de la CADH para disponer medidas provisionales debe hacerse en forma precisa respecto de cada una de las personas de las que se solicita protección. No obstante, ello no implica desconocer el contexto general que afecta “al beneficiario o lo colocan en posición de vulnerabilidad en un determinado momento”.³⁶⁴ Sobre esta valoración del contexto general de amenaza, la Corte IDH ha dicho que:

[...] puede existir un conjunto de factores o circunstancias que revelen graves agresiones contra un grupo de personas en particular, que sitúe a estas personas en una situación de extrema gravedad y urgencia de sufrir daños irreparables. En esta situación extrema, por ejemplo, una serie de graves ataques contra el grupo al que pertenece el beneficiario que permita inferir razonablemente que este también será atacado, se puede justificar la concesión de medidas provisionales aun sin amenaza directa reciente a tal beneficiario.³⁶⁵

Los requisitos para adoptar medidas provisionales no varían respecto de casos contenciosos que esté conociendo la Corte IDH, o casos presentados por la CIDH que aún no esté conociendo la Corte IDH, lo que sí varía es la evaluación de la existencia de tales riesgos. En casos contenciosos –en los que usualmente las medidas se solicitan para la protección de testigos en el juicio– existe un contexto que facilita determinar que, por ejemplo, la entrada a la morada de algunos testigos, sumados a la identificación de sus nombres por una emisora radial, y la presencia de agentes de inteligencia en el lugar donde se tomaban los testimonios, justificó la adopción de medidas provisionales.³⁶⁶

El cúmulo de antecedentes necesarios para que la Corte IDH tenga por establecido la existencia de las condiciones que justifican estas medidas en casos que no está conociendo, son claramente mayores. Además, en estos casos las presentaciones requieren ser evaluadas por la CIDH, mientras que en los primeros pueden ser presentadas directamente por las partes, lo que implica diferencias en materia de acceso entre ellas.

A través de su jurisprudencia reciente, la Corte IDH ha detallado los criterios que exige para determinar el cumplimiento de los requisitos para disponer de estas medidas en asuntos que no corresponden a un caso contencioso. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

[...] en vista del carácter tutelar de las medidas provisionales, excepcionalmente, es posible que las ordene, aún cuando no exista propiamente un caso contencioso en el Sistema Interamericano, en situaciones que, *prima facie*, puedan tener como resultado una afectación grave y urgente de derechos humanos. Para ello, se debe hacer una valoración del problema planteado, la efectividad de las acciones estatales frente a la situación descrita y el grado de desprotección en que quedarían las personas sobre quienes se solicitan medidas en caso de que estas no sean adoptadas. Para lograr este objetivo es necesario que la Comisión Interamericana presente una motivación suficiente que abarque los criterios señalados y el Estado no demuestre en forma clara y suficiente la efectividad de determinadas medidas que haya adoptado en el fuero interno.³⁶⁷

En la sentencia de este extracto citado, la Corte IDH ponderó que las medidas adoptadas por el Estado para proteger a todos los internos de una cárcel donde habían ocurrido repetidos hechos de violencia, causando la muerte de varios de ellos, “no habría[n] impedido que contin[uara]n sucediendo hechos de violencia”,³⁶⁸ resolviendo ratificar lo resuelto por el presidente de la Corte IDH cuando dispuso de medidas urgentes. Agregó también una exigencia que ha sido incorporada regularmente en este

364 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2009, considerando 26.

365 *Ibidem*. considerando 27.

366 Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*. Medidas provisionales respecto de Colombia. Resolución de 27 de junio de 2005, considerando 6, en relación con vistos inciso 3.

367 Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario Aragua “Cárcel de Tocarón”*. Medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de 24 de noviembre de 2010, considerando 7.

368 *Ibidem*, considerando 10.

tipo de resoluciones: que se planifiquen e implementen con la participación de los beneficiarios y que, en general, se mantengan informados sobre el avance de su ejecución.³⁶⁹

8.4. Prueba de los hechos para otorgar, ampliar y levantar las medidas provisionales

En materia de la prueba de los hechos que dan ocasión a la situación de amenaza, la Corte IDH ha señalado, luego de hacer una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, que las afirmaciones de la CIDH acerca de los hechos han sido suficientes para otorgar *prima facie*, a esta situación, las características de extrema gravedad y urgencia que justifican que la Corte IDH tome las medidas provisionales que considere pertinentes, con el fin de evitar daños irreparables a aquellas personas en cuyo favor se solicitan.³⁷⁰ No obstante, ha advertido que su adopción no implica una decisión sobre el fondo de la controversia.³⁷¹

Asimismo, para su mantenimiento, la Corte IDH ha dicho que:

En razón de su competencia, en el marco de medidas provisionales, la Corte debe considerar únicamente argumentos que se relacionen estricta y directamente con la extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables a las personas. Es así que a efectos de decidir si se mantiene la vigencia de las medidas provisionales el Tribunal debe analizar si persiste la situación de extrema gravedad y urgencia que determinó su adopción, o bien, si nuevas circunstancias igualmente graves y urgentes ameritan su mantenimiento. Cualquier otro asunto sólo puede ser puesto en conocimiento de la Corte a través de los casos contenciosos correspondientes.³⁷²

Uno de los problemas que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene en esta materia es que no queda claro quién tiene la carga de la prueba para el mantenimiento de medidas provisionales. La Corte IDH ha señalado que esta evaluación implica por parte de los solicitantes, presentar pruebas sobre la persistencia de la amenaza, y, si el Estado solicita el levantamiento de las medidas, este deberá probar el cambio de circunstancias.³⁷³ En la misma resolución, estableció que:

[...] ante el transcurso de cierto tiempo sin la ocurrencia de amenazas, el Tribunal debe analizar las causas por las que tales amenazas ya no se producen, para determinar si procede el mantenimiento de medidas provisionales, sin perder de vista el carácter esencialmente provisional y temporal que [...] deben tener.³⁷⁴

El criterio no está suficientemente establecido. Siendo medidas extraordinarias, debiera presumirse la no subsistencia de los hechos. Sin embargo, ante la ausencia de cambios generales de los patrones de violencia e impunidad existentes, es injusto imponer una carga probatoria excesiva sobre los solicitantes. Así, en un caso en que las medidas fueron renovadas durante catorce años, y ante la ausencia de amenazas durante cierto periodo de tiempo, la Corte IDH solicitó al Estado hacer una evaluación individual del riesgo a que estaban sometidas cada una de las personas, y de planes de contingencia ante la eventual materialización de dichos riesgos, indicando que con base en dicho informe, y luego de oídas la CIDH y los representantes, se pronunciaría sobre el levantamiento de las medidas.³⁷⁵

369 *Ibidem*, punto resolutivo 2.

370 Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Colombia. Resolución de 7 de diciembre de 1994, considerando 3.

371 Corte IDH. *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas provisionales respecto de Colombia. Resolución de 17 de noviembre de 2004, considerando 5.

372 Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana*. Medidas provisionales respecto de Colombia. Resolución de 3 de febrero de 2010, considerando 11.

373 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Medidas provisionales. Resolución de 6 de julio de 2009, considerando 18.

374 *Ibidem*, considerando 19.

375 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Medidas provisionales. Resolución de 6 de julio de 2009, considerando 31.

No obstante, aun en caso de levantar las medidas, subsiste la obligación general de garantía que tiene el Estado, más allá de las medidas concretas decretadas o levantadas. Los Estados están obligados a proveer protección a las personas sujetas a su jurisdicción, y sus tribunales a ordenar las medidas que estimen necesarias para cumplir con esta obligación. Los Estados son también responsables de las violaciones que se cometan como resultado de incumplir con esta obligación.³⁷⁶

8.5. Contenido de las medidas provisionales adoptadas

Las medidas que ha dictaminado la Corte IDH en estos casos son genéricas, sin incurrir en demasiado detalle sobre su contenido. Ellas no son prescriptivas, sino que se refieren, en general, a la adopción de “las medidas que sean necesarias y efectivas para evitar”³⁷⁷ el peligro inminente que se teme, o “que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para asegurar eficazmente la protección de la vida e integridad personal” de aquellos que están en una situación de riesgo comprobada.³⁷⁸ No obstante, dicha generalidad no implica dejar de referirse a los riesgos específicos que la Corte IDH ha constatado.

En resoluciones referidas a casos que estaban siendo ya conocidos por la Corte IDH, ella ha requerido a los Estados la presentación de informes periódicos sobre el cumplimiento de las medidas provisionales dispuestas, y a la CIDH que presentara sus observaciones a dichos informes.³⁷⁹ Estos procesos de supervisión son frecuentes también en los asuntos que conoce la Corte IDH a requerimiento de la CIDH. Ellos se traducen en la exigencia de informes periódicos que deben elaborar los Estados sobre el cumplimiento de las medidas adoptadas y las condiciones de amenaza en las que se encuentran las personas protegidas. La CIDH, a su vez, elabora sus propios informes para permitir a la Corte IDH pronunciarse sobre la manutención, levantamiento o ampliación de las medidas.

Estos procesos de supervisión suelen incluir tanto la existencia de condiciones de riesgo como la investigación de las amenazas que dieron motivo al dictado de las medidas provisionales. En este caso, las medidas de protección se mantuvieron por casi 10 años, lo que no es excepcional. Ellas estuvieron vigentes hasta que la CIDH evaluó, con la participación de las propias personas sujetas de protección, la inexistencia de la situación especial de riesgo, aun cuando la investigación de las amenazas no arrojó resultados. Dada la naturaleza extraordinaria de estas medidas,³⁸⁰ y no existiendo ya condiciones especiales de riesgo, se ordenó su levantamiento.³⁸¹

Las medidas de protección dictadas han sido variadas, dependiendo de la naturaleza de las amenazas que se pretenden enfrentar. En el caso señalado, caracterizado por la existencia de un conflicto interno, la Corte IDH no solo ordenó la protección de los miembros de las comunidades, sino también la investigación de los hechos, la adopción de medidas que permitieran a los miembros de las comunidades continuar viviendo en las localidades que habitaban, otorgar zonas humanitarias de refugio, ayuda humanitaria, establecer mecanismos de supervisión continua y de comunicación permanente en las zonas de refugio, y dar participación a los representantes de los beneficiarios en la planificación e implementación de las medidas de protección establecidas.

376 *Ibidem*, considerandos 21 y 24.

377 Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario Aragua “Cárcel de Tocarón”*. Medidas provisionales. Resolución de 24 de noviembre de 2010, punto resolutive 1.

378 Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de la República de Guatemala. Resolución del presidente de la Corte IDH de 16 de agosto de 1995, punto resolutive 1. También se han dictado medidas para proteger otros derechos, como en el caso *L. M. respecto de Paraguay*, en el que se otorgaron para evitar la dilación indebida de un procedimiento de custodia de un menor de edad.

379 Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de la República de Guatemala. Resolución de 22 de septiembre de 1995, puntos resolutivos.

380 No obstante, con posterioridad, ha afirmado que la insuficiencia de estas investigaciones, por sí mismas, no permiten justificar la persistencia de la situación de amenaza, sin perjuicio de que el juzgamiento sobre un eventual incumplimiento de la obligación de proveer un mecanismo efectivo, de acuerdo con el artículo 25 de la CADH, pueda ser objeto de un examen de fondo del caso. Ver Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros*. Resolución de 6 de julio de 2009, considerando 24.

381 Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisionales respecto del Estado de Guatemala. Resolución de 14 de junio de 2005.

La Corte IDH ha otorgado medidas de protección no solo a individuos, sino a los miembros de comunidades que si bien “no habían sido previamente nominadas, [...] sí eran identificables y determinables y se encontraban en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a una comunidad”.³⁸² No obstante, la cuestión sobre la pertenencia a las comunidades ha sido luego objeto de debate, especialmente ante la dificultad de identificar criterios objetivos de pertenencia respecto de ciertas familias habitantes de las mismas zonas. También ha otorgado protección a:

[...] una pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que sí son identificables y determinables y que se encuentran en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a un grupo o comunidad, tales como personas privadas de libertad en un centro de detención.³⁸³

Al observar las resoluciones dictadas por la Corte IDH o por su presidente en esta materia, se aprecia la magnitud de la labor de protección y seguimiento empleada por la Corte IDH. Algunos casos son objeto de revisiones periódicas durante muchos años. En esta tarea de seguimiento se aprecia una labor coordinada, en sus respectivos ámbitos y funciones, de la Corte IDH con la CIDH. Sin embargo, la Corte IDH ha tenido cuidado de no extralimitarse en el ámbito de aplicación de estas medidas, y de enfocarse en los casos de amenazas concretos que recibe. Ello la legitima como un actor fundamental en la protección de los derechos humanos en el Continente, con capacidad de actuar con prontitud y de disponer medidas que los Estados se sienten obligados a cumplir.

Es interesante notar también que una gran proporción de las medidas provisionales otorgadas de carácter tutelar, que no guardan relación con casos contenciosos, se refieren a condiciones carcelarias. Recientes muertes masivas en cárceles en diferentes países de la región demuestran que este no es un problema aislado de algunos Estados, sino obedece a una tendencia general en el Continente. La utilización de este mecanismo puede ser una contribución al mejoramiento de estas políticas a nivel de los países, lo que además puede contribuir a la implementación de medidas de carácter regional que respondan a la generalidad de este fenómeno. Así como el poder apuntar a algunos de los problemas más serios y comunes en materia de derechos humanos a nivel regional, la facultad de ordenar medidas provisionales puede ser una contribución al mejoramiento de las condiciones de protección y vigencia de los derechos humanos.

9. Conclusiones

En más de veintiocho años desde la dictación de la primera sentencia de reparaciones en un caso ejerciendo su jurisdicción contenciosa, la Corte IDH ha desarrollado una notable jurisprudencia en materia de reparaciones y de medidas cautelares. Esta jurisprudencia ha reafirmado la noción sobre la existencia de la obligación de los Estados de reparar las consecuencias que sus actos violatorios de la CADH tienen en las personas sujetas a su jurisdicción. Tan importante como dicho desarrollo, no obstante, es que la jurisprudencia de la Corte IDH se ha traducido en medidas concretas de reconocimiento de derechos a favor de víctimas de violaciones o de amenazas, expresadas materialmente en medidas de reparación, garantías de no repetición, y formas de protección y prevención.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido al reconocimiento universal del derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tal como ha sido recogido posteriormente por los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de

382 Corte IDH. *Caso comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas provisionales respecto de Colombia. Resolución de 6 de marzo de 2003, considerando 9. Ver también la primera resolución sobre esta materia: Corte IDH. *Caso de la comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de Colombia. Resolución de 24 de noviembre de 2000, considerando 7, y votos concurrentes de los jueces Abreu Burelli y García Ramírez.

383 Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario de Aragua “Cárcel de Tocarón”*. Medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de 15 de mayo de 2011, considerando 13. (énfasis agregado)

las Víctimas a la Reparación de la ONU. En efecto, en los trabajos preparatorios para la definición de los Principios Básicos se aprecia la influencia de la Corte IDH en el desarrollo de este derecho.³⁸⁴

La Corte IDH ha reconocido el derecho a la reparación de las personas naturales víctimas de violaciones a los derechos humanos, pero sin ir más allá del reconocimiento de la personalidad de derecho internacional que la Comisión de Derecho Internacional ha hecho. Al reconocer este derecho en el contexto de un mecanismo concreto que ofrece a las personas la posibilidad de litigar ante un organismo internacional, la Corte IDH no se ha excedido del actual grado de reconocimiento de actoría de las personas naturales en este ámbito. No obstante, ha declarado con claridad que la regulación del derecho a la reparación por violaciones a normas de carácter internacional está sometida al derecho internacional, y que ninguna norma de derecho interno puede ser obstáculo para su reconocimiento.

A su vez, al determinar las formas concretas de reparación, la Corte IDH ha adoptado un criterio flexible, ejerciendo su atribución para evaluar su procedencia y las medidas que mejor responden a las consecuencias directas de las violaciones cometidas. Se observa que en todos los casos en los que la Corte IDH ha establecido la existencia de una violación, ha dictado medidas para garantizar el goce de derechos, aunque dicho lenguaje haya sido usado solo en sus primeras sentencias, y en la actualidad todas las medidas caigan sobre el rótulo nominal de reparaciones. Sin embargo, en varios casos, la Corte IDH ha afirmado que la sentencia es una medida de reparación suficiente, sin decretar indemnizaciones u otras formas de reparación material. El seguimiento que ella ha hecho del cumplimiento de sus sentencias ha ayudado también a que no constituyan meros actos declarativos, sino que existan consecuencias para su incumplimiento y persista la atención sobre el caso más allá de la dictación de la sentencia.

Mediante una decisión temprana, en el caso *El Amparo vs. Venezuela*,³⁸⁵ así como del uso profuso de consideraciones de equidad para determinar los montos de las indemnizaciones y condenas en costas, la Corte IDH se ha autoeximido de parámetros precisos que regulen sus decisiones en esta materia. En ocasiones, ello facilita a víctimas en condición de pobreza y con dificultades para acreditar gastos o hechos ocurridos en el pasado lejano y en contexto de economías informales, de proveer documentación difícil de obtener. También facilita el reconocimiento de derechos a grupos masivos de víctimas, respecto de los cuales exigencias probatorias estrictas implicarían el rechazo de sus pretensiones. Si bien ello afecta la certeza jurídica que se esperaría que exista en asuntos de esta naturaleza, ello es en consonancia con la atribución establecida en el artículo 63.1. de la CADH de evaluar la procedencia o no de la reparación. Sin embargo, en ocasiones el uso de esta discrecionalidad ha llevado a la Corte IDH a evadir pronunciarse sobre ciertas cuestiones presentadas por las partes, o para no justificar con suficiencia diferencias entre la forma como los daños sufridos por ciertas personas son evaluados.

Si bien la CADH otorga un amplio grado de discrecionalidad a la Corte IDH en materia de definir si procede o no una reparación, ello no la excluye de su obligación de justificar sus decisiones. Tampoco debiera implicar necesariamente que dicha laxitud existe al momento de determinar el monto de los perjuicios inmateriales, o incluso para determinar la forma de calcular perjuicios materiales cuando no existe certeza sobre su apreciación. Su naturaleza de tribunal de única instancia, y su autoridad como intérprete de la CADH con carácter obligatorio para los Estados que han aceptado su jurisdicción contenciosa, obligan a la Corte IDH a dar razón de sus decisiones. Pero, más importante aún para fortalecer la aplicación de la CADH en el Continente es la labor persuasiva que puede lograr la Corte IDH mediante la justificación de sus decisiones. Por ello sería recomendable que se hiciera cargo con mayor profundidad de argumentar cómo llega a la definición de las medidas de reparación, incluyendo las decisiones sobre determinación de los montos de las indemnizaciones que ordena, las razones que sustentan un cambio de criterio anterior, y las razones sobre las que se acogen o rechazan las pretensiones de las partes. Los participantes: representantes, CIDH y Estados, también podrían contribuir a esto exigiendo en

384 ONU. Comisión DHONU. Informe del Relator Theo van Boven sobre el *Estudio Relativo al Derecho a Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, op. cit.

385 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, párr. 34.

sus presentaciones apego a los precedentes de la Corte IDH, y argumentando cómo dichos precedentes se ajustan o no al caso particular. Esto implica, eso sí, no exigir un apego matemático, sino considerar la *ratio juris* de esas decisiones, junto a las particularidades del caso en cuestión. Esto contribuirá a fortalecer la certeza jurídica en torno al sentido e interpretación de la CADH en materias de la obligación de reparar.

En estos veintiocho años de desarrollo, la Corte IDH ha evolucionado también desde posturas más formalistas hacia una mayor capacidad para escuchar y responder a las necesidades de las víctimas. Las medidas de reparación han adquirido mayor integralidad, reconociendo formas de afectación que en un principio no lo eran. Ello se observa particularmente en la forma de comprender el daño inmaterial, y la incorporación de la noción de daño al proyecto de vida, o las diversas formas que este pueda tomar, como perjuicios a los vínculos de familia o al desarrollo personal. Es interesante notar que este avance ha ido acompañado por la prudencia necesaria para que este concepto no se confunda con una forma adicional de reparación, sino que ha sido considerado para la incorporación de dimensiones que enriquecen el concepto de daño inmaterial o de medidas de satisfacción. No obstante, su desarrollo también ha estado caracterizado por imprecisiones, y por conceptos equívocos y a veces confusos. El reconocimiento nominal de esta noción en el primer caso en que ella apareció,³⁸⁶ pero sin traducirse en una expresión concreta, ha contribuido a la confusión. Precisiones posteriores han ayudado a definir mejor el sentido de esta institución, aunque aún es necesario mayor debate académico y jurisprudencial.

Esta evolución ha implicado también desarrollar modalidades de reparación que superan la limitación patrimonialista del derecho civil en la que el derecho a la reparación suele inspirarse. La Corte IDH ha reconocido la naturaleza especial de las violaciones de derechos humanos como acciones políticas, y la necesidad de los Estados de responder políticamente a las consecuencias de tales violaciones, y no solo patrimonialmente. También ha reconocido la importancia de las medidas simbólicas que deben acompañar a las medidas materiales. Finalmente, ha reconocido la importancia de la participación de las víctimas en la gestión de ciertas medidas de reparación, así como en medidas cautelares y tutelares.

Este desarrollo puede ser de una gran contribución a los tribunales nacionales, no solo con relación a casos sobre violaciones a los derechos humanos, sino en general para asegurar una reparación más completa a víctimas de hechos violentos. Puede contribuir a enriquecer el tratamiento que en algunas jurisdicciones locales se da a la reparación al daño, particularmente en cuanto a los perjuicios y la pérdida de oportunidades generados por un hecho traumático o por la búsqueda de justicia. Aún más, puede contribuir a profundizar el tratamiento que se da en ciertas jurisdicciones al daño inmaterial, los criterios para definirlo, el empleo de presunciones sobre el sufrimiento que hechos traumáticos causan en la víctima y sus familiares más cercanos, el empleo de un concepto amplio de beneficiarios como aquellos cuya vida se ha visto seriamente afectada por los hechos, y formas de reparación que combinan elementos materiales y simbólicos.

No obstante esta tendencia progresiva, la Corte IDH aún conserva su naturaleza de tribunal de derecho, y exige de las partes y de la CIDH fundamentar y acreditar sus peticiones. La flexibilidad adoptada, incluso para la determinación de los beneficiarios de reparación en casos de numerosas víctimas, no implica impedir al Estado presentar objeciones, argumentos o pruebas en contra. Así, la Corte IDH ha mantenido una actitud de imparcialidad y de rigurosa aplicación del principio de bilateralidad de la audiencia, a pesar de las críticas políticas que, de parte de los Estados condenados a pagar reparaciones, suele recibir.

Desde el punto de vista del derecho a recibir reparación por violaciones graves a los derechos humanos, está aún pendiente un pronunciamiento sobre la valoración que la Corte IDH hace de los mecanismos políticos o administrativos de reparación masiva, que son a veces la única respuesta posible ante violaciones sistemáticas. Programas de este tipo fueron o continúan implementados, o se pensó en su implementación, en Argentina, Chile, Guatemala, Brasil, Perú, Paraguay, Ecuador, México y

386 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. RC. 1998, párr. 153.

Colombia. La naturaleza de estos programas ha sido muy variada y no es posible hacer una evaluación de todos ellos en conjunto. La Corte IDH ha hecho mención de algunos de ellos en sus sentencias, pero ha tenido un pronunciamiento claro solo en el caso del programa brasileño.³⁸⁷ No obstante, la Corte IDH no puede pronunciarse sobre una política general de reparación, sino sobre la capacidad de estos programas de proveer reparaciones para los casos que ella conoce. Aún más, la evaluación que ella pueda hacer sobre dichos programas, al referirse específicamente a un caso, de las decenas de miles que ellos suelen incluir, no puede ser interpretada como una declaración sobre la suficiencia o insuficiencia de estos, por obedecer a lógicas diferentes.³⁸⁸

La Corte IDH debería considerar en su evaluación la diferente naturaleza de estos programas, y especialmente valorar la capacidad que algunos de ellos tienen de buscar efectivamente un equilibrio entre reparación justa y accesibilidad. Esto es de particular relevancia si se considera que la Corte IDH conoce solo de una fracción muy reducida de las violaciones que se cometen en el Continente, y que en su análisis debe favorecer mecanismos de protección que permitan el más amplio goce de derechos. Ello no será fácil de hacer para un órgano que no puede extralimitarse en su competencia de disponer la reparación a violaciones específicas. Quizás sea función de los intérpretes, activistas de derechos humanos, víctimas, académicos y políticos, comprender los diferentes ámbitos de aplicación de los criterios de reparación cuando se discuten reparaciones en sede judicial junto con políticas masivas de reconocimiento y reparación.

Una reflexión final que no puede omitirse es la pregunta sobre la efectividad de las medidas de reparación dictaminadas. Un examen somero de los casos en supervisión refleja que muchos de los incumplimientos no se refieren a los pagos ordenados, sino a investigaciones judiciales, a la ubicación, identificación y entrega de restos de desaparecidos y muertos, así como a reformas legales ordenadas por la Corte IDH. Todas estas medidas suelen sufrir de obstáculos técnicos, pero sobre todo de obstáculos políticos. Son, precisamente, estos últimos los que hacen más relevantes las medidas de reparación que dictamina la Corte IDH, pues son expresión de la resistencia de las élites que controlan el poder en esos países de introducir mejoras específicas en los mecanismos de protección de los derechos humanos. Reflejan, así, la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH, y de su facultad de adoptar medidas de reparación. Su seguimiento, sin embargo, no puede ser dejado a esta, sino a todos en aquellos países en los que estos temas son relevantes. Sin duda, deberían hacerse mayores esfuerzos para la difusión de los incumplimientos pendientes.

Sin embargo, el impacto mayor de esta jurisprudencia no debiera ser limitado al cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en los pocos casos que la Corte IDH puede resolver cada año. La Corte IDH ha precisado su jurisprudencia en torno a las diferentes dimensiones del derecho a la reparación presentadas, las que pueden tener impactos más amplios que los respectivos casos. Las decisiones permiten comprender mejor los alcances de la obligación de reparar, su relación con los mecanismos internos, la interrelación entre reparaciones individuales y colectivas, y el vínculo necesario entre las violaciones establecidas y las garantías de no repetición u otras medidas de alcance general que las partes pueden solicitar. Esto puede ser de utilidad para quienes litigan ante el SIDH, pero lo puede ser más para los operadores de justicia a nivel de cada país. El tipo de peticiones que las partes suelen hacer ante la Corte IDH pueden también hacerse ante tribunales nacionales, solicitándose el examen de convencionalidad de leyes y prácticas. En la medida que dichas solicitudes tengan vínculos directos con el caso en cuestión, podrían ser útiles para el litigio estratégico en derechos humanos. Precisamente, debieran ser los tribunales locales los instrumentos preferidos para la protección de los derechos de las personas, por cuestiones obvias de accesibilidad y pertinencia.

387 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010, párrs. 303, 309-311.

388 Difícilmente es posible, o incluso conveniente, utilizar el criterio de la restitución al estado anterior de cosas para definir un programa masivo de reparación en el que por el número y condición de las víctimas, no se aconseja realizar una evaluación individual de los daños.

CAPÍTULO IX- DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.
2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje serán fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

Bibliografía

Referencias académicas

BRUBAKER, J. R. "The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication". 26 Berkeley J. Int'l Law 111, 2008.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del Siglo XXI*. Vol. 46, IIDH, San José, 2007.

De ALBUQUERQUE MELLO, C. D. *Curso de direito internacional público*. 14ª ed., Livraria li Editora Renovar Ltda., Rio de Janeiro e São Paulo, 2002.

DREIER, H. (coord.) *Grundgesetz Kommentar. Vol. 2. [Art. 20 – 82]*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. “La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y desafíos”, en MENDÉZ, J. E. y COX, F. (coords.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

IKAWA, D., et al. “Introdução à Parte VI.A: O Sistema Internacional de direitos humanos”, en PIOVESAN, F. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. DPJ, São Paulo, 2008.

LIMBACH, J. “Im Namen des Volkes”. *Macht und Verantwortung der Richter*, 1999.

MACKENZIE, R. y SANDS, P. “International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 271-285.

MARTINS, L. *Derecho procesal constitucional alemán*. Porrúa, México, 2012.

PERNICE, I. “Comentários ao Art. 95 GG”, en DREIER H. (coord.) *Grundgesetz Kommentar. Vol. 2. [Art. 20 – 82]*. 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

PIEROTH, B. “Comentários aos Art. 97 y 98 GG”, en JARASS H. D. y PIEROTH B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*. 11ª ed., Beck, Munich, 2011.

PIOVESAN, F. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. DPJ, São Paulo, 2008.

RAINEY, B. et al. *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*. 6ª ed., Oxford University Press, 2014.

RUIZ-CHIRIBOGA, O. “The Independence of the Inter-American Judge”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (1), 2012, pp. 111-135.

SCHÖNSTEINER, J. “Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in the Inter-American System of Human Rights”. *Revista IIDH*, vol. 46, 2007.

SCHULZE-FIELITZ, H. “Comentários aos Art. 97 y 98 GG”, en DREIER, H. (coord.) *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 3 [Art. 83-146], 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

Contenido

1. Introducción: sobre las “disposiciones comunes”	1102
2. Sistema de garantías y prerrogativas y sus propósitos	1102
3. Capacidad funcional de la Corte IDH y de la CIDH	1103
4. Garantías y prerrogativas en especie	1103
4.1. Inmunidades y privilegios diplomáticos (artículo 70.1. de la CADH).....	1103
4.2. Principio de libre convencimiento judicial y discrecionalidad (artículo 70.2. de la CADH)	1105
4.3. Independencia e incompatibilidades (artículo 71 de la CADH, primera alternativa).....	1106
4.4. Imparcialidad e incompatibilidades (artículo 71 de la CADH, segunda alternativa).....	1108
4.5. Honorarios y gastos de viaje (artículo 72 de la CADH, primera frase)	1109
4.6. Programa-presupuesto de la OEA (artículo 72, segunda a cuarta frase).....	1109
5. Procedimientos contra miembros de la Corte IDH y de la CIDH (artículo 73 de la CADH)	1111

1. Introducción: sobre las “disposiciones comunes”

El capítulo IX de la CADH titulado “disposiciones comunes”, cierra la Parte II de la CADH,¹ y, con esto, su cuerpo normativo (derecho material, de la Parte I, y derecho procesal, de la Parte II). El capítulo contiene cuatro artículos que definen garantías y prerrogativas aplicables tanto a los miembros de la CIDH, como a los jueces de la Corte IDH. Se trata de la corroboración de la elección política de los Estados partes presentes en el momento de la adopción de la CADH, por la equiparación de los órganos responsables, respectivamente, por el impulso oficial,² el establecimiento de procedimientos, fiscalización y consulta, por un lado, y por los mecanismos sancionatorios de las acciones propuestas, por otro lado.

Esa “comunidad” de dispositivos entre Corte IDH y CIDH tiene en cuenta el trabajo conjunto de los dos órganos: la CIDH tiene el *ius postulandi* –junto a la Corte IDH–, teniendo discrecionalidad para presentar o no un caso a la misma. Una vez que se recibe la petición de una presunta víctima de violación de derechos humanos, la CIDH evalúa si están presentes los presupuestos de admisibilidad de los artículos 46 y 47 de la CADH,³ enseguida busca una solución amistosa entre las partes,⁴ de no alcanzarse tal solución, presenta entonces el caso a la Corte IDH, actuando como defensora de los derechos de la víctima frente al Estado acusado. Acumula, por lo tanto, las funciones de fiscal de la observancia de la CADH, responsable por el juicio de admisibilidad de procedimientos jurisdiccionales, y es también parte ante la Corte IDH.⁵

Por eso, apreciados en su conjunto, los cuatro dispositivos revelan un sistema de garantías y prerrogativas judiciales que debe ser interpretado teniendo en cuenta su propósito, a saber: asegurar la plena capacidad funcional de la CIDH y de la Corte IDH, y su principal objetivo de hacer efectiva la CADH. A partir de esa comprensión sistemática, se simplifica la tarea de investigar el alcance preciso de las prerrogativas y garantías en especie. Sin embargo, es importante advertir que las cuestiones reglamentadas por el artículo 73 (reserva de foro e instauración de procedimientos disciplinarios contra miembros de la Corte IDH y CIDH) deben ser apreciadas de manera excepcional.

2. Sistema de garantías y prerrogativas y sus propósitos

Como se señaló, las garantías y prerrogativas establecidas por los artículos 70 a 73 de la CADH constituyen un sistema normativo que tiene como objetivo asegurar la plena capacidad funcional tanto de la Corte IDH como de la CIDH. Esta premisa debe orientar la interpretación del alcance y efectos concretos de dichas garantías y prerrogativas, así como de los estatutos y reglamentos de los dos órganos,⁶ cuyos miembros son los titulares; estas garantías y prerrogativas van desde la específica

1 Sobre la Parte II, que creó el SIDH y los mecanismos de supervisión de la CADH, ver Ikawa, D., et al. “Introdução à Parte VI.A: O Sistema Internacional de direitos humanos”, en Piovesan, F. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. DPJ, São Paulo, 2008, pp. 1136-1158.

2 Cfr. Ikawa, D., et al., op. cit., DPJ, São Paulo, 2008, p. 1154. Asimismo, sobre la competencia de la CIDH, ver el comentario al artículo 61 (competencia y funciones de la Corte IDH) a cargo de Nuño.

3 Ver los comentarios a los artículos 46 y 47 (competencia de la CIDH) a cargo de Tojo.

4 Ver los comentarios a los artículos 48 a 51 (procedimiento ante la CIDH) a cargo de Tojo.

5 Esta doble función ha sido criticada, cfr. Cançado Trindade, A. A. *La persona humana como sujeto del derecho internacional: Avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del Siglo XXI*. IIDH, San José, vol. 46, 2007, p. 283. El autor señala esa ambigüedad de la CIDH, al ser representante de las presuntas víctimas y al mismo tiempo cumplir la función de *gustos legos* de la CADH.

6 Esto debido a que los estatutos y reglamentos, como derecho comunitario secundario, tienen que ser compatibles con los parámetros convencionales, derivados directamente de la CADH. Al respecto, ver Dreier, H. (coord.) *Grundgesetz Kommentar*; vol. 2. [Art. 20 – 82]. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 535 y ss. Bajo el epígrafe del “auto-vínculo de la comunidad jurídica mundial” trata de la “constitucionalización de la comunidad de Estados” que limita la autonomía convencional de los Estados soberanos. Si la CADH fuere incompatible con el *ius cogens* del derecho internacional público, haría parte del bloque de constitucionalidad dependiendo de la admisión por sus normas. De ahí, que se exija

garantía del resarcimiento de gastos de viajes (artículo 72), hasta las garantías más genéricas de independencia e imparcialidad (artículo 71), que requieren un mayor esfuerzo hermenéutico.⁷

3. Capacidad funcional de la Corte IDH y de la CIDH

El garantizar la capacidad funcional de la Corte IDH y la CIDH, considerando el principal objetivo de los dos órganos de hacer efectiva la CADH dándole fuerza normativa, debe ser el propósito que guíe el control de convencionalidad del derecho convencional sumario (o derivado),⁸ y de eventuales medidas administrativas, y hasta jurisprudenciales, de los países signatarios de la CADH.

En ese sentido, la capacidad funcional de la Corte IDH estará garantizada si, en primer lugar, le es sometido un número razonable de casos, a fin de hacer efectiva su función y evitar una sobrecarga de trabajo.⁹ En segundo lugar, el buen funcionamiento se asegura mediante la independencia funcional, tanto material como personal de la Corte IDH y de sus miembros, considerando la confianza (una de las principales acepciones del Estado de Derecho) de los Estados partes y de los particulares de la imparcialidad de sus decisiones. Por tanto, la Corte IDH debe estar libre de presiones provenientes de agentes políticos y/o, sobretodo, de agentes económicos públicos o privados.¹⁰

A su vez, la capacidad funcional de la CIDH estará garantizada, si los recursos humanos y materiales disponibles para sus miembros son suficientes para el cumplimiento de su principal función, tal como está definido por el artículo 41 de la CADH.

4. Garantías y prerrogativas en especie

4.1. Inmunidades y privilegios diplomáticos (artículo 70.1. de la CADH)

La delimitación conceptual entre inmunidades y privilegios diplomáticos es bastante tenue, pues mucho se especula sobre lo que los diferencia y lo que los asemeja. Las inmunidades son garantías positivizadas, prohibiciones al Estado de ejercer su poder con relación a determinado agente. A su

la observancia por parte de los poderes constituidos (Corte IDH y CIDH) de los parámetros constituyentes-convencionales derivados de la CADH.

7 En general, el mayor grado de necesidad de enrolamiento hermenéutico es responsable por aperturas discrecionales al intérprete. Sin embargo, conceptos jurídicos indeterminados no pueden justificar una interpretación hermenéutica arbitraria. De acuerdo con la conocida teoría de la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales –perfectamente aplicable a los derechos humanos tutelados por la CADH–, los conceptos jurídicos indeterminados deben ser usados para hacer reconocer la fuerza normativa de los parámetros, que son aquí convencionales, también para la interpretación de cualquier dispositivo normativo infra-convencional, no solamente por la Corte IDH y la CIDH, sino también por los órganos judiciales de los Estados parte. Como se trata de garantías funcionales, estas pueden y deben ser interpretadas también al analizar las actuaciones de la Corte IDH y la CIDH, en el sentido de exigir de sus miembros cierta carga argumentativa toda vez que algún derecho humano establecido en la CADH sea pertinente (apertura de su ámbito de protección normativa).

8 Aquí puede aplicarse el concepto de “derecho convencional secundario”, o “derecho convencional derivado” en paralelo al uso europeo del “derecho secundario de la Unión Europea”, que engloba todos los actos normativos de los órganos de la Unión, enfatizando las directrices de la Unión Europea que tengan fundamento en el Tratado de la Unión Europea o en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que componen juntos el derecho primario, además de actos normativos con fundamento en delegaciones (*Ermächtigung*) derivadas de otro acto normativo infra-convencional. En el SIDH, el derecho convencional secundario está compuesto por los estatutos, reglamentos y demás normas de la Corte IDH y la CIDH dentro del cuadro convencional de la CADH.

9 Con relación a este aspecto se tienen normas de organización y procedimiento establecidas por la propia CADH. Ver los comentarios a los artículos 52 a 60 (organización de la Corte IDH) a cargo de Nuño.

10 Cfr: los comentarios de Schulze-Fielitz, H. “Comentarios aos Art. 97 y 98 GG”, en DREIER, H. (coord.) *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 3 [Art. 83-146], 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 567 a 597.

vez, los privilegios corresponderían a concesiones de ventajas.¹¹ Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional tienden a usar los dos términos como sinónimos, o a establecer una relación género-especie, por la cual las inmunidades configurarían especies del género “privilegios diplomáticos”.¹²

Una vez electo el juez de la Corte IDH o miembro de la CIDH, este goza, primero, “de las *inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el Derecho Internacional*”, a partir de la confirmación de su elección y hasta el término de su mandato. Como el dispositivo no excluye ninguna inmunidad destinada a agentes diplomáticos, debe entenderse que el legislador convencional extendió a los jueces y comisionados, en principio, todas las inmunidades diplomáticas establecidas por la Convención sobre la Condición de los Extranjeros de 1928, y por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

La inmunidad diplomática, en sentido amplio, es el conjunto de garantías legales de las cuales gozan los agentes diplomáticos y que limitan el poder del Estado en donde el beneficiario de la inmunidad ejerce sus funciones.¹³ Las principales garantías reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos fueron sintéticamente recogidas en la Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la cual en su artículo 31 establece la “inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor; inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa”.¹⁴

En segundo lugar, los jueces de la Corte IDH y miembros de la CIDH, gozan de “privilegios diplomáticos”, a partir del término inicial hasta el término final del ejercicio del mandato y “en el ejercicio de sus cargos”. Los privilegios diplomáticos de los cuales los jueces de la Corte IDH y miembros de la CIDH pueden ser titulares deben ser “necesarios para el desempeño de sus funciones”. Al señalar que deben ser necesarios, es evidente que la interpretación de la norma debe ser la más restrictiva posible, en el sentido de buscar la adecuación y el menor impacto posible en el entorno normativo, valga decir, la búsqueda de la mayor observancia posible de la igualdad en el contexto de órdenes jurídico y administrativo nacionales.¹⁵

Entre los privilegios diplomáticos más reconocidos internacionalmente se encuentran las referidas inmunidades, pero existen otros como la libertad de circulación, u otros igualmente necesarios que reconozca u otorgue el Estado receptor para el idóneo ejercicio de las funciones del juez o comisionado, y que van más allá del concepto de inmunidad.

El convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte IDH ha establecido las siguientes inmunidades y privilegios puntuales para los funcionarios de la Corte IDH en su artículo 10:

La Corte [IDH] gozará en la República de Costa Rica de una total franquicia postal y de un tratamiento favorable en sus comunicaciones oficiales, igual al otorgado a las misiones diplomáticas con respecto a prioridades, tarifas o impuestos a los cables, télex, telegramas, radiotelegramas, teléfonos y otros medios de comunicación, así como también en las tarifas de prensa para materiales de información destinados a la publicidad por cualquier medio.

A su vez, el artículo 11 del mismo convenio –haciendo referencia expresa del artículo 70 de la CADH–, reconoció a los jueces de la Corte IDH las inmunidades y privilegios conferidas a los jefes de misiones diplomáticas acreditadas ante el Gobierno de ese país:

11 Ver De Albuquerque Mello, C. D. *Curso de direito internacional público*. 14ª ed., Livraria li Editora Renovar Ltda., Rio de Janeiro e São Paulo, 2002, p. 1360.

12 *Idem*.

13 Cfr. De Albuquerque Mello, C. D., *op. cit.*, pp. 1335-1362.

14 Cfr. *Ibidem*, pp. 1342-1346.

15 Una de las consideraciones señaladas en el preámbulo de la CVDT establece: “[r]econociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas”.

De conformidad con el artículo 70 de la C[ADH] los jueces gozarán, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de todas las inmunidades y privilegios, exenciones y franquicias reconocidas a los jefes de misiones diplomáticas acreditados ante el Gobierno de la República [...].

El mismo artículo 11 del convenio, si bien en principio restringe los privilegios fiscales a jueces *costarricenses*, establece una ‘excepción a la excepción’ respecto a los actos oficiales o los relacionados con su labor como miembros de la Corte IDH:

[...] el Gobierno de Costa Rica no reconocerá exenciones o franquicias fiscales o patrimoniales a los jueces que sean nacionales del país [...] salvo respecto de sus actos oficiales o de su relación de servicio con la Corte, pero, en todo caso, no estarán sujetos a medidas de restricción, ejecución o compulsión, administrativas o judiciales, mientras su inmunidad no les sea levantada por la Corte.

El análisis sistemático de las disposiciones de la CADH y del convenio entre Costa Rica y la Corte IDH, revela la preocupación legislativo-convencional de dejar a un lado las tradiciones patrimonialistas de muchos países latinoamericanos al establecer reservas a los privilegios e inmunidades.¹⁶ Con esto, sin obviamente desconocer la gran importancia de los respectivos cargos de juez de la Corte IDH o comisionado, el legislador convencional evita crear los presupuestos legislativos de una ‘aristocracia judicial/comisional’ que sería incompatible con el espíritu democrático de Estado de Derecho de la CADH.

4.2. Principio de libre convencimiento judicial y discrecionalidad (artículo 70.2. de la CADH)

La norma del artículo 70.2. consagra, primero, en el caso de su aplicación a los jueces de la Corte IDH, el conocido principio del *libre convencimiento judicial*, pues el no exigir su responsabilidad por las decisiones adoptadas en el ejercicio de su función jurisdiccional es, en el ámbito técnico-jurídico, un presupuesto sumamente relevante de la independencia judicial. Se trata de un típico postulado de la función jurisdiccional de cualquier Estado, aquí, con la equivalencia respectiva para ese órgano de la OEA. La única excepción probable para el establecimiento de responsabilidades jurídicas podría darse en caso de prevaricación.

En el caso específico de su aplicación a los miembros de la CIDH, estos cuentan con una discrecionalidad, también en paralelo a la que existe en el plano procesal nacional. Se tiene, en todo caso, una garantía extendida a la función esencial a la administración de justicia con el otorgamiento de la legitimidad *ad causam* para acceder a la jurisdicción de la Corte IDH.¹⁷

El libre convencimiento judicial significa precisamente la no vinculación de los miembros de la Corte IDH a ningún método hermenéutico o escuela teórica en su función de intérprete privilegiado de la CADH. La Corte IDH se encuentra vinculada –como órgano jurisdiccional–, únicamente a la CADH. La CIDH, como órgano consultivo especial de la OEA, está vinculada a la Carta de la OEA de 1948 y, tras la enmienda de la Carta por el Protocolo de Buenos Aires de 1970 (cuando adquirió estatus convencional), también a la CADH.

Sin embargo, en correspondencia con el estándar y la tradición jurídica de los países latinoamericanos miembros de la OEA –que parten del sistema legal de fuentes del derecho–, el principio del libre convencimiento judicial no podría ser aplicado a fin de justificar una decisión notoriamente parcial o

16 Así, tales reservas abren cierto margen discrecional al Estado acreditado, tal cual en la dogmática de los derechos fundamentales el constituyente originario hace a favor del legislador ordinario. Eso para que el Estado acreditado pueda evaluar la proporcionalidad de los privilegios e inmunidades a la tutela de la capacidad funcional de la Corte IDH y de la CIDH.

17 Así, cualquier asunto que deba ser conocido por la Corte IDH en vía contenciosa deberá haber pasado el filtro previo de la CIDH. *Ver* comentario al artículo 61 (competencia y funciones de la Corte IDH) a cargo de Nuño.

arbitraria.¹⁸ El libre convencimiento tiene que ser motivado por la interpretación de los dispositivos convencionales, a los cuales también los jueces se encuentran, así como todos los demás destinatarios, vinculados.

En cuanto a la discrecionalidad de la CIDH, esta, desde luego, también tiene límites, tanto en su tarea de someter casos a la Corte IDH después de realizar el control previo de admisibilidad, como en la de emitir opiniones, hacer recomendaciones a los gobiernos, sugerir protocolos complementarios a la CADH, y con todas las funciones y atribuciones definidas en los artículos 18 a 20 de su Estatuto con relación, respectivamente, a los Estados miembros de la OEA, a los Estados partes de la CADH, y a los Estados miembros de la OEA que no son signatarios de la CADH. En este sentido, no puede ignorar u omitir sus funciones o competencias, como tampoco puede ir más allá de ellas. Para ejercer su competencia dentro de su espacio discrecional, los miembros de la CIDH deben conocer a profundidad la jurisprudencia de la Corte IDH y mantenerse actualizados sobre los desarrollos del derecho internacional público.

4.3. Independencia e incompatibilidades (artículo 71 de la CADH, primera alternativa)

La literatura especializada¹⁹ trata de manera indistinta las garantías de independencia e imparcialidad, debido a que la disposición en cuestión, según su propio contenido, busca asegurar dicha independencia/imparcialidad mediante la restricción del ejercicio de otras actividades por los jueces o comisionados, las cuales pudieren afectar su independencia o imparcialidad como miembros de dichos órganos. Sin embargo, estas garantías pueden y deben ser tratadas autónomamente, aunque exista de hecho un nexo lógico entre ambas. Así, la independencia material y personal de un órgano se determina, pero no se confunde con su imparcialidad, ni la asegura, así esta sea el principal objetivo de aquella.²⁰

Un aspecto común en ambas es también la referencia que hace la CADH a los “respectivos Estatutos”. Analizando el parámetro convencional, primero solamente frente a la garantía de independencia, se tiene que esta puede ser definida como estar libre de órdenes o presiones externas, sin que por intermedio de esto deban ser admitidos “privilegios estamentales”.²¹ Esto, debido a que no puede ejercerse justicia en el Estado de Derecho sin la debida “independencia [de los] jueces contra [influencia externa] para la toma de decisiones”.²²

En el ámbito nacional, se asegura la independencia ‘personal’ en oposición a la independencia ‘material’ (íntimamente ligada a la garantía de imparcialidad), *a favor de los sometidos a la jurisdicción*, por medio de garantías muchas veces establecidas en el texto constitucional como las de establecer

18 Aunque sea difícil trazar un límite, cualquier acto de arbitrariedad evidente debe ser rechazado en el filtro interno de los jueces. También la jurisprudencia consolidada de la propia Corte IDH sirve como un indicativo para evitar cualquier arbitrariedad. Sobre este asunto, específicamente tratando de la independencia material del magistrado ante el propio Poder Judicial, ver Schulze-Fielitz, H., *op. cit.*, p. 589. El autor afirma que: “[...] no [puede entenderse como una] restricción de la independencia material, sino como una consecuencia necesaria del principio colegial que los jueces miembros de órganos judiciales procuren, por la vía del convencimiento, ejercer influencia uno sobre el otro. El control colegial recíproco es [al contrario] un instrumento decisivo de la garantía de calidad de la jurisprudencia”.

19 Cfr., entre otros, Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004. Faúndez Ledesma, H. “La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y desafíos”, en Méndez, J. y Cox, F. (coords.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 186-210. Mackenzie, R. y Sands, P. “International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 271-285. Ruiz-Chiriboga, O. “The Independence of the Inter-American Judge”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (1), 2012, pp. 111-135. Schönsteiner, J. “Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in the Inter-American System of Human Rights”. *Revista IIDH*, vol. 46, 2007, pp. 197-215.

20 Sobre la distinción entre independencia material e independencia personal, ver Schulze-Fielitz, H., *op. cit.*, p. 576.

21 *Idem*.

22 Para ahondar más en este tema, cfr: Limbach, J. “Im Namen des Volkes”. *Macht und Verantwortung der Richter*, 1999, pp. 96 y ss. y Schulze-Fielitz, H., *op. cit.*

cargos vitalicios, la inamovilidad, y contar con subsidios irreductibles.²³ Tales garantías deben asegurar que el juez pueda decidir sin preocupación o presiones por las decisiones tomadas en el ejercicio de su cargo, lo que, obviamente, fomenta indirectamente su imparcialidad.

Ahora, si bien de la lectura de la CADH sería posible determinar que el establecimiento de mandatos fijos de seis años para el cargo de juez de la Corte IDH, prorrogables por una única vez,²⁴ no permite el establecimiento de dichas garantías (en el contexto de interpretación del artículo 71, primera alternativa, de la CADH), no obstante, la garantía de independencia de los jueces de la Corte IDH implica concretamente la *no subordinación a los respectivos poderes ejecutivos de sus países o a cualquier otro organismo internacional*.²⁵ Como establece el Estatuto de la Corte IDH en su artículo 18.1., entre los principales cargos y actividades incompatibles se destacan los siguientes:

- a) los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean jefes de misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros;
- b) los de funcionarios de organismos internacionales;
- c) cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.

En el caso de la garantía de independencia de los miembros de la CIDH, no se establece en el artículo 8.1. un listado de cargos o actividades incompatibles con la función de Comisionado, solo se determina que:

1. El cargo de miembro de la C[IDH] es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieren afectar su independencia, su imparcialidad, o la dignidad o el prestigio de su cargo en la C[IDH].

Esa apertura implica, una vez más, que el *ethos* profesional sea desarrollado por los propios miembros de la CIDH, una vez que se trata, también en su caso –y a pesar de ser un órgano de naturaleza política y no judicial– de cuidar su reputación e imagen junto a la institucional.²⁶ Además de esto, el artículo 4.1. del Reglamento de la CIDH establece, en paralelo, los “plazos de cuarentena” –muy bien conocidos en el ámbito nacional– tras el término de mandatos y cargos públicos, y las prohibiciones/reservas de representación de personas y Estados tras dos años después del término del respectivo mandato.²⁷

23 Cfr. artículo 95 de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 5 de octubre de 1988.

24 De *conventione ferenda*, sería más acertado seguir lo establecido por el constituyente alemán y establecer un mandato con mayor duración (12 años) sin posibilidad de reelección inmediata o futura. Cfr. Martins, L. *Derecho procesal constitucional alemán*. Porrúa, México, 2012.

25 Como lo señala el jurista Héctor Faúndez: “[...] el Estatuto de la Corte [IDH] contempla expresamente la incompatibilidad del cargo de [J]uez de la Corte [IDH] con el de miembro o alto funcionario del poder ejecutivo”. Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, op. cit., p. 195.

26 El jurista Héctor Faúndez lo enfatiza con mucha precisión, revelando inclusive un ejemplo concreto, en los siguientes términos: “[...] el artículo 8 del citado Estatuto establece, simplemente, que el cargo de miembro de la C[IDH] es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieran afectar su independencia o imparcialidad, o la dignidad o prestigio de su cargo en la C[IDH], pero no menciona específicamente ningún cargo o actividad que –por su naturaleza– sea incompatible con la condición de miembro de la C[IDH] [...]. Sin duda, un ministro de Estado, un funcionario público, un juez (cualquiera que sea su categoría), o un miembro de una asamblea legislativa (nacional o provincial), estaría impedido de ser miembro de la C[IDH] sin que, previamente, renuncie a cualquiera de las condiciones antes mencionadas. Esta incompatibilidad *puede presentarse con posterioridad*, obligando al comisionado a optar entre uno u otro cargo; pero no puede ejercer ambos. En este sentido, la renuncia presentada por la comisionada Marta Altolaguirre el 1 de septiembre de 2003, siendo presidenta de la C[IDH], en momentos en que había postulado su nombre como candidata a una asamblea parlamentaria, ‘para garantizar que ninguna sombra de duda afect[ara] la credibilidad de la C[IDH]’, constituye un precedente de trascendental importancia ética y política”. Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, op. cit., p. 146. (énfasis agregado)

27 “El artículo 4, n.º 1, del Reglamento de la C[IDH] reitera lo estipulado por el artículo 8 del Estatuto, y agrega que, en el momento de asumir sus funciones, los miembros de la C[IDH] se comprometerán a no representar a víctimas o a sus familiares, ni a Estados, en medidas cautelares, peticiones y casos individuales ante la C[IDH], por un plazo de

4.4. Imparcialidad e incompatibilidades (artículo 71 de la CADH, segunda alternativa)

Además de la independencia, los jueces de la Corte IDH y los miembros de la CIDH son titulares de garantías y prohibiciones/reservas que, específicamente, tienen como objetivo asegurar su imparcialidad. Aquí el acento recae, sin duda, en el órgano judicial que es la Corte IDH, ya que la importancia de esta garantía para la CIDH se limita a que sus miembros estén libres de prejuicios u orientaciones o influencias externas (incluso no vinculantes) provenientes de cualquier órgano gubernamental o no gubernamental. Sin embargo, es importante recalcar que tratándose de un órgano político por excelencia, como lo es la CIDH, cuya tarea es la promoción y observancia de los derechos humanos, este cuenta con un poder discrecional sensiblemente mayor al de la Corte IDH (cuya competencia necesita ser activada).

Las siguientes prohibiciones, previstas en el artículo 19 del Estatuto de la Corte IDH relativas al impedimento, las excusas e inhabilitación, establecen parámetros mucho más específicos para asegurar la imparcialidad de este órgano:

1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte [IDH].
2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerase que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si este no la aceptare, la Corte [IDH] decidirá.
3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte [IDH] decidirá.
4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la C[ADH] que en una sesión del Consejo Permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Al respecto de la imparcialidad de la Corte IDH, el *ethos* profesional ejerce también un papel bastante relevante. En este punto, el trabajo de fundamentación rigurosa de las decisiones de la Corte IDH tiene el efecto de, a largo plazo, estabilizar el sistema de protección de los derechos tutelados por la CADH. Esto, porque la ya mencionada libertad de selección del método no dispensa la fundamentación de las decisiones mediante una argumentación racional y metódica.²⁸ En otras palabras, la libertad en la elección del método no implica una ausencia de método. La vinculación a la CADH no puede, por tanto, —como ocurre con la relación a cualquier parámetro normativo abstracto—, ser considerado como una excepción de la independencia material del juez. Por el contrario, se trata de la “expresión de la legitimación material-democrática”,²⁹ de cualquier órgano judicial, tal y como ocurre en el sistema de fuentes del *common law*. Teniendo en cuenta el diálogo internacional cada vez más intenso no solamente entre fuentes jurídicas, sino también entre sistemas jurídicos distintos.

De la interpretación sistemática del artículo 70.2. se desprende que los miembros de la Corte IDH no pueden, en principio, ser sancionados por sus opiniones y decisiones jurídicas establecidas en sus votos; sin embargo, esta prerrogativa judicial no puede ser entendida en el sentido de eximir a la Corte IDH de un análisis crítico de su jurisprudencia por la academia y la comunidad jurídica en general. En este sentido, la Corte IDH debe encontrar, como ya fue mencionado, un punto de equilibrio

dos años, contados a partir del cese de su mandato como miembros de la C[IDH]”. Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, op. cit., p. 146.

28 Schulze-Fielitz, H., op. cit., p. 579.

29 *Idem*.

entre una timidez u omisión no convencional frente a cuestiones macro políticas implícitas en la interpretación de dispositivos de la CADH y un activismo exagerado capaz de transformarla de guardiana a ‘dueña’ de la CADH.³⁰ Es imprescindible que los dos órganos, pero sobre todo la Corte IDH, encaminen su actuar independiente guiados en la “transparencia, la responsabilidad, el conocimiento especializado y en el compromiso con la protección de los derechos humanos”.³¹

4.5. Honorarios y gastos de viaje (artículo 72 de la CADH, primera frase)

Los redactores de la CADH delegaron a la legislación convencional secundaria, específicamente a los Estatutos de los dos órganos, la forma y las condiciones de los honorarios y gastos de viaje que deben ser percibidos por sus respectivos miembros.

Según el artículo 26 del Estatuto de la Corte IDH, que trata del presupuesto y el régimen financiero:

1. La Corte [IDH] elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General de la OEA, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducir modificaciones.
2. La Corte administrará su presupuesto.

Ahora, el artículo 13 del Estatuto de la CIDH establece que:

Los miembros de la C[IDH] percibirán gastos de viaje, viáticos y honorarios, según corresponda, por su participación en las sesiones de la C[IDH] o en otras funciones que la C[IDH], de acuerdo con su Reglamento, les encomiende individual o colectivamente. Tales gastos de viaje, viáticos y honorarios se incluirán en el presupuesto de la O[EA] y su monto y condiciones serán determinados por la Asamblea General.

Las disposiciones transcritas otorgan al legislador secundario un margen discrecional ilimitado con el propósito de establecer los honorarios y gastos de viaje para que estos sean establecidos en consonancia con “la importancia e independencia” de las funciones desempeñadas. Se trata aquí, nuevamente, del inevitable uso de conceptos jurídicos indeterminados, cuya configuración puede ser establecida con base en criterios ya aludidos. La indudable importancia de los dos órganos y sus miembros debe ser siempre vigorosamente defendida; esto debe, sin embargo, ocurrir en el espíritu republicano frente al claro propósito de asegurar la independencia funcional a favor de la capacidad funcional, esto es, por lo regular, el debido e idóneo ejercicio de sus funciones convencionales.

Una vez establecidos y determinados tales parámetros, las normas estatutarias hoy vigentes son en sí convencionales, pero siempre deben ser interpretadas a la luz de los dispositivos convencionales. También su alteración debe pasar siempre por el filtro convencional.

4.6. Programa-presupuesto de la OEA (artículo 72, segunda a cuarta frase)

Además de delegar un ilimitado poder normativo discrecional al legislador estatutario, el artículo 72 de la CADH, en sus frases segunda a cuarta, establece una instancia de control de presupuesto externo: la Asamblea General de la OEA.

30 Este juego de palabras se ha tornado casi un lugar común en la discusión germánica sobre el papel del Tribunal Constitucional Federal de aquel país. Para una introducción sobre el tema, ver Martins, L., *op. cit.*, pp. 1-6.

31 “Debido al papel crucial que los órganos del [SIDH] juegan en los procedimientos e interpretación de la CADH, es vital la transparencia, responsabilidad [accountability], conocimientos y compromiso con la protección de los derechos humanos, así como con la independencia a lo largo del tiempo. Usualmente, la ética profesional es una herramienta muy importante para la protección de los derechos humanos. Sin embargo, la estabilidad del sistema a largo plazo parece sugerir que tanto los encargados por mandato, y los usuarios del sistema deberían (otorgarles también) garantías institucionales (que acompañen los estándares éticos y profesionales) [...]”. Cfr: Schönsteiner, J., *op. cit.*, p. 203. (traducción libre)

Primero, “tales honorarios y gastos de viaje serán fijados en el programa-presupuesto de la O[EA]” conjuntamente con los gastos ordinarios de la Corte IDH y su Secretaría. Segundo, se atribuye a la Corte IDH el derecho de iniciativa legislativa del presupuesto. El propio proyecto de presupuesto de la Corte IDH debe ser entonces sometido a la aprobación de la Asamblea General por su Secretaría General.

En el derecho regional secundario, el artículo 18 del Estatuto de la CIDH establece que como parte de las funciones y atribuciones frente a los Estados miembros, la CIDH puede presentar al Secretario General de la OEA su programa-presupuesto para que este a su vez lo someta a la Asamblea General.³²

Por último, la CADH prohíbe a la Secretaría General introducir cambios en el proyecto original del presupuesto presentado por la Corte IDH.

Al analizar estos procedimientos, y la relación que entrañan los dos órganos con la Asamblea General de la OEA, surgen las siguientes interrogantes: ¿Puede la Asamblea General de la OEA enmendar el proyecto presentado por la Corte IDH? En caso afirmativo, ¿cómo compatibilizar esto con la garantía de independencia de la propia Corte IDH? y ¿existen particularidades que deban ser tomadas en cuenta en el caso del presupuesto de la CIDH? Esto debido a que a partir de la segunda frase del artículo 72 de la CADH no se hace mayor referencia a dicho órgano. A continuación tratamos de dar respuesta.

Primero, de acuerdo con la Carta de la OEA, corresponde a la Asamblea General aprobar el programa-presupuesto que es presentado por la Secretaría General,³³ y sometido a una Comisión Preparatoria de la propia Asamblea, la cual examinará el proyecto y presentará un informe con las recomendaciones que juzgue pertinentes.³⁴ Enseguida, la Asamblea General aprueba el proyecto de presupuesto y fija las cuotas de los Estados miembros.³⁵ Las disposiciones en comento prohíben cambios del presupuesto original presentados por la Corte IDH y la CIDH, sin embargo, la Comisión Preparatoria puede sugerir cambios en el proyecto, y corresponde a la Asamblea General acatar o no los cambios en los presupuestos presentados.

Segundo, debido a que el presupuesto de la Corte IDH es sometido a los cambios sugeridos por la Comisión Preparatoria, y de este modo sí sería posible enmendar el proyecto original presentado, hay de hecho una relativización de la independencia de la Corte IDH que solamente podría ser subsanada con la reforma del respectivo parámetro de la Carta de la OEA.

Tercero, los proyectos de presupuesto de la CIDH también son elaborados por los órganos de la Secretaría General de la OEA, en los términos de sus Estatutos y de la CADH, quien, a su vez, los incluirá en el proyecto de programa-presupuesto, y someterá a la Comisión Preparatoria y, posteriormente, a la propia Asamblea General.³⁶

32 Anteriormente, el presupuesto de la Corte IDH, como el de la CIDH, han sido objeto de críticas por parte de algunos Estados partes que defienden la reforma del SIDH. En la votación del presupuesto para el año de 2013, la ampliación de los presupuestos fue criticada manifiestamente por los representantes de Bolivia, Venezuela y Nicaragua que estuvieron en contra del aumento y quisieron, inclusive, condicionar el aumento del presupuesto a las medidas de reforma del sistema interamericano de defensa de los derechos humanos. Además de esto, ver el proyecto de resolución del Programa-Presupuesto de la Organización para 2013 y contribuciones para el FEMCIDI (Acordado por el Consejo Permanente, en la sesión extraordinaria realizada el 14 de noviembre de 2012) AG/doc.9 (XLIIE/12). Inclusive se ha propuesto la supresión de la CIDH, siguiendo el camino por el que atravesó el sistema europeo de derechos humanos. Cfr: Rainey, B. et al. *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*. 6ª ed., Oxford University Press, 2014.

33 Cfr: Carta de la OEA, artículo 112.c.

34 Cfr: *Ibidem*, artículo 60.c.

35 Cfr: *Ibidem*, artículo 54.c.

36 Cfr: *Ibidem*, artículo 112.c.

5. Procedimientos contra miembros de la Corte IDH y de la CIDH (artículo 73 de la CADH)

De manera similar a lo establecido por el legislador ordinario alemán en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal (último dispositivo del ordenamiento § 105 BVerfGG), que insertó la posibilidad, con la debida autorización por el TCF (§ 105, IV BVerfGG), para que el Presidente Federal, como órgano constitucional de jefe de Estado, pueda, entre otros, exonerar a un juez del Tribunal Constitucional Federal, los redactores de la CADH ‘cierran’ este cuerpo normativo con una regla similar.

El ordenamiento alemán no se refiere a la “autorización” (das Bundesverfassungsgericht kann den Bundespräsidenten ermächtigen) al órgano externo –pues esta competencia recae exclusivamente en el Tribunal Constitucional Federal alemán– sino simplemente a la “solicitud”. La diferencia terminológica entre este ordenamiento y el procedimiento establecido en la CADH, se debe, primero, a la previsión de un procedimiento más contencioso típico de los sistemas jurídicos latinoamericanos en oposición a una configuración más objetiva del proceso constitucional vigente en Alemania. Segundo, la “autorización” es necesaria (§ 105, I BVerfGG) para reconocer, explícitamente, la aplicación de la sanción de exoneración del cargo de juez del Tribunal Constitucional Federal alemán, lo que no es el caso del artículo 73, que señala que solamente corresponde a la Asamblea General de la OEA, a solicitud de la propia CIDH o de la Corte IDH, decidir: “sobre las sanciones aplicables a los miembros de la C[IDH] o jueces de la Corte [IDH] que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos”.

Sin embargo, el paralelismo normativo entre los dos ordenamientos jurídicos traídos a discusión salta a la vista: a pedido autorizado, la Corte IDH y (como resultado de la amplia equiparación de la CIDH establecida en la CADH) también la CIDH someten la dirección, o por lo menos el *acompañamiento del procedimiento disciplinario*, al órgano constitucional (en el caso del § 105, I BVerfGG) o convencional externo (en el caso de la CADH la Asamblea General de la OEA).

Las faltas disciplinarias son previstas en los respectivos Estatutos, a los cuales el legislador convencional expresamente se remite.

En el caso de los miembros de la Corte IDH, según el artículo 20 del Estatuto de este órgano:

1. Los jueces y el personal de la Corte [IDH] deberán observar, dentro y fuera de sus funciones, una conducta acorde con la investidura de quienes participan en la función jurisdiccional internacional de la Corte. Responderán ante esta de esa conducta, así como de cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones.
2. La potestad disciplinaria respecto de los jueces corresponderá a la Asamblea General de la OEA solamente a solicitud motivada de la Corte [IDH], integrada al efecto por los jueces restantes.
3. La potestad disciplinaria respecto del Secretario corresponde a la Corte [IDH], y respecto al resto del personal, al Secretario, con la aprobación del presidente.
4. El régimen disciplinario será reglamentado por la Corte [IDH], sin perjuicio de las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA, en lo que fueren aplicables conforme al artículo 59 de la C[ADH].

A su vez, en el caso de los miembros de la CIDH, el artículo 9 de su Estatuto apunta algunos deberes que, de quebrantarse, implicarían la apertura del debido proceso disciplinario. Entre ellos:

1. Asistir, salvo impedimento justificado, a las reuniones ordinarias y extraordinarias que celebre la C[IDH] en su sede permanente o en aquella a la que haya acordado trasladarse transitoriamente.
2. Formar parte, salvo impedimento justificado, de las Comisiones Especiales que la C[IDH] acuerde integrar para el desempeño de observaciones *in loco*, o para realizar cualquier otro de los deberes que le incumban.

3. Guardar absoluta reserva sobre todos los asuntos que la C[IDH] considere confidenciales.
4. Guardar, en las actividades de su vida pública y privada, un comportamiento acorde con la elevada autoridad moral de su cargo y la importancia de la misión encomendada a la C[IDH].

Le corresponde exclusivamente a la Asamblea General de la OEA resolver sobre las sanciones aplicables. La conclusión del procedimiento se dará por resolución a ser expedida por la Asamblea General. Como ocurre en el caso de la mayoría requerida por el legislador alemán, para que sea aprobada una resolución contra un miembro de la CIDH se requiere una mayoría de dos tercios “de los votos de los Estados miembros de la Organización”. Si el llamado a la responsabilidad ético-disciplinaria fuere para un juez de la Corte IDH, será necesaria una mayoría de dos tercios de los “Estados partes de la C[ADH]”.

Esa diferencia de quorum dependiendo de si se trata de juez de la Corte IDH o de un miembro de la CIDH se justifica en razón de la especial misión de la Comisión de contemplar también la protección de los derechos humanos “consagrados en la D[ADDH], en relación con los demás Estados miembros” (artículo 1.2.a. del Estatuto de la CIDH) y no solamente en “los derechos definidos en la C[ADH] en relación con los Estados partes en la misma” (artículo 1.2.b. del Estatuto de la CIDH), lo que aplica a la Corte IDH pues este órgano está vinculado únicamente a la CADH.

PARTE III
DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

**CAPÍTULO X- FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA,
PROTOCOLO Y DENUNCIA**

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.
2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y me-

diante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPÍTULO XI- DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará “PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA”, en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 54. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55. En adelante: Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 80. En adelante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C n.º 123. En adelante: Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2005.

Opiniones consultivas

Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

OEA. *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos*. Secretaría General OEA, Washington, D.C., 1996.

Organización de las Naciones Unidas

ONU. Comisión de Derecho Internacional, Segundo Informe del Relator Especial Alain Pellet, CDI, A/CN.4/477/add.1 de 13 de junio de 1996.

Referencias académicas

AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2000.

EDWARD, R. W. “Reservations to Treaties”, en *MJIL*, n.º 10(2), Spring 1989.

RUDA, J. M. “Reservations to treaties”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. La Haya, 1975-III.

SALGADO PESANTES, H. “Las reservas en los tratados de derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

Otras referencias sugeridas

CASSEL, D. El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?, en *Revista IIDH*, vol. 29, 1999.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, J. de D. *Derecho de los Tratados*. Porrúa, México, 2010.

NACIONES UNIDAS. Cláusulas Finales de Tratados Multilaterales, Manual, Naciones Unidas, 2003.

NACIONES UNIDAS. Manual de Tratados, Oficina de Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas, 2001.

REUTER, P. *Introducción al Derecho de los Tratados*. UNAM-FCE, México, 1999.

RODRÍGUEZ HUERTA, G. *Tratados sobre Derechos Humanos, El Sistema de Reservas*. Porrúa-ITAM, México, 2005.

Contenido

1. Introducción 1116

2. Firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor y depositario 1117

3. Reservas 1118

3.1. La regulación específica de las reservas en los tratados de derechos humanos 1120

3.2. Declaraciones interpretativas y reservas 1122

4. Enmiendas y protocolos 1127

5. Denuncia 1128

5.1. ¿Denuncia de la competencia contenciosa de la Corte IDH? 1129

5.2. ¿Denuncia de la competencia de la CIDH? 1130

6. Disposiciones transitorias 1130

6.1. CIDH.....1130

6.2. Corte IDH 1130

1. Introducción

Un tratado internacional puede ser redactado de maneras diferentes. Sin embargo, todo tratado incluye un título, un preámbulo, el texto principal, cláusulas finales también llamadas disposiciones generales, fórmula de conclusión, bloque de firmas y los anexos si proceden. De manera global, las cláusulas generales de un tratado se refieren a aspectos procesales y no sustantivos del mismo. Una vez adoptado, un tratado produce algunos efectos jurídicos aun antes de su entrada en vigor; así, las disposiciones generales, por su naturaleza y objetivo, son aplicadas inmediatamente, tal y como lo establece el párrafo 4 del artículo 24 de la CDVT de 1969, es más sino se aplican de manera inmediata, el tratado no podrá entrar en vigor:

4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

Las disposiciones generales de un tratado juegan un papel fundamental en relación con el resto del documento, ya que determinan, entre otras cosas, el inicio de vigencia del mismo, su posible modificación a través de enmiendas o reservas, así como la posible terminación de las obligaciones convencionales. En muchas ocasiones, dichas disposiciones son percibidas como meras cláusulas formales que son copiadas o adaptadas de otros tratados similares, sin embargo son esenciales para la operatividad de acuerdo internacional.

La redacción clara y precisa de dichas cláusulas hace posible el funcionamiento del tratado, su aplicación por parte del depositario y las partes, además de que pueden tener consecuencias importantes para las partes sustantivas del tratado, como puede ser el alcance de las reservas.

Diferentes cuestiones de un tratado son reguladas por las cláusulas generales del mismo, algunos ejemplos son los mecanismos de solución de controversias, enmiendas, duración, terminación o denuncia, inicio de vigencia, firma, ratificación o adhesión, depositario del tratado, aplicación provisional, aplicación territorial, registro, etc. La inclusión o no de algunas de estas cláusulas depende del contenido y la naturaleza del tratado.

La aplicación de las disposiciones generales y los artículos transitorios es indispensable para el buen funcionamiento de la CADH, ya que se refieren al nacimiento del instrumento convencional como norma vinculante, a la posibilidad de enmiendas o ampliación de derechos protegidos, así como a la posible desvinculación de la misma.

2. Firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor y depositario

En las disposiciones generales de los tratados se especifican los Estados, organizaciones internacionales y otras entidades que pueden ser parte del tratado. La CADH es un tratado regional de derechos humanos adoptado en el seno de la OEA y abierto a la participación de todos los Estados miembros de dicha organización. Las partes negociadoras de la CADH, consideraron que dada la naturaleza de la misma –al ser un tratado sobre derechos humanos–, debía entenderse como un instrumento entre Estados no abierto a las organizaciones internacionales ni a otras entidades.

Para ser parte de un tratado multilateral, un Estado debe expresar por medio de un acto concreto su consentimiento de quedar obligado por el tratado. Existen varias maneras por las cuales el Estado puede expresar dicho consentimiento, las formas más usadas son la firma definitiva, la ratificación, la aprobación y la adhesión.¹

El artículo 74 de la CADH dispone que la misma queda abierta a la firma y la ratificación o adhesión. Lo anterior supone, primero, que la firma está abierta indefinidamente, es decir no está sujeta a un periodo de tiempo. La mayor parte de los tratados de derechos humanos adoptan esta fórmula; y segundo, que se trata de una firma simple que esté sujeta a ratificación. La firma simple no constituye una manifestación del consentimiento de obligarse por el tratado, sino que es una manifestación de la intención del Estado de adoptar medidas positivas que le permitan expresar su consentimiento de vincularse por el tratado en una fecha posterior. Sin embargo, la firma crea para el Estado signatario la obligación de abstenerse de actos que frustren el objeto y fin del tratado mientras dicho Estado no haya manifestado de forma clara su intención de no llegar a ser parte del tratado; este principio fundamental se encuentra consagrado en el artículo 18 de la CVDT. La firma simple le otorga, asimismo, algunos derechos al Estado signatario: está autorizado a hacerse parte del tratado que ha firmado y tiene derecho a recibir comunicaciones y notificaciones del depositario relativas al instrumento. En el caso de la CADH existen Estados miembros de la OEA –como Canadá y Santa Lucía– que no han firmado el tratado, o el caso de Estados Unidos que solo lo ha firmado pero no lo ha ratificado. Como ya lo señalamos, al haber firmado la CADH, Estados Unidos ha manifestado una intención de llegar a ser parte del tratado y, por ello, está obligado a no frustrar el objeto y fin del mismo, que es la protección de los derechos humanos en las Américas.

La mayoría de los tratados multilaterales prevén que los Estados expresen su consentimiento en obligarse mediante la firma sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Tal es la fórmula que adopta la CADH, la cual permite que los Estados dispongan de tiempo para procurar la aprobación del tratado a nivel interno y promulgar la legislación nacional que sea necesaria para aplicar el tratado antes de asumir las obligaciones jurídicas del tratado a nivel internacional.

Un Estado también puede expresar su consentimiento de obligarse por un tratado mediante la adhesión. La adhesión tiene los mismos efectos jurídicos de la ratificación, es decir, constituye la manifestación del consentimiento de obligarse. La adhesión, a diferencia de la ratificación, no está precedida de la firma. La adhesión es utilizada por aquellos Estados, que por cualquier motivo no pueden firmar el tratado. Esto puede ser, porque la fecha de la firma del tratado ya ha transcurrido o cuando circunstancias internas del Estado así lo impidan.²

1 Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la CVDT.

2 En el caso de la CADH, Estados como Brasil, Bolivia y México manifestaron su consentimiento de vincularse por la misma a través de la adhesión.

Para que un tratado multilateral resulte vinculante según las normas del derecho internacional, es necesario que cumpla las condiciones para su entrada en vigor establecidas en dicho tratado en las disposiciones generales del mismo. Por lo general, cada tratado establece la fecha o el método de entrada en vigor del mismo. El método adoptado por la CADH es el siguiente “la Convención entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión”. Es decir, la CADH condiciona su entrada en vigor a la fecha en que se alcance un número de Estados que depositen el instrumento que expresa su consentimiento en obligarse por la misma.

La expresión ‘tan pronto’ indica que inmediatamente después del depósito del onceavo instrumento de ratificación o adhesión a la misma, la CADH entró en vigor sin ningún otro condicionante o requisito adicional. A diferencia de otros tratados, que establecen que debe transcurrir un periodo de tiempo determinado entre la fecha del depósito del número de instrumentos requeridos y la fecha de entrada en vigor del mismo, la CADH entró en vigor el 18 de julio de 1978 cuando fue depositado el instrumento de ratificación de Grenada.³

Una vez que la CADH entró en vigor existe el tratado como norma y rige a partir de dicha fecha las relaciones de los Estados contratantes. Para los Estados que se adhirieron o ratificaron el tratado con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, la fecha en la cual inicia la vigencia del tratado, es decir que son parte del mismo, es aquella en la que hayan depositado su instrumento de ratificación o adhesión, tal y como lo señala la CVDT en su artículo 24.3.

El artículo 74.3. de la CADH señala que el Secretario General de la OEA deberá informar, a todos los Estados miembros de la Organización, de la entrada en vigor de la CADH, función que le corresponde en su calidad de depositario del tratado. La proliferación de los tratados multilaterales y el aumento de las partes de los tratados dieron lugar a la creación de la figura del depositario. Inicialmente, solo eran depositarios los Estados, pero con el surgimiento de las organizaciones internacionales y con el incremento de los tratados adoptados en el seno de las mismas, dichos organismos, a través de sus Secretarías, son en la actualidad, depositarios de la mayor parte de los tratados multilaterales. La custodia de la CADH se le ha confiado al Secretario General de la OEA. Las funciones del depositario están establecidas en los artículos 76 y 77 de la CVDT.⁴

3. Reservas

Las reservas son actos unilaterales, que excluyen o limitan los efectos del tratado, siempre y cuando no se refieran a disposiciones sustantivas del mismo; una reserva se define como:

Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado, al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.⁵

Esta institución jurídica ha sido regulada y desarrollada dentro del Derecho de los Tratados, lo que en buena manera demuestra la relevancia de la misma en la aplicación de los tratados, así como en los efectos jurídicos de los mismos. La importancia de las reservas dentro del Derecho de los Tratados, es

3 Para conocer el estado de firmas y ratificaciones de la CADH a la fecha visitar el siguiente link: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (fecha de último acceso: 06 de junio de 2018).

4 Entre las funciones del depositario se encuentran: la custodia del texto original del tratado, recibir los instrumentos de firma, ratificación y adhesión, informar a los Estados partes y a los Estados facultados para serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado; informar, a los Estados facultados para ser partes, de la fecha en que se haya depositado el número de los instrumentos de ratificación o adhesión necesario para la entrada en vigor del tratado.

5 Artículo 1 d) de la CVDT. Esta definición fue utilizada por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre *reservas a la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio*.

que permiten a los Estados adaptar sus obligaciones convencionales a sus intereses y posibilidades. Las reservas confirman con ello la regla general del derecho internacional de que las obligaciones surgen de la voluntad de las partes, por un lado, y, por otro, confirman el relativismo del derecho internacional.

La reserva es una declaración unilateral, es decir, una declaración hecha fuera del tratado y no dentro del mismo, por tanto su origen es un acto unilateral, ya que si fuera un acto bilateral o multilateral sería una cláusula acordada dentro del tratado y, por tanto, parte del mismo.⁶

De acuerdo con lo establecido en la CVDT de 1969, la reserva es una declaración que, cualquiera que sea su nombre o denominación, pretende excluir o modificar ciertos efectos de un tratado. Lo que importa entonces es *la intención de un Estado al hacer una declaración unilateral respecto de un tratado*, y no el nombre de dicha declaración, ya que puede haber ciertas declaraciones, como las denominadas declaraciones interpretativas,⁷ declaraciones obligatorias y las declaraciones facultativas,⁸ que pueden ser una declaración general de política de un Estado, o bien tener un cierto contenido que aduce a procedimientos internos cuya intención no es la modificación de las obligaciones y, por tanto, no deben ser consideradas como reservas. Asimismo, a la inversa, puede presentarse el hecho de que un Estado pretenda hacer pasar a verdaderas reservas como meras declaraciones interpretativas.

Las razones por las que un Estado puede querer ‘reservar’ ciertas disposiciones de un tratado pueden ser, entre otras: 1. Su desacuerdo con ciertos puntos sustantivos que considera están en contra de sus intereses, pero su concordia con los términos generales de la mayoría de las obligaciones contenidas en el instrumento. 2. Su desacuerdo con disposiciones procedimentales, por ejemplo, con las cláusulas relativas a los mecanismos de solución de controversias. 3. Cuando considera que algunas disposiciones del tratado no son compatibles con su derecho interno. 4. En el caso de un Estado federal, cuando este no quiere aplicar el tratado a todo su territorio, debido a la división de competencias establecidas en su derecho interno (reserva a la cláusula federal).⁹

Continuando con lo establecido por el artículo 2 párrafo 1 (d) de la CVDT observamos que las reservas tienen que ser hechas en el momento de firmar, ratificar, aprobar o bien adherirse a un tratado; si el tratado no entra en vigor con la firma, la reserva hecha en el momento de esta tiene que ser ratificada.

La reserva formulada por un Estado a ciertas disposiciones de un tratado, cuyo objetivo es ‘excluir’ ciertos efectos particulares de ese tratado, es reconocida –tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados– como el tipo común de reservas. El término ‘modificar’ puede tener dos posibles significados, puede implicar una declaración restrictiva o bien una declaración extensiva. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el término modificar solamente puede entenderse como una declaración restrictiva de ciertas disposiciones del tratado, ya que una declaración extensiva implicaría una renegociación del acuerdo en un momento en que la negociación del mismo ya se encuentra cerrada.

Otro tema relacionado con las reservas son las enmiendas de los tratados,¹⁰ sobre lo cual es conveniente hacer una distinción. Tal y como lo indica su nombre, las enmiendas alteran una o más disposiciones del tratado mismo. En el caso de las reservas, las disposiciones del tratado se mantienen sin alteración; únicamente las obligaciones asumidas por el Estado que ha hecho la reserva –en virtud del tratado– son las que sufren un cambio.

6 Ruda, J. M. “Reservations to treaties”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. La Haya, 1975-III, p. 105.

7 La cuestión de las declaraciones interpretativas fue tomada en cuenta por la CDI, en la elaboración de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, pero la Comisión de Derecho Internacional decidió no incluirla en el artículo 2, párr. 1 (d) de la Convención.

8 Este tipo de declaraciones son las que formulan los Estados cuando aceptan la competencia de organismos de supervisión de derechos humanos. Tal y como se establece en el artículo 62 de la CADH, respecto de la aceptación de la competencia de la Corte IDH.

9 Edward, R. W. “Reservations to Treaties”, en *MJIL*, n.º 10(2), Spring 1989, p.363.

10 Cfr: La parte IV, artículos 39 al 41 de la CVDT.

La figura de las reservas se encuentra directamente relacionada con los tratados internacionales de carácter multilateral. En el caso de los tratados bilaterales, la formulación de una reserva por una de las partes revela su intención de modificar o invalidar la disposición en cuestión; en estos casos, en realidad lo que se está formulando es una oferta de renegociación.¹¹

Como se señaló anteriormente, la reserva es una declaración unilateral, sin embargo, este acto no produce ningún efecto jurídico hasta que sea aceptado, de un modo u otro, por otro Estado. En el caso de las reservas a un tratado multilateral, no existe ningún problema si las demás partes aceptan las reservas; sin embargo, pueden existir diversos efectos legales, por ejemplo en el caso de que un grupo de Estados acepte las reservas presentadas por un Estado, mientras que otros las objeten.

Las reservas a los tratados multilaterales son cada vez más comunes, lo cual ha generado que los depositarios de dichos tratados –que en muchas ocasiones son organismos internacionales–, se vean ante una situación en la cual tengan que decidir sobre la validez de las reservas, por ejemplo, cuándo y cómo deben de ser consideradas aceptadas, y cuáles son los efectos para aquellos que han aceptado las reservas, y para aquellos que han objetado las mismas. Asimismo, el tema de las reservas es una de las cuestiones más controvertidas del derecho internacional contemporáneo. Hasta hace poco existía un acuerdo general sobre las reglas aplicables a las reservas, las cuales estaban claramente establecidas en el Derecho de los Tratados, sin embargo, estas reglas han sido objeto de discusión y posteriormente de cambios,¹² especialmente en lo que se refiere a las reservas a los tratados de derechos humanos, tema del cual nos ocupamos a continuación.

3.1. La regulación específica de las reservas en los tratados de derechos humanos

Si revisamos el gran número de tratados sobre derechos humanos que existen, observamos que algunos tratados de esta categoría no regulan el aspecto de las reservas, otros, por el contrario, prohíben cualquier tipo de reserva, mientras que un tercer grupo incluye una autorización general para formular reservas. Analizaremos, a continuación, los distintos regímenes de reservas establecidos en las convenciones sobre derechos humanos.

En cuanto a los tratados que prohíben la formulación de reservas, observamos que este grupo adopta una posición rígida frente a las reservas prohibiéndolas en su totalidad, así los Estados asumen todas las obligaciones establecidas en dichas convenciones sin tener la posibilidad de transformarlas o excluirlas. En cuanto a los instrumentos que sí las permiten, surgen tratados que conceden casi una autorización general para reservar sus disposiciones.¹³

Dentro del grupo que permite la autorización de reservas, algunos establecen una lista de reservas prohibidas, mientras que otros establecen una lista de reservas permitidas, o bien pueden adoptar un criterio mixto.¹⁴ Otros exigen el cumplimiento de algunas condiciones, en este caso no se prohíbe la

11 En el curso de la Conferencia de Viena (la cual antecedió a la adopción de la CVDT), las delegaciones de China, Chile y Hungría propusieron la adición de la palabra ‘multilateral’ antes de la palabra ‘tratado’ en el texto del artículo 2, párrafo 1 (d) del documento de trabajo que antecedió a la CVDT; sin embargo, dicha propuesta no fue aceptada, y la Comisión de Derecho Internacional de la ONU mantuvo su postura de la posibilidad de reservas en los tratados bilaterales, aunque consciente de que la posibilidad de hacer una reserva en un tratado bilateral implica, de hecho, una reapertura de las negociaciones.

12 Ruda, J. M., *op. cit.*, p. 101.

13 La Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer de 1952 establece en su artículo VII: “en caso de que un Estado formule una reserva a cualquiera de los artículos de la presente Convención en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión el Secretario General comunicará el texto de la reserva a todos los Estados que sean partes en la presente Convención o que puedan llegar a serlo”. Esta es una autorización casi general, el límite lo establece el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del propio tratado.

14 Dentro del primer grupo encontramos a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 42), y a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1953 (artículo 38). En el segundo grupo está el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (artículo 7).

formulación de reservas, sino que se condiciona. Otro grupo remite a la Convención de Viena de 1969 para determinar la validez de las reservas.¹⁵ Algunos establecen como límite, de manera expresa, el objeto y fin del tratado, adoptando la fórmula de la opinión consultiva de la CIJ de 1951 a la que hicimos mención líneas atrás.¹⁶

Algunos otros crean un sistema mixto pues exigen que las reservas sean compatibles con el objeto y fin del tratado, pero la decisión sobre la incompatibilidad o compatibilidad de las reservas queda en manos de una decisión colegiada. Este mecanismo busca lograr el equilibrio entre la mayor participación de Estados y la uniformidad de las obligaciones y derechos protegidos.¹⁷ Finalmente, otros tratados guardan silencio respecto a las reservas, lo que significa, según el criterio establecido por la CIJ, que las reservas están permitidas.¹⁸

El tema de las reservas a los tratados de derechos humanos no es nuevo –basta recordar que esta fue la base de una de las primeras opiniones consultivas solicitadas a la CIJ–. Sin embargo, en la actualidad se ha presentado una serie de fenómenos que los redactores de la CVDT no pudieron prever, como es la masiva adhesión de países a los tratados en esta materia, lo que, por un lado, ha hecho del universalismo una realidad y, por otro lado, ha expandido también la posibilidad de limitar las obligaciones internacionales mediante la formulación de reservas. Este fenómeno tiene el efecto práctico de limitar en gran medida la aplicación y efectividad de los tratados. Esto último genera nuevos planteamientos jurídicos sobre los efectos que pueden tener dichas reservas para el cumplimiento de las obligaciones estatales.¹⁹

La posibilidad de formular reservas a los tratados en derechos humanos puede generar mayor confianza a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, como sería la implementación interna de medidas tomando en cuenta su desarrollo, tanto material como cultural.

El hecho de que un Estado haya ratificado un tratado de derechos humanos, en la mayoría de los casos, es un genuino gesto de buena fe y de que no se trata simplemente de un acto ‘propagandista’. Sin embargo, también es cierto que la capacidad de los Estados para implementar derechos humanos requiere mucho más que la ratificación de un instrumento formal, como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, que dependen para su implementación del presupuesto estatal. De igual manera, es pertinente señalar que no todas las normas de derechos humanos establecidas en tratados son auto-ejecutables, sino existen otras que requieren actos positivos y de incorporación por parte de los Estados. En ocasiones, las reservas permiten a los Estados reconocer que no están listos para la implementación de dichas normas, o bien, pueden responder a que ciertas disposiciones del tratado están en conflicto con aspectos religiosos, como en el caso de los Estados islámicos y los derechos de la mujer reconocidos en los tratados específicos.

Entender la capacidad de los Estados para implementar normas de derechos humanos es un acercamiento importante al problema de las reservas, lo cual permite además tener una aproximación pragmática y saber lo que podemos esperar de ellos. Parece ser que no importa qué tan universales sean las aspiraciones respecto de los tratados de derechos humanos, es claro, que en la actualidad muchos Estados no están en la posición de garantizar totalmente los estándares existentes. Tal vez resultaría más

15 El artículo 75 de la CADH de 1969 señala: “[e]sta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la C[VDT] suscrita el 23 de mayo de 1969”.

16 Tal es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 51) y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (artículo 28).

17 El artículo 20, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, establece: “[n]o se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención. Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan reservas a la misma”.

18 Tal es el caso de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, del PIDCP y el PIDSC.

19 Ver ONU. Comisión de Derecho Internacional, Segundo Informe del Relator Especial Alain Pellet, CDI, A/CN.4/477/add.1 de 13 de junio de 1996.

conveniente que dejemos que lo hagan de manera progresiva. La formulación de reservas a los tratados de derechos humanos constituye la formalización de esta posición, siempre y cuando las mismas no frustren el objeto y fin del tratado.

3.2. Declaraciones interpretativas y reservas

Como se señaló en la primera parte de este apartado, las reservas son declaraciones unilaterales de los Estados hechas en el momento de firmar, ratificar, o adherirse a un tratado internacional. Sin embargo, es posible que los Estados realicen otro tipo de declaraciones, a las cuales se les denomina declaraciones interpretativas.²⁰ Las declaraciones interpretativas están caracterizadas por la ambigüedad en su redacción. La posibilidad de realizar tales declaraciones casi nunca se desprende de los tratados;²¹ no obstante, la práctica de los Estados demuestra su permisibilidad.²²

La ambigüedad de las declaraciones hace difícil distinguirlas de las reservas, así como los efectos que tienen en las obligaciones asumidas por los Estados, por lo que algunas veces al examinar el contenido de una declaración observamos que en realidad se trata de una reserva, de ser este el caso la declaración deberá someterse al régimen establecido para estas últimas. Lo importante para distinguir entre una reserva y una declaración interpretativa no es entonces su denominación sino su contenido y objeto.

Al observar la práctica de los Estados respecto de los tratados de derechos humanos, se puede apreciar que formulan tanto reservas como declaraciones interpretativas y que, en la mayoría de los casos, los textos de los convenios sobre la materia no suelen referirse a las segundas.

Así, podemos encontrar declaraciones interpretativas, en sentido estricto, a convenciones sobre derechos humanos, como algunas hechas a la CADH. Como ejemplo, citaremos el caso de Argentina, quien al momento de ratificar la CADH hizo una reserva y formuló tres declaraciones interpretativas, el contenido de las dos primeras declaraciones es el siguiente:

El artículo 5, inciso 3, [sobre el derecho a la integridad personal] debe interpretarse en el sentido de que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes.

En el artículo 7, inciso 7, [derecho a la libertad personal] debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la “detención por deudas” no comporta al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente.²³

En otro orden, podemos mencionar también a las ‘declaraciones políticas’, dentro de las cuales se encuentran las denominadas reservas de no reconocimiento, las cuales son declaraciones de tipo político mediante las cuales un Estado se pronuncia sobre otro Estado. Por ejemplo, respecto de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, encontramos la siguiente declaración “[l]a adhesión de los Emiratos Árabes Unidos a dicha Convención no constituye de ningún modo un reconocimiento de Israel ni el establecimiento de ninguna relación convencional con él”.

20 En sentido estricto, una declaración interpretativa no pretende excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones convencionales, sino precisar el sentido de las mismas.

21 La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la cual prohíbe cualquier tipo de reservas, permite, en su artículo 310, que los Estados realicen “declaraciones y manifestaciones”.

22 Es importante señalar que las declaraciones interpretativas no están contempladas en la CVDT. La posible confusión entre los efectos jurídicos de las reservas y las declaraciones interpretativas podría justificar la propuesta hecha por el diplomático mexicano Cesar Sepúlveda durante la 21ª sesión de la Comisión Plenaria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados del 10 de abril de 1968, de aceptar la distinción entre ambas instituciones jurídicas a fin de dotar a las declaraciones interpretativas de un régimen jurídico adecuado dentro de la CVDT.

23 OEA. *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos*, op. cit., p. 61.

Esta declaración surte el mismo efecto que una objeción calificada aunque en realidad no lo sea. Dichas declaraciones tienen por objeto el no reconocimiento de Estados, aunque últimamente han surgido también declaraciones de no reconocimiento de gobiernos. En la práctica, el Secretario General, en su función de depositario, ha calificado este tipo de declaraciones como objeciones.²⁴ Otras constituyen verdaderas reservas, ya que excluyen o modifican algunas obligaciones convencionales.

3.2.1. El régimen de reservas de la CADH

Respecto del régimen de reservas de la CADH, la CIDH presentó un proyecto que fue discutido en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, en noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. El texto original del proyecto fue el siguiente:

El Estado parte podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, formular reservas si una norma constitucional vigente en su territorio estuviere en contradicción con alguna disposición de la Convención. La reserva debe de ir acompañada del texto de la norma a que se refiere. La disposición que haya sido objeto de alguna reserva no se aplicará entre el Estado reservante y los demás Estados partes. Para que la reserva surta este efecto, no será necesaria la aceptación de los demás Estados partes.

Las enmiendas propuestas a este texto fueron las siguientes: “[e]n el 1 párrafo (tercera línea), después de ‘constitucional’ agregar las palabras ‘o legal’ ”; sin embargo, posteriormente se pidió la eliminación de esta mención cuando se observó que podía haber conflicto con lo establecido en el artículo 2 que establecía el deber de los Estados partes de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. En lo relativo al momento en que puede hacerse la reserva, se sugirió incluir un tercer párrafo que estableciera que la reserva podía formularse: “[e]n cualquier momento[,] todo Estado que haya formulado una reserva podrá retirarla, y se notificará ese retiro en la forma pertinente”.²⁵ Esto generó un debate muy amplio que concluyó con una propuesta de artículo por parte de la delegación uruguaya, que es la norma vigente de la CADH.²⁶

La CADH contiene una disposición específica respecto del régimen de reservas aplicable a la misma que, en realidad, lo que hace es remitir a los principios establecidos de la CVDT.²⁷ De acuerdo con esta disposición ‘cruzada’, la regla general es que las reservas están permitidas, con la limitación de que sean compatibles con el objeto y fin del tratado y que cumplan con los requerimientos formales, entre ellos, que sean presentadas por escrito en el momento en que el Estado exprese su consentimiento de obligarse por la CADH. Esto implica el establecimiento de un sistema bastante flexible de reservas, atenuado de manera importante con el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del Pacto de San José.

La Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, se ha pronunciado en cuestiones relativas a los efectos de las reservas a la CADH; al resolver los cuestionamientos planteados, lo que hizo fue remitirse a la CVDT refiriéndose en particular a los artículos 19 y 20 de este tratado. En primer lugar, dejó claro que el Pacto de San José permite reservas cuando son compatibles con el objeto y fin de la Convención, es decir aplicó el artículo 19 apartado c) de la CVDT. También determinó que los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de la CVDT no son aplicables a la CADH; en cuanto a los casos de aceptación y objeción de reservas que establece el artículo 20.4., consideró que dichos supuestos no son aplicables

24 Existe otro tipo de declaraciones que se han denominado “declaraciones de buenos deseos” como la que hizo la República Dominicana al momento de firmar la CADH el 7 de septiembre de 1977: “[l]a República Dominicana al suscribir la C[ADH], aspira (a) que el Principio sobre la Proscripción de la Pena de Muerte, llegue a ser puro y simple, de aplicación general para los Estados de la región americana”.

25 Entre otras de las propuestas, la delegación de los Estados Unidos insistió en la eliminación del artículo, o en su defecto, que se le sustituya por otro que simplemente hiciera referencia a que en materia de reservas se aplicaría lo dispuesto en la CVDT.

26 Salgado Pesantes, H. “Las reservas en los tratados de derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998, p. 4.

27 “Artículo 75: [la CADH] sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”. Como podemos ver, se trata de tratados contemporáneos.

dada la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos; en el caso de la CADH concluyó que solamente sería aplicable el párrafo 1 del artículo 20, es decir, las reservas no necesitan de la aceptación de los demás Estados contratantes.²⁸

En una segunda opinión consultiva, la Corte IDH se pronunció sobre las reservas formuladas por Guatemala al momento de ratificar la CADH.²⁹ En dicho asunto, la Corte IDH estableció que toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos y esenciales —cuya derogación está prohibida en cualquier hipótesis como es el caso del derecho a la vida—, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la CADH y, en consecuencia, no autorizada por el instrumento convencional.³⁰

En esta opinión, la Corte IDH estableció una conexión entre las reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado y los derechos no derogables, sin embargo surge la duda sobre si esta relación existe solo cuando el fin de la reserva sea privar del disfrute de uno de estos derechos, y si dicha reserva resultaría permisible cuando el objeto de la misma es simplemente restringir ciertos aspectos de un derecho no derogable. Si esto es así ¿cómo se determina que una reserva es compatible con el objeto y fin del tratado?

Parecería, entonces, que el control de las mismas tendría que ser ‘institucionalizado’; de algún modo, esa es la función que ha ejercido la Corte IDH a través de las opiniones consultivas, ¿pero estaría facultada la Corte IDH para hacerlo en un caso contencioso? De acuerdo con el artículo 62.3. de la CADH, la Corte IDH tiene competencia para aplicar e interpretar las normas del Pacto de San José, por lo tanto, podría interpretar el artículo 75 que establece el sistema de reservas, para resolver un caso contencioso y estaría obligada a aplicar el principio de compatibilidad con el objeto y fin de la CADH.

Hasta el momento, nueve Estados partes de la CADH han presentado reservas,³¹ con algunas declaraciones interpretativas.³² Algunas de las reservas son relativas al artículo 8 donde se establece el derecho a las garantías judiciales; otras limitan derechos y libertades fundamentales, incluso algunos derechos que bajo la misma CADH no pueden ser objeto de suspensión, aun en situaciones de emergencia. Algunas otras afectan las condiciones establecidas en la CADH respecto de la aplicación

28 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982.

29 El Gobierno de Guatemala, al ratificar la CADH, el 25 de mayo de 1978, formuló una reserva al artículo 4 inciso 4 (sobre el derecho a la vida), ya que en ese entonces, la Constitución de la República de Guatemala, en su artículo 54, solamente excluía de la aplicación de la pena de muerte a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos. El Gobierno de Guatemala retiró dicha reserva el 20 de mayo de 1986, por carecer de sustento constitucional a la luz del nuevo orden jurídico vigente.

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83. *Restricciones a la pena de muerte*. 1983, párr. 61.

31 Argentina, Barbados, El Salvador, Guatemala, México, Uruguay, Venezuela, Trinidad y Tobago, República Dominicana. La República Dominicana realizó ciertas reservas a disposiciones del Pacto de San José, en el sentido de que los artículos 21.2. (derecho a la propiedad privada) y 27 (suspensión de derechos) deben interpretarse a la luz de las disposiciones de su Constitución. En el mismo sentido, El Salvador realizó una reserva, en la cual salvaguarda las disposiciones de su Constitución respecto de la aplicación de la CADH: “[s]e ratifica la C[ADH] haciendo la salvedad de que tal ratificación se entiende sin perjuicio de aquellas disposiciones de la C[ADH] que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución de la República”.

32 México, al momento de ratificar la CADH, presentó dos declaraciones interpretativas y una reserva. Las declaraciones interpretativas señalan lo siguiente: “con respecto al párrafo 1 del artículo 4 considera que la expresión ‘en general’, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’ ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados. Por otra parte, en concepto del Gobierno de México, la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá de celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del artículo 12”. La reserva establece lo siguiente: “[e]l Gobierno de México hace reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos”.

de la pena de muerte.³³ Otras se refieren al artículo 5 que consagra el derecho a la integridad personal, en el sentido de que dicho artículo no debe entenderse como que prohíbe el castigo corporal.

Algunas de las reservas al Pacto de San José comparten la característica de ser en extremo vagas, lo que genera, potencialmente, un amplio rango de interpretación. La CADH adopta un sistema liberal, ya que es tolerante respecto de las reservas que pueden formular los Estados, incluyendo aquellas que se relacionan con normas internas. El carácter liberal del sistema traslada, aunque de manera tímida, a los órganos del sistema la posibilidad de valorar las reservas y determinar su validez.

3.2.2. Reservas a la competencia contenciosa de la Corte IDH

De acuerdo con la CADH, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH se realiza por los Estados partes a través de una declaración. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 del instrumento convencional:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión [de la CADH], o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte [IDH] sobre todos los casos relativos a la aplicación o interpretación de dicha Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá de ser presentada al secretario general de la O[EA], quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al secretario de la Corte [IDH].
3. La Corte [IDH] tiene competencia de reconocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta C[ADH] que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Como se desprende del precepto transcrito, la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH la hacen los Estados a través de una declaración facultativa; esta declaración no implica un cambio fundamental de los términos en que fue ratificada la CADH.³⁴ Sin embargo, esto no parece ser así bajo la óptica de algunos Estados como México y Trinidad y Tobago, los cuales pretenden hacer una reinterpretación de los términos en que fue aceptada la CADH. Analicemos primero el caso de México:

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte I[DH], sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH, de conformidad con el artículo 62.1. de la misma, *a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte I[DH] solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.
3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte I[DH] se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.³⁵

33 La reserva de Trinidad y Tobago, por ejemplo, establece: “con respecto al artículo 4 (5) de la CADH [se] formula una reserva por cuanto en las leyes de Trinidad y Tobago no existe la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas mayores de setenta (70) años de edad”.

34 De acuerdo con el informe anual 2017 de la Corte IDH, de los 35 Estados que conforman la OEA, 20 son los Estados que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

35 Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha por México (énfasis agregado). Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/basicos3.htm> (fecha de último acceso 20/07/2017).

Si hacemos una interpretación correcta del artículo 62.1. de la CADH, según lo que establece la CVDT (artículos 31, 32 y 33), parece que dicho artículo no permite la celebración de ningún tipo de reservas como la que se pretende. Independentemente de las consideraciones particulares que tengamos sobre la aplicación del artículo 33 constitucional en materia de derechos humanos, la aceptación de dicha reserva llevaría implícita la reserva por parte del gobierno mexicano de una serie de derechos consagrados en la CADH para el caso de los extranjeros.³⁶ Es decir, implicaría reservas a la CADH misma de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 8 (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial), entre otros. Esto no es posible de acuerdo con el Derecho de los Tratados, ya que las reservas a los mismos solamente pueden ser hechas en el momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado y, dicho consentimiento lo manifestó México en 1981, además de que va en contra del objeto y fin del tratado.

El gobierno mexicano pretende fundamentar su reserva en la supuesta práctica de los Estados partes de la CADH para excluir ciertos tipos de caso de la competencia de la Corte IDH, utilizando como sustento los casos de Argentina y Chile.³⁷ Estos casos, en realidad, no guardan relación con la reserva hecha por México. En el caso de Argentina, lo que hizo en el momento de aceptar la competencia contenciosa de la Corte IDH, fue hacer referencia explícita en la declaración de las reservas que había formulado en el momento de ratificar la CADH, y en el caso de Chile se trata de una reserva expresa a la interpretación por parte de la CIDH y de la Corte IDH del artículo 21 de la CADH (derecho a la propiedad privada), esto implica en realidad una reserva a la CADH y no a la competencia contenciosa de la Corte IDH. Aunado a que existe una mala lectura de estas reservas, la práctica mayoritaria de los Estados partes de la CADH, que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, es declarar dicha aceptación sin reserva ni restricción alguna.

Desde otra perspectiva, de acuerdo con la definición de reserva que se estableció al inicio de este apartado existe una referencia directa a los artículos específicos del tratado internacional, los cuales pretenden reservarse el Estado porque de algún modo afectan sus intereses; en el caso planteado no hay una referencia específica a una norma del tratado, sino que es una reserva general a la competencia de la Corte IDH y a la CADH en todo lo que se oponga a la aplicación del artículo 33 constitucional, el cual es derecho interno del Estado. Habría que analizar si la reserva formulada de este modo no viola el artículo 27 de la CVDT.³⁸

Las únicas opciones en cuanto a los términos en los que se puede hacer la Declaración son las establecidas en el artículo 62.2. de la CADH, es decir, la declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Si el punto 3 del proyecto de Declaración establece que la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH se hace con carácter general, esto se traduce en la aceptación incondicional de la competencia de la Corte IDH, por lo que existe una contradicción entre el punto 1 y el punto 3 de la Declaración.

Con respecto al punto 2 de la declaración, el cual establece el inicio de la vigencia de la competencia contenciosa de la Corte, para el caso específico de México, esto es perfectamente válido de acuerdo

36 De acuerdo con la Secretaría de Relaciones Exteriores de México son muy pocos los casos en los que se aplica el artículo 33 y en los demás procedimientos previstos por la Ley General de Población sí se respeta la garantía de audiencia, lo cual en la práctica es realmente relativo, ya que tanto las disposiciones legales como reglamentarias de la materia permiten una actuación discrecional de la autoridad. No obstante esta argumentación, la utilización de términos como “permanencia inconveniente” y “extranjeros perniciosos” cuyo contenido es determinado por la autoridad, producen una gran inseguridad jurídica.

37 Espino, M. Documento en relación a la propuesta de Declaración que formula el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 1998.

38 El citado artículo establece la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. De este artículo se desprende la prohibición general, para los Estados, de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

con el espíritu de la CADH y la práctica de los Estados referente a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de un tribunal internacional.

En cuanto a la legalidad de la reserva formulada por Trinidad y Tobago a la competencia contenciosa de la Corte IDH, esto fue resuelto por la Corte IDH en una sentencia sobre excepciones preliminares. La reserva fue formulada en los siguientes términos:

[...] con respecto al artículo 62 de la C[ADH], el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte I[DH] que se estipula en dicho artículo solo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte [IDH] no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares.³⁹

La Corte I[DH] desestimó la reserva, considerando que era incompatible con el objeto y fin de la C[ADH]. La reserva formulada por el Estado tendría el efecto de excluirlo del sistema jurisdiccional, ya que subordina el ejercicio de la jurisdicción a las disposiciones de derecho interno, en forma prácticamente absoluta.

4. Enmiendas y protocolos

En el contexto del Derecho de los Tratados, la enmienda es la modificación formal de las disposiciones de un tratado por las partes. Las disposiciones de un tratado pueden ser modificadas a través del procedimiento indicado en el tratado en cuestión. En el caso de la CADH, las enmiendas pueden ser sugeridas directamente por los Estados partes a la Asamblea General de la OEA, o bien por la Corte IDH o CIDH a través del Secretario General de la Organización. Asimismo se establece en el procedimiento de entrada en vigor de las enmiendas, que es necesario que las mismas sean aceptadas por dos tercios de los Estados partes de la CADH; respecto de los demás Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen el instrumento de ratificación de la enmienda.

Durante la Conferencia Especializada en Derechos Humanos, la delegación uruguaya señaló que las enmiendas debían entrar en vigor no solamente para los Estados partes que las hayan ratificado, sino también para el resto de los Estados partes en vista de la dificultad de cambiar la estructura o funcionamiento de los órganos de protección de derechos humanos para algunos Estados, pero no para otros. Sin embargo, la mayoría estimó que no se debía de aplicar una enmienda a un Estado sin su previo consentimiento por medio del proceso de ratificación.⁴⁰

Si bien, hasta este momento, la CADH no ha sufrido ninguna enmienda, el propio instrumento establece una serie de reglas que regula este aspecto. La enmienda entrará en vigor cuando se hayan depositado los instrumentos de ratificación de dos tercios de los Estados partes. Para los demás Estados, la entrada en vigor será en el momento en que depositen su instrumento de ratificación. Sin embargo, la fórmula de los dos tercios de Estados partes deja indeterminada la fecha de entrada en vigor de la enmienda, y genera algunas dudas: ¿esto significa dos tercios de las partes en el tratado en el momento en que se apruebe la enmienda, o dos tercios de las partes en el tratado en cualquier momento después de esa aprobación?⁴¹

39 Cfr. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001.

40 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 379.

41 En el caso de los tratados internacionales en los que el Secretario General de la ONU actúa como depositario, este cuenta todas las partes en cualquier momento dado para determinar cuándo una enmienda entra en vigor. En consecuencia, los Estados que sean parte del tratado después de la aprobación de una enmienda, pero antes de su entrada en vigor, se cuentan también. Naciones Unidas, Manual de Tratado, Sección de tratados de la Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas, 2001, p. 24.

En cuanto al consentimiento de las partes en obligarse por las enmiendas, los Estados partes de la CADH deben consentir formalmente en obligarse por una enmienda después de su aprobación mediante el depósito de un instrumento de ratificación de la enmienda. Es decir, una enmienda, desde su entrada en vigor, vincula solo a los Estados que la han aceptado. Dicha regla tiene el efecto negativo de crear regímenes diferentes en virtud del mismo tratado. Un régimen se aplicará a los Estados que son partes en la enmienda, y otro régimen a los Estados que son parte únicamente en el tratado original. Dado que la CADH no establece un régimen que regule la relación de las enmiendas con los Estados que lleguen a ser parte de la CADH después la entrada en vigor de dicha enmienda, suponemos que aplica la regla de la CVDT de 1969 la cual establece que: “[c]uando un Estado “[c]uando un Estado llegue a ser parte de un tratado que haya sido enmendado, será parte en el tratado en su forma enmendada, a menos que haya manifestado una intención diferente (apartado a) del párrafo 5 del artículo 40)”.

En cuanto a los protocolos, la CADH en su artículo 77.1. establece la posibilidad de que cualquier Estado parte o bien la CIDH sometan a consideración de los Estados reunidos en la Asamblea General de la OEA la elaboración de protocolos adicionales a la CADH con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos humanos. La CIDH aclaró en el texto del artículo 78, que cualquier Estado parte y la CIDH podrían someter los proyectos de protocolos adicionales en la Asamblea General que consideraran pertinentes.⁴²

El artículo 77.2. de la CADH señala que cada protocolo fijará las modalidades de su entrada en vigor y bajo el principio *res inter alios acta*, solamente regirá entre los Estados partes del mismo.

En el contexto del Derecho de los Tratados, un protocolo tiene las mismas características que un tratado internacional. Este término se utiliza para denominar los acuerdos de un carácter menos formal que los denominados acuerdos o convenciones, y su objetivo es enmendar, complementar o aclarar un tratado multilateral, o bien, centrarse de una forma más detallada en un aspecto concreto del tratado del que depende. El protocolo, por lo general, está abierto a la participación de las partes del tratado.

En la actualidad, la CADH cuenta con dos protocolos adicionales: 1. Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte, y 2. Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales o “Protocolo de San Salvador”.

5. Denuncia

Un Estado parte puede denunciar un tratado o retirarse del mismo, de conformidad con las disposiciones contenidas en este. Los términos ‘denuncia’ y ‘retiro’ expresan el mismo concepto jurídico. La denuncia es un proceso unilateral iniciado por un Estado para dar por terminadas sus obligaciones jurídicas en virtud de un tratado; para el resto de los Estados partes, el tratado en cuestión seguirá produciendo efectos.

La CADH establece en el artículo 78 la posibilidad de denuncia del instrumento, sujetándola a ciertos requisitos:

...(i) sólo podrá ser denunciada después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, (ii) la denuncia tendrá que hacerse mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la OEA, quien deberá informar a las otras partes, (iii) dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado denunciante de toda obligación de la CADH anterior a la fecha en la cual la denuncia produce efectos.

Al establecer la posibilidad de denunciar la CADH se reconoce que así como los Estados se vinculan de manera soberana al instrumento convencional, de la misma forma pueden dejar de formar parte del mismo, siempre y cuando lo hagan bajo los supuestos y condiciones establecidos en el artículo 78.

42 La CIDH eliminó la referencia que aparecía en el Proyecto de Convención Americana a los derechos previstos en la DADDH, considerando que no se debía limitar el carácter de los derechos que podrían ser incluidos en futuros protocolos.

La denuncia a la CADH produce efectos un año después de que el Estado notifica la misma al Secretario General de la OEA, por lo tanto, la denuncia de la CADH no exime a los Estados del cumplimiento de sus obligaciones mientras la CADH se encuentre vigente para los mismos. De igual manera, la Corte IDH mantiene competencia para conocer de los hechos que ocurran, antes de dicha fecha, y que constituyan posibles violaciones a las obligaciones consagradas en la CADH.

Hasta hoy solamente Trinidad y Tobago y Venezuela han denunciado la CADH.⁴³

Estratégicamente, un día antes del inicio de vigencia de la denuncia de Trinidad y Tobago de la CADH, la CIDH sometió a la Corte IDH el caso *Hilaire* y subsecuentemente los casos *Constantine y Benjamin*, los tres en contra de Trinidad y Tobago. Tal y como lo afirmó en el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, la Corte IDH señaló que los hechos *sub judice* habían sucedido cuando el Estado todavía era parte de la CADH, es decir, la denuncia no había surtido efectos por lo que los hechos del caso quedaron sujetos a la competencia *ratione temporis* de la Corte IDH.⁴⁴

5.1. ¿Denuncia de la competencia contenciosa de la Corte IDH?

El 4 de agosto de 1999, el Ministro y el Consejero de la Embajada del Perú en Costa Rica comparecieron ante la Corte IDH para devolver la demanda del caso *Ivcher Bronstein* y sus anexos. Dichos funcionarios entregaron a la Secretaría una nota de fecha 2 de agosto de 1999, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, en la cual se manifestaba lo siguiente:

- a) Mediante Resolución Legislativa n.º 27152, de fecha 8 de julio de 1999 [...] el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte I[DH].
- b) El 9 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú procedió a depositar, en la Secretaría General de la OEA, el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la C[ADH], la República del Perú retira la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte I[DH] [...]
- c) [E]l retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte I[DH] produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito de mencionado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, esto es, a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en los que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte I[DH].⁴⁵

El retiro ‘inmediato’ del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte del Perú pretendía que la Corte IDH no conociera del caso *Ivcher Bronstein*. Este acto unilateral del Estado no está previsto en la CADH, por lo que no tenía ningún fundamento jurídico. La Corte IDH aplicando el principio *compétence de la compétence*,⁴⁶ decidió que era inadmisibile el pretendido retiro del Perú.

Resulta importante señalar que la CADH es clara en cuanto a las reglas que regulan la denuncia de la CADH, de acuerdo con las cuales no se permite la denuncia o el retiro de ‘apartados’ o ‘cláusulas’ de la misma. Asimismo, no se desprende ni de la intención de las partes, ni de la naturaleza del tratado

43 La denuncia de Trinidad y Tobago se realizó en los siguientes términos: “[...] El Gobierno de Trinidad y Tobago no está en condiciones de conceder que la incapacidad de la C[IDH] para tratar en forma expedita las peticiones relacionadas con casos de imposición de la pena capital, frustre la ejecución de esta pena legal con que se castiga en Trinidad y Tobago el delito de homicidio. La constitucionalidad de las sentencias dictadas contra las personas convictas y condenadas a muerte al cabo del debido proceso judicial, se determina ante los tribunales de Trinidad y Tobago. Por ende, existen salvaguardias suficientes para la protección de los derechos humanos y fundamentales de los prisioneros condenados. Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 78 de la C[ADH], por este medio el Gobierno de Trinidad y Tobago notifica al Secretario General de la O[EA] el retiro de su ratificación de la citada Convención [...]”.

44 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2005, párr. 11.

45 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999, párr. 23.

46 El término francés *compétence de la compétence* (derivado del alemán *kompetenz-kompetenz*) es uno de los principios de derecho procesal internacional que rige a los tribunales internacionales y de arbitraje, y se refiere a que el propio tribunal es competente para decidir si cuenta o no con jurisdicción.

dicha posibilidad. Aun en la hipótesis de que tal retiro fuera posible, –hipótesis que rechaza la Corte IDH–, no podría dicha denuncia de modo alguno producir ‘efectos inmediatos’ como reclamaba Perú. El artículo 56.2. de la CVDT estipula un plazo de anticipación de “por lo menos doce meses” para la notificación de un Estado parte de su intención de denunciar un tratado o retirarse de él. A pesar de su carácter facultativo, la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional, una vez efectuada, no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance.⁴⁷

5.2. ¿Denuncia de la competencia de la CIDH?

Algunos Estados han hecho declaraciones sobre su intención de ‘retirarse’ de la CIDH, lo cual, resulta jurídicamente inviable. Basta recordar que la CIDH fue creada en 1959 y se reunió por primera vez en 1960, en un principio su función era velar el cumplimiento, por parte de los Estados, de la DADDH; con la posterior adopción y entrada en vigor de la CADH, la CIDH se integró a la misma como uno de los órganos de supervisión y cumplimiento, y como uno de los dos órganos con competencia para conocer de violaciones a ese instrumento por parte de los Estados.

La CIDH es un órgano principal de la OEA,⁴⁸ por lo que las funciones de supervisión que realiza sobre los Estados son parte de la membresía del Estado en cuestión a la Organización. De esta manera, si un Estado quisiera denunciar la competencia de la CIDH, lo que en realidad implicaría es que el Estado abandone la Organización.

6. Disposiciones transitorias

Las disposiciones o artículos transitorios de un tratado son medidas de carácter legal y cumplimiento obligatorio que se ponen en acción por un breve lapso de tiempo. Por lo que se refiere a las disposiciones transitorias, las cuales no son muy comunes en los tratados, estas se establecieron para señalar los plazos y procesos de nombramientos de los dos órganos encargados de velar por la CADH.

En el texto de la CADH existen cuatro disposiciones transitorias que se refieren al proceso de selección de los candidatos que integrarían por primera vez tanto a la CIDH como a la Corte IDH.

6.1. CIDH

Una vez que entró en vigor la CADH, el Secretario General de la OEA pidió, a los Estados miembros de la OEA, sus candidatos para miembros de la CIDH. El Secretario preparó una lista de los candidatos y la envió a los Estados miembros de la Organización. La elección de los miembros se hizo por votación secreta en la Asamblea General y fueron elegidos los candidatos que obtuvieron tanto el mayor número de votos como la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. La integración y la elección de los miembros de la CIDH se rige por el capítulo VII de la CADH.

6.2. Corte IDH

Una vez que entró en vigor la CADH, el Secretario General de la OEA solicitó, a los Estados partes de la Convención, una lista de sus candidatos para jueces de la Corte IDH en un plazo de noventa días. El Secretario preparó una lista de los candidatos por orden alfabético y la comunicó a los Estados partes, los cuales votaron de manera secreta en la Asamblea General de la OEA. Tal y como ocurrió en el caso de la CIDH, fueron elegidos los candidatos que obtuvieron tanto el mayor número de votos como la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes. La integración y el proceso de selección de los jueces se establecen en el Capítulo VIII de la CADH.

47 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. 1999, párrs. 50-52. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. 1999, párrs. 51-53.

48 Ver el comentario a los artículos 34 a 41 (organización y funciones de la CIDH) a cargo de Tojo.

Sección Especial

Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales

Fondo y Reparaciones

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C n.º 11. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. F. 1991.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C n.º 66. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. EP. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C n.º 91. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C n.º 105. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n.º 116. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C n.º 142. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Serie C n.º 145. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 165. En adelante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 185. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C n.º 328. En adelante: Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C n.º 334. En adelante: Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. EPFRC. 2017.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C n.º 346. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFRC. 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 de junio de 2007.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 14 de junio de 2016, AG/RES.2888 (XLVI-O/16).

Organización Internacional del Trabajo

OIT. Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado el 27 de junio de 1989, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Organización de las Naciones Unidas

ONU. Comisión DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003.

ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención*, Observaciones Finales respecto del Ecuador, Doc. CERD/C/62/ CO/2, 2 de junio de 2003.

ONU. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. A/RES/61/295.

ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011.

Referencias académicas

ARTHUR, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, New York, 2011.

BERISTAIN, C. M. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*. Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010.

CITRONI, G. y QUINTANA, K. I. “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

CULBERSTON, R. y POULIGNY, B. “Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between an Insider and an Outsider Knowledge”, en POULIGNY, B. et al (Eds.) *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*. United Nations University Press, Tokyo, 2008.

DE SOUSA SANTOS, B. “The Heterogenous State and Legal Plurality”, en *Law and Society Review*, n.º 40(1), p. 39, 2006.

DONOSO, G. “I have never worked with victims so victimized. Political Trauma and the Challenges of Psychotherapy in Ecuador” (Por publicarse en 2018).

ESCOBAR, A. “Worlds and Knowledges Otherwise”, en *Cultural Studies*, n.º 21(2), p. 179, 2007.

GÓMEZ, N. “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities”, en LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

HAMBER, B. “Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition”, en DE GREIFF, P. (Ed.) *The Handbook for Reparations*. Oxford University Press, New York, 2008.

HERMAN, J. *Trauma and recovery: The aftermath of violence from domestic abuse to political terror*. New York: Basic Books, 1992.

HUYSE, L. y SALTER, M. (Eds.) *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance - IDEA, Estocolmo, 2008.

LETSCHERT, R. y VAN DIJK, J. *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*. Springer, London/New York, 2011.

MIGNOLO, W. “Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking”, en MIGNOLO, W. y ESCOBAR, A. *Globalization and the Decolonial Option*. Routledge, London-New York, 2010.

RUBIO-MARÍN, R. et al. “Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala”, en ARTHUR, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, New York, 2011.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5, año 3, p. 43, 2006.

SAID, E. “From Orientalism”, en WILLIAMS, P. y CHRISMAN, L. (Eds.) *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*. Harvester Wheatsheaf, New York-London, 1993.

VAN DER KOLK, B. A. *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*. New York: Viking, 2014.

VRDOLJAK, A. “Reparations for Cultural Loss”, en LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

Otras referencias no académicas

ESPINOZA CUEVAS, V. et al. *Comisiones de la Verdad. ¿Un camino incierto?* Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

International Center for Transitional Justice (ICTJ), Truth and Memory. Strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions: A Practitioner’s Resource, New York, 2012.

Otras fuentes bibliográficas sugeridas

- AKERMAN SHEPS, A.P. “The Dispute over the Raposa Serra do Sol Reserve Demarcation: A Matter of Indigenous Constitutional Rights or National Sovereignty?”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 10, p. 279, 2010.
- ALMENDRA MARTINS, E. y MONT’ALVERNE BARRETO LIMA, M. “Proteção dos povos originais e tribais como reforço da pluralidade no Estado: incentivo na formação de uma cidadania plural por meio das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en D’ÁVILA LOPES, A. M. y MONT’ALVERNE BARRETO LIMA, M. (Eds.) *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2017.
- ALVARADO, L. J. “Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples’ Human Rights in International Law: Lessons from the Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.º 24(3), p. 609, 2007.
- ÁLVAREZ, Y. “Derechos territoriales indígenas, pluralismo jurídico y alternativas al desarrollo: Notas sobre una relación indisoluble”, en *Revista Deusto de Derechos Humanos*, n.º 2, p. 95, 2017.
- AMIOTT, J. A. “Environment, Equality, and Indigenous Peoples’ Land Rights in the Inter-American Human Rights System: *Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni vs. Nicaragua*”, en *Environmental Law*, n.º 32, p. 873, 2002.
- ANAYA, S. J. y WILLIAMS, R. “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights Over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System”, en *Harvard Human Rights Journal*, n.º 14, p. 33, 2001.
- ANAYA, S. J. y GROSSMAN, C. “The Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.º 19(1), p. 1, 2002.
- ANTKOWIAK, T. M. “*Moiwana Village vs. Suriname*: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Berkeley Journal of International Law*, n.º 25(2), p. 268, 2007.
- ANTKOWIAK, T. M. “Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court”, en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, n.º 35(1), p. 113, 2014.
- ANTKOWIAK, T. M. “A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, n.º 25(1), p. 1, 2014.
- BARELLI, M. “The Interplay Between Global and Regional Human Rights Systems in the Construction of the Indigenous Rights Regime”, en *Human Rights Quarterly*, n.º 32, p. 951, 2010.
- BENNET, T. et al. *African Perspectives on Transitional Justice*. Intersentia, Cambridge, 2012.
- BERRAONDO, M. “Indigenous Peoples and Natural Resources under the Inter-American System of Human Rights: Between Privatization and the Exercise of Human Rights”, en DE FEYTER, K. y GOMEZ ISA, F. (Eds.) *Privatization and the Exercise of Human Right in the Age of Globalization*. Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005.
- BERRAONDO, M. (Coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- BRUNNER, L. “The Rise of Peoples’ Rights in the Americas: The *Saramaka People* Decision of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Chinese Journal of International Law*, n.º 7, p. 699, 2008.
- BURGORGUE-LARSEN, L. “The Rights of Indigenous Peoples”, en BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, Oxford, New York, 2011.
- BURKE, S. “Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights”, en *Minnesota Journal of International Law*, n.º 20, p. 123, 2011.
- CAMPBELL-DURUFLÉ, C. “El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos”, en *Revista CEJIL*, n.º 5, p. 65, 2009.
- CASTRILLÓN ORREGO, J. D. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en BECERRA RAMÍREZ, M. (Coord.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. UNAM, México, 2007.
- CASTRILLÓN ORREGO, J. D. *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia*. UNAM, México, 2006.
- CHING SOTO, L. “Los derechos de los pueblos indígenas. El Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ZERBINI RIBEIRO LEÃO, R. *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Ensaios em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*, n.º 5, SAFE, Porto Alegre, 2005.
- CHING SOTO, L. “Reparations in the Inter-American System of Human Rights: An Analysis of the Jurisprudence on Collective Cases of Indigenous Peoples and the Economic, Social and Cultural Aspects of their Reparations”, en *Revista IBDH*, n.º 10(10), p. 219, 2010.
- CLARIDGE, L. “Implementing Minority and Indigenous Peoples’ Rights: Regional Comparisons”, en *Inter-American and European Human Rights Journal*, n.º 8, 2016.
- CLAVERO, B. “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y *Awas Tingni*”, en *Revista IIDH*, n.º 39, p. 257, 2004.

- CONTRERAS-GARDUÑO, D. y ROMBOUTS, S. “Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights”, en *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, n.º 27, p. 4, 2010.
- COPELLO BARONE, N. P. “Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias”, en *Revista IIDH*, n.º 62, 2015.
- CUNEO, I. M. “The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.º 22(1), p. 53, 2005.
- DE OLIVEIRA REBELO, M. N. “O Povo Saramaka versus Suriname: Uma Análise Sob O Olhar De Clifford Geertz”, en *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n.º 14, p. 95, 2011.
- DEL VALLE CÓBAR, D. *Violencia política y poder comunitario*. ECAP, Guatemala, 2004.
- DONOSO, G. “Inter-American Court of Human Rights’ Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach”, en *Revista IIDH*, n.º 49, p. 29, 2010.
- DONOSO, G. “Sacred Fire as Healing. Psychosocial Rehabilitation and Indigenous Peoples in the Inter-American Court’s Judgments”, en HAECK, Y. et al. (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.
- DULITZKY, A. “Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, n.º 26, p. 137, 1998.
- DULITZKY, A. “Cuando los afrodescendientes se transformaron en ‘pueblos tribales’”, en *El Otro Derecho*, n.º 41, p.13, 2010.
- DURANGO CORDERO, R. “Los derechos de los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *American University International Law Review*, n.º 24(1), p. 7, 2008.
- FODELLA, A. “Indigenous Peoples, the Environment, and International Jurisprudence”, en Boschiero, N. et al (Eds.) *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*. Springer, The Hague, 2013.
- FUENTES, I. “Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa”, en *Revista CEJIL*, n.º 2, p. 69, 2006.
- FUENTES, A. “Protection of Indigenous Peoples’ Traditional Lands and Exploitation of Natural Resources: The Inter-American Court of Human Rights’ Safeguards”, en *International Journal on Minority and Group Rights*, n.º 24(3), p. 229, 2017.
- GILLER, J. “Caring for ‘Victims of Torture’ in Uganda: Some personal reflections”, en BRACKEN, P. J. y PETTY, C. (Eds.) *Rethinking the Trauma of War*. Free Association Books, Londres, 1998.
- GÓMEZ ISA, F. (Ed.) *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- GÓMEZ ISA, F. “El derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales: conflicto social y ambiental a la luz del caso Awas Tingni”, en *Conflicto Social*, n.º 7, p. 87, 2012.
- GÓMEZ ISA, F. “Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights”, en *Human Rights Quarterly*, n.º 36(4), p. 722, 2014.
- GONZÁLEZ VOLIO, L. “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua”, en *Revista IIDH*, n.º 41, p. 317, 2005.
- GUERRA GONZÁLEZ, G. *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.
- HANNUM, H. “The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System”, en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. (Eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1998.
- HERZFELD-BACIC, R. et al. *Muerte y desaparición forzada en La Araucanía: Una aproximación étnica*. Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 1998.
- IORNS MAGALLANES, C. J. “Indigenous Political Representation: Latin America and International Human Rights Law”, en *Journal of New Zealand Studies*, n.º 11, p. 93, 2011.
- ITUARRE, C. “Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el Sistema Interamericano”, en MARTIN, C. et al. (Eds.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, American University & Distribuciones Fontamara, México, 2004.
- ITURRALDE, D. “Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación”, en *Revista IIDH*, n.º 39, p. 233, 2004.
- KREIMER, O. “Collective Rights before the Inter-American Human Rights System”, en *Organization of American States, American Society of International Law Proceedings*, 2000.
- LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

- LÓPEZ MURCIA, J. D. “La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al Caso de las comunidades campesinas en Colombia”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 14, p. 71, 2009.
- MACKAY, F. *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de derechos humanos*. IWGIA, Copenhagen, 2002.
- MCKENZIE, S. “Yakye Axa v. Paraguay: Upholding and Framing the Human Right to Water”, en HAECK, Y. *et al.* (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.
- MARTIN, C. “The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System”, en *Leiden Journal of International Law*, n.º 19, p. 491, 2006.
- NASH ROJAS, C. “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AYLWIN, J. (Ed.) *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Universidad de la Frontera, Temuco, 2004.
- ODELLO, M. “Indigenous peoples’ rights and cultural identity in the inter-American context”, en *The International Journal of Human Rights*, n.º 16(1), p. 25, 2012.
- ORMACHEA, P. A. “Moiwana Village: The Inter-American Court and the ‘Continuing Violation’ Doctrine”, en *Harvard Human Rights Journal*, n.º 19, p. 283, 2006.
- PASQUALUCCI, J. M. “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Human Rights Law Review*, n.º 6(2), p. 281, 2006.
- PASQUALUCCI, J. M. “International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en *Wisconsin International Law Journal*, n.º 27 (1), p. 51, 2009.
- PATÍÑO PALACIOS, L. A. “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.º 7, p. 69, 2014.
- PENTASSUGLIA, G. “Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights”, en *European Journal of International Law*, n.º 22(1), p. 165, 2011.
- POSENATO, N. “La giurisprudenza della Corte Interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali”, en *Revista DPC Online*, n.º 34(1), 2018.
- RAISZ, A. “Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights: New Century, New Era?”, en *Miskolc Journal of International Law*, n.º 5(2), p. 35, 2008.
- RAMÍREZ, A.D. “El Caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, en *Revista IIDH*, n.º 41, p. 347, 2005.
- RINALDI, K. “Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿Un Paso atrás en cuanto al Fundamento de los Derechos de las Sociedades Tradicionales?”, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n.º 12, p. 243, 2012.
- RIVERA, F. y RINALDI, K. “Pueblo Saramaka vs. Surinam: El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo”, en *Revista CEJIL*, n.º 4, p. 80, 2008.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. “El Caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua”, en AYLWIN, J. (Ed.) *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Universidad de la Frontera, Temuco, 2004.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “La justicia indígena en el Ecuador: Pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en GAMBOA, C. *et al.* *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales”, en HUBER, R. *et al.* (Coord.) *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2008.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano”, en MEJÍA, J. (Ed.) *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Casa San Ignacio, Tegucigalpa, 2012.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Indigenous Corporal Punishments in Ecuador and the Prohibition of Torture and Ill-Treatments”, en *American University International Law Review*, n.º 28(4), p. 975, 2013.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “The International Responsibility of the State for the Conduct of Indigenous Legal Systems: The Case of Ecuador”, en HAECK Y. *et al.* (Eds.) *International Human Rights Law from Theory to Practice*. Intersentia, Antwerp, 2013.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Finding the Right Judge: Challenges of Jurisdiction between Indigenous and Ordinary Adjudicators in Ecuador”, en *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n.º 49(1), p. 3, 2017.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “You Have No Right to Remain Silent: Self-Incrimination in Ecuador’s Indigenous Legal Systems”, en *American Journal of Comparative Law*, n.º 65, p. 659, 2017.
- SALMÓN, E. “Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción”. GTZ, Lima, 2010.

SALVADOR FERRER, Á. “El fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva para las comunidades indígenas”, en *Revista IIDH*, n.º 62, 2015.

SÄUBERLI, G. “The Case of the Kichwa Peoples of the Sarayaku v. Ecuador. Constructing a Right to Consultation and to Cultural Identity?”, en HAECK, Y. *et al.* (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.

SCHETTINI, A. “Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: Un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 17, p. 65, 2012.

SIMON, S. “La protección de las lenguas minoritarias en los sistemas americanos y europeos de derechos humanos”, en *Revista CEJIL*, n.º 4, p. 148, 2008.

STAVENHAGEN, R. “Derecho indígena y derechos humanos en América Latina”. IIDH, Colegio de México, México, 1988.

TONIATTI, R. “El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural. Notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en RUSSO, A. M. *et al.* *Challenges of Legal Pluralism*. Número especial de *Inter-American and European Human Rights Journal*, n.º 9(1), p. 118, 2016.

TORO HUERTA, M. I. “El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *AMDÍ*, n.º 10, p. 49, 2010.

TORRES RIVAS, E. “Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos”. IIDH, San José, 1996.

VILLAGRA, R. “Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista CEJIL*, n.º 2, p. 59, 2006.

VUOTTO, J. P. “Awat Tigni vs. Nicaragua: International Precedent for Indigenous Land Rights”, en *Boston University International Law Journal*, n.º 22(1), p. 219, 2004.

WEMMERS, J. “Victim Reparation and the International Criminal Court”, en *International Review of Victimology*, n.º 16, p. 123, 2009.

YRIART, M. “Jurisprudence in a Political Vortex. The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects – The Implementation of *Saramaka v. Suriname*”, en HAECK, Y. *et al.* (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.

Otras fuentes no bibliográficas sugeridas

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual de litigio de casos de racismo ante el Sistema Interamericano de derechos humanos*. IIDH, San José, 2008.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual sobre derechos humanos de las mujeres indígenas*. IIDH, San José, 2008.

Organización Panamericana de la Salud. *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias*. Manuales y Guías sobre Desastres, Washington D.C., 2002.

Contenido

1. Introducción	1138
2. Parte I: Jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto al fondo del asunto	1139
2.1. Pueblos indígenas y pueblos tribales	1139
2.2. Auto-identificación de los pueblos indígenas	1139
2.3. ¿Violaciones en perjuicio de la comunidad o de sus miembros?	1141
2.4. Derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 de la CADH)	1142
2.5. Derecho a la vida (artículo 5 de la CADH)	1145
2.6. Derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH)	1147
2.7. Garantías judiciales (artículo 8 de la CADH)	1150
2.8. Derecho a usar la lengua propia (artículo 13 de la CADH)	1152
2.9. Derecho a la familia (artículo 17 de la CADH)	1153

2.10. Derecho a la propiedad comunal (artículo 21 de la CADH)	1153
2.11. Consulta previa, accesible, libre e informada	1166
2.12. Derechos de los niños (artículo 19 de la CADH).....	1175
2.13. Derechos políticos (artículo 23 de la CADH)	1176
2.14. Defensores de derechos indígenas.....	1179
3. Parte II: Reparaciones ordenadas por la Corte IDH	1180
3.1. Beneficiarios de las reparaciones.....	1182
3.2. Daño material	1183
3.3. Daño inmaterial.....	1185
3.4. Identificación, demarcación, titulación, entrega, rehabilitación y saneamiento del territorio ancestral	1186
3.5. Creación de un mecanismo eficaz de reclamación de tierras.....	1188
3.6. Garantizar el derecho de consulta	1189
3.7. Estudios de impacto ambiental.....	1190
3.8. Entrega de suministros básicos	1190
3.9. Reconocimiento de la personalidad jurídica.....	1190
3.10. Otorgamiento de becas para educación	1190
3.11. Atención médica y psicológica.....	1191
3.12. Programa de registro y documentación	1193
3.13. Sistema de comunicación para casos de emergencia.....	1193
3.14. Reformas a la legislación interna para garantizar la participación política de los pueblos indígenas	1194
3.15. Educación	1194
3.16. Búsqueda de la persona desaparecida.....	1195
3.17. Sanción a los responsables de violaciones a derechos humanos.....	1195
3.18. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional	1195
3.19. Publicación y difusión en idioma indígena	1197
3.20. Recuperación de la memoria colectiva.....	1198
3.21. Programas de vivienda, salud, producción, infraestructura y desarrollo.....	1198
3.22. Garantías de seguridad.....	1200
3.23. Programas de capacitación a funcionarios públicos	1200
3.24. Riesgos	1200
4. Conclusiones	1201

1. Introducción

Las violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en nuestro continente no han sido ajenas a la Corte IDH. El Tribunal ha conocido una serie de casos que incluyen el desconocimiento de derechos territoriales, masacres y ejecuciones extrajudiciales de indígenas; violaciones sexuales a mujeres indígenas; indígenas privados de libertad; impedimentos para la participación política, entre otros temas. En cada uno de los casos, la Corte IDH ha hecho uso de una interpretación evolutiva de la CADH, de tal suerte que las normas previstas en esta, aun cuando no fueron diseñadas en un inicio para abarcar las particularidades propias de los pueblos indígenas, guarden consonancia con los avances en el derecho internacional y en el derecho nacional de los Estados partes.¹ Conceptos como propiedad comunitaria, uso del propio idioma e integridad cultural son algunos ejemplos de cómo el Tribunal ha logrado construir en el articulado de la CADH pautas que los Estados del continente deben seguir a la hora de resolver asuntos indígenas o proteger los derechos comunales de estos pueblos en las legislaciones domésticas.

¹ Para un estudio más acabado de las técnicas interpretativas utilizadas por la Corte IDH, ver el comentario sobre el artículo 29 (normas de interpretación) a cargo de Rodríguez.

En apartados anteriores de esta obra se ha hablado de la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los jueces y tribunales nacionales deben velar por que la interpretación y aplicación de la normativa local esté en consonancia con la CADH y las interpretaciones que sobre esta ha realizado la Corte IDH. En tal sentido, esta sección especial tiene como objetivo presentar al lector los estándares que la Corte IDH ha fijado respecto a los derechos de los pueblos indígenas y las reparaciones que deben otorgárseles en caso de que tales derechos sean vulnerados.

Dos apartados componen esta sección. El primero de ellos muestra todos estos avances jurisprudenciales por tema o derecho, en una suerte de sistematización de los criterios más relevantes que la Corte IDH ha adoptado a lo largo de su historia. El segundo apartado está dedicado al estudio de las reparaciones que la Corte IDH ha ordenado en casos de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Es de resaltar que el análisis a profundidad de cada derecho o tema ya ha sido presentado en esta obra por otros autores, por consiguiente, lo que a continuación se describe es un panorama mucho más acotado, en donde cada derecho o tema se analiza única y exclusivamente respecto a los pueblos indígenas y tribales. El lector deberá tener presente que a los indígenas les son aplicables tanto los estándares interamericanos descritos de manera general en los anteriores comentarios, como los estándares específicos que a continuación se detallan.

2. Parte I:

Jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto al fondo del asunto

2.1. Pueblos indígenas y pueblos tribales

Los reclamos por violaciones a los derechos humanos ante el SIDH provienen tanto de pueblos originarios –los pueblos indígenas–, como de pueblos que aun cuando no son originarios en nuestro continente conservan todavía gran parte de su cultura y tienen formas de organización propia –los pueblos tribales–. Es así que la Corte IDH ha tenido que definir si la aplicación de la Convención debe o no ser la misma para cada uno de estos pueblos.

En el caso *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH observó que los miembros de dicho pueblo no eran originarios de la región en la que habitaban, sino que fueron llevados durante la época de la colonización de lo que hoy se conoce como Surinam como esclavos provenientes del África. Sus ancestros escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas.² La Corte IDH consideró que los miembros del pueblo saramaka conformaban una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas eran diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulaban, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. La Corte IDH concluyó que su jurisprudencia sobre pueblos indígenas era también aplicable a pueblos tribales, dado que compartían “características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo”.³

Teniendo en cuenta lo anterior, todo lo que a continuación se analizará es aplicable tanto a los pueblos indígenas como a los pueblos tribales.

2.2. Auto-identificación de los pueblos indígenas

En el caso *Pueblo Saramaka*, citado anteriormente, el Estado argumentó que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo saramaka en la “sociedad moderna” había afectado su distinción

2 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 79.

3 *Ibidem*, párrs. 84-86.

cultural, de modo que resultaba difícil definirlos como una personalidad legal. El Estado cuestionaba si se podía definir legalmente a los saramakas de una forma que tomara en cuenta los distintos grados en que varios miembros del pueblo se adherían a las leyes, costumbres y economía tradicional, particularmente aquellos que vivían fuera del territorio saramaka.

La Corte IDH resolvió que el hecho de que algunos miembros vivieran fuera del territorio tradicional y en un modo distinto de otros saramakas que vivían dentro del territorio de conformidad con las costumbres de su pueblo, no afectaba “la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad”. La cuestión de si algunos miembros podían afirmar ciertos derechos comunales en nombre del pueblo era una cuestión que debía resolver “sólo el pueblo saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o [la] Corte”. La falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes saramakas por parte de algunos miembros no podía utilizarse, a criterio de la Corte IDH, como un pretexto para denegar al pueblo saramaka sus derechos.⁴

En otro caso, la Corte IDH constató que dos familias que anteriormente pertenecían a la comunidad yakye axa –cuyo caso fue decidido por la Corte IDH con anterioridad–,⁵ ahora formaban parte de la comunidad sawhoyamaya. Al respecto, la Corte IDH resolvió:

Si bien es cierto que estas familias figuraron como miembros de la comunidad Yakye Axa y por lo tanto como víctimas de las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte Interamericana en su sentencia sobre ese caso, a partir del censo realizado el mes de diciembre del año 2004 figuran como miembros de la comunidad Sawhoyamaya. La decisión de estas familias de separarse de la comunidad Yakye Axa para integrar la comunidad Sawhoyamaya, ambas comunidades indígenas del pueblo Enxet-Lengua, así como la decisión de los miembros de la comunidad Sawhoyamaya de aceptarlos como parte de su comunidad, no puede más que ser respetada por este Tribunal.⁶

En el caso *Xákmok Kásek*, el Estado solicitó la suspensión del proceso internacional debido a que encontró “contradicciones” en la denominación y pertenencia étnica de la comunidad, lo que, según su criterio, “impedirían la titulación de tierras a su favor”.⁷ Señaló distintos documentos que, a su juicio, producirían confusiones en cuanto a la identificación o pertenencia étnica de la comunidad, siendo que en algunos casos aparecía como perteneciente al pueblo enxet, en otros como enxet-lengua y en otras oportunidades como sanapaná. Explicó que la pertenencia étnica a un pueblo constituía un “elemento esencial para una transferencia de propiedad”.⁸

La Corte IDH observó que la identificación de la comunidad, desde su nombre hasta su composición, era “un hecho histórico social” que hacía parte de su autonomía. Por tanto, la Corte IDH y el Estado debían limitarse “a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma cómo esta se auto-identifique”. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH conforme a la prueba aportada, determinó que la historia particular de la comunidad y de la zona en la que había habitado explicaría su conformación multiétnica, lo que el Estado “conocía o debió conocer previamente”. Adicionalmente, comprobó que, tal y como lo alegaba el Estado, la comunidad constaba en los registros públicos con un nombre distinto al de *xákmok kásek*. No obstante, los representantes de la comunidad habían solicitado a las autoridades públicas que corrigiesen tal error, solicitud que no tuvo respuesta. El Tribunal determinó que en vista de que dependía de los organismos estatales correspondientes las rectificaciones solicitadas, “no sería razonable la procedencia de la solicitud del Estado en relación a la suspensión del [...] caso”.⁹

4 *Ibidem*, párr. 164.

5 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

6 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 206.

7 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 33.

8 *Idem*.

9 *Ibidem*, párrs. 37, 43 y 49.

En el caso *Triunfo de la Cruz*, el Estado alegó que la comunidad peticionaria no sería un pueblo indígena u originario. La Corte IDH rechazó este argumento señalando que el Estado nunca cuestionó la condición de indígena de la comunidad en el procedimiento ante la CIDH. El Estado esperó hasta la audiencia pública ante la Corte IDH para presentar este argumento. Según la Corte IDH, si un Estado ha adoptado una determinada posición, no puede luego, en virtud del principio de *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas con base en el cual se guió la otra parte.¹⁰ Adicionalmente, la Corte IDH recordó que la protección ofrecida por la CADH, es la misma a nivel internacional independientemente de la calificación que se le dé a nivel interno, por lo que “el desconocimiento del estado de la comunidad como un pueblo originario no tiene incidencia alguna en los derechos de los cuales esta y sus miembros son titulares, ni en las obligaciones estatales correspondientes”.¹¹

Como puede observarse, el criterio de auto-identificación de quién es parte de una comunidad o pueblo tiene un lugar preferente sobre cualquier identificación que el Estado realice. Asimismo, para la Corte IDH, ella misma y los Estados deben respetar las decisiones que miembros determinados de cierto grupo, así como el grupo mismo, adopten sobre quiénes son los integrantes de tal colectividad, siempre y cuando tales decisiones no violen derechos humanos generalmente reconocidos. Además, aun cuando ciertas personas hayan dejado de compartir la cultura o las prácticas tradicionales de su otrora grupo, ello no es suficiente para negar los derechos que al grupo asisten. Finalmente, los conflictos entre la comunidad y sus integrantes o exintegrantes es una cuestión que, en principio, debe ser resuelta por la propia comunidad.

2.3. ¿Violaciones en perjuicio de la comunidad o de sus miembros?

Otro aspecto que la Corte IDH ha tenido que enfrentar es la definición de quién puede ser considerado víctima en casos de violaciones en perjuicio de los indígenas: la colectividad o sus integrantes. La posición inicial de la Corte IDH fue la de considerar como víctimas a los miembros del pueblo o comunidad, mas no a la comunidad o pueblo como ente colectivo. La Corte IDH nunca dio a conocer las razones de su proceder. La única explicación que se cuenta fue dada por el juez García Ramírez en su voto adjunto a la sentencia *Yatama*. Según el juez García Ramírez, a la luz del artículo 1.2. de la CADH, el concepto de “persona” incluye solamente al ser humano, al individuo, como titular de derechos y libertades, y la Corte IDH no podría “exceder esta frontera establecida por la Convención que fija su competencia”.¹²

Esta posición de la Corte IDH respecto al titular de los derechos protegidos por la CADH chocaba con su vanguardista posición respecto al contenido de los derechos protegidos. Como se verá más adelante, la Corte IDH ha interpretado que ciertos derechos de la CADH tienen un sentido colectivo. Por ejemplo, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad sobre tierras y recursos naturales, o el derecho a la organización propia a efectos de participar en las elecciones, todos ellos han sido interpretados de manera colectiva, pero fueron depositados en los *miembros* del grupo y no en el grupo como tal. Contrariamente, muchas de las reparaciones que se han otorgado por la violación de esos derechos han sido ordenadas en favor de la comunidad como tal. Este tipo de interpretación creó discrepancias difíciles de solucionar. Por mencionar una, en *Saramaka* muchos de los miembros del pueblo tenían reconocida la propiedad individual de su parcela de terreno. Asimismo, ninguno de los miembros del pueblo se quejó de alguna violación a su derecho individual al reconocimiento de su personalidad jurídica, el problema era que el pueblo, la colectividad, no tenía reconocido un título de propiedad sobre las tierras tradicionales y el pueblo, la colectividad, no era reconocido como persona jurídica. En ambas situaciones, la Corte IDH encontró una violación a los derechos humanos, pero no depositó la titularidad de los derechos en el pueblo sino en sus miembros, cuando los miembros individualmente considerados no tenían problema alguno, sino era el pueblo el

10 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 22.

11 *Ibidem*, párr. 57.

12 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

que no podría ejercer o defender sus derechos. Reconocer entonces que el pueblo es la víctima de la violación traería más nitidez y menos equívocos en el análisis jurídico.

Por otro lado, la culpa y el castigo, victimización y reparación son vistas como colectivas en muchas sociedades, mientras que los sistemas modernos de justicia están designados para identificar responsabilidades individuales. En este sentido, el reconocimiento de los grupos indígenas como colectividades con identidades, características y requerimientos específicos es esencial. Sin este reconocimiento es probable que las medidas adoptadas para garantizar verdad, justicia y reparación no cumplan efectivamente con su objetivo y, peor aún, pueden llegar a causar daño al grupo (por ejemplo, causando rupturas dentro de la colectividad o la imposición de las alteraciones de sus tradiciones y costumbres).¹³

Afortunadamente, esta tradicional posición de la Corte IDH empezó a ceder paulatinamente. Los primeros pasos se dieron con el voto del juez Vio Grossi en el caso *Xákmok Kásek*. El juez Vio Grossi expuso que el actual derecho internacional está tomando un giro hacia la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en tanto pueblos, por lo que debería empezar a considerarse al pueblo como víctima de la violación de los derechos protegidos en la CADH.¹⁴

El paso definitivo hacia el reconocimiento de la comunidad o pueblo como sujeto de derechos lo dio la Corte en el 2012 en su sentencia en el caso *Sarayaku*. La Corte IDH señaló:

En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva [. L]a Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.¹⁵

A partir de *Sarayaku*, la Corte IDH ha venido declarando la violación de los derechos del pueblo o comunidad indígena y no solamente de sus miembros. Lográndose con ello una sincronización entre la jurisprudencia interamericana y los nuevos avances en derecho internacional relativos a los derechos de los pueblos indígenas.

2.4. Derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 de la CADH)

2.4.1. Derecho a la personalidad jurídica de los miembros de una comunidad

En el caso *Aloeboetoe*, la identificación de los hijos de las víctimas, sus cónyuges y ascendientes ofreció graves dificultades a las partes y a la Corte IDH. Se trataba de miembros de un pueblo que vivían en la selva y que se expresaban solo en su lenguaje nativo. Los matrimonios y los nacimientos generalmente no eran registrados por el Estado y cuando así ocurría, no se incluían datos suficientes para acreditar enteramente la filiación de las personas. La cuestión de la identificación se tornó aún más difícil debido a la práctica de la poligamia.¹⁶

El Estado surinamés afirmó que a efectos de otorgar las reparaciones solicitadas por las víctimas se requería conocer, basados en datos racionales y ciertamente comprobables, detalles específicos de todas las víctimas, respecto del elenco familiar que quedó desprotegido.

13 Arthur, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, New York, 2011, p. 24.

14 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010. Voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 25 y 26.

15 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 231.

16 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 63.

La Corte IDH consideró que la identidad de las personas debía probarse, “en general, mediante la documentación correspondiente”, pero dado que en el caso en cuestión se demostró que la situación en que se encontraban las víctimas se debía en gran medida a que el Estado no mantenía en la región los registros civiles en número suficiente y, por ello, no podía otorgar la documentación a todos los habitantes, la Corte IDH resolvió que:

Surinam no p[odía] exigir entonces que se pr[obara] la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región [...] [además que] Surinam no ha[bía] ofrecido en e[l] litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores.¹⁷

Por tales razones, la Corte IDH rechazó el argumento del Estado y procedió a decretar lo pertinente sobre las personas que la CIDH identificó con las pruebas que tuvo a su alcance y que fueron calificadas por el Tribunal como “verosímiles”, “teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. La Corte IDH, no obstante, no decretó una violación al derecho reconocido en el artículo 3 de la CADH. De hecho, la CIDH tampoco solicitó en su demanda que se declarara tal violación.

Años después, en *Sawhoyamaya*, la Corte IDH tuvo por demostrado que 18 miembros de la comunidad, que fallecieron y sus muertes fueron atribuidas a omisiones del Estado, no contaron con registros de nacimiento y defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad.¹⁸ Los miembros de la comunidad vivían en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, y tenían serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el debido registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos de identidad.

La Corte IDH indicó que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representaba un parámetro para determinar si una persona era titular o no de los derechos de que se trate, y si los podía ejercer. Señaló que la violación de aquel reconocimiento suponía “desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones”, y ponía al individuo en una situación vulnerable. Según la Corte IDH, era deber del Estado “procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pu[diera] ser ejercido por sus titulares”. En especial, el Estado estaba obligado a “garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les asegur[ara] el ejercicio de[l] derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.¹⁹

Al haberse demostrado que: 1. los miembros de la comunidad permanecieron en un “limbo legal” en el que “si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”; y 2. era deber del Paraguay implementar mecanismos que permit[ieran] a toda persona obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, [fueran] accesibles jurídica y geográficamente. Para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la Corte IDH estimó que el Estado había violado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la CADH.²⁰ La Corte IDH reiteró esta jurisprudencia en otro caso indígena contra el Paraguay: el caso *Xákmok Kásek*.²¹

En suma, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica comprende, entre otros, el derecho a contar con documentos de identidad, que permitan al portador ejercer sus derechos y contraer obligaciones. Para hacer efectivo este derecho, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas que faciliten a las personas en situación de vulnerabilidad, como los miembros de pueblos indígenas y tribales, el acceso a tales documentos. La falta de medidas positivas acarrearía la responsabilidad internacional del Estado.

17 *Ibidem*, párr. 64.

18 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 190.

19 *Ibidem*, párr. 189.

20 *Ibidem*, párrs. 186-194.

21 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 251.

2.4.2. Derecho a la personalidad jurídica de la comunidad

En la sentencia del caso *Yakye Axa*, la Corte IDH consideró que el otorgamiento de personería jurídica a las comunidades indígenas servía para “hacer operativos” los derechos ya existentes de tales comunidades, “que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”. Es así que:

[s]us sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma.

La personería jurídica era “el mecanismo legal” que les confería el estatus necesario para gozar de ciertos derechos y exigir su protección cada vez que se vieran vulnerados. La Corte IDH concluyó que la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, era “otro derecho garantizado a la comunidad indígena, como sujeto de derechos”.²²

En este caso, la Corte IDH no decretó una violación del artículo 3 de la CADH, puesto que la comunidad yakye axa sí estaba legalmente reconocida en el Paraguay y tenía personalidad jurídica propia. Diferente fue el resultado en el caso *Pueblo Saramaka*, en el que el Estado no reconocía al pueblo saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Del mismo modo, el Estado no reconocía al pueblo como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial frente a alguna violación de sus derechos.²³

Esta condición colocaba al pueblo en una “situación vulnerable”.²⁴ Sobre el particular, la Corte IDH notó que, sin desconocer que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de las comunidades era necesario, “dicho reconocimiento individual no tom[ó] en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el saramaka en particular, goza[ba]n y ejerc[ía]n un derecho en especial”.²⁵ Particularmente, respecto al derecho a la propiedad comunal, la Corte IDH observó que aun cuando todo miembro individual del pueblo saramaka podía obtener protección judicial contra violaciones a sus derechos individuales de propiedad, un fallo a su favor podía también tener un efecto favorable en toda la comunidad:

En un sentido jurídico estos miembros individuales no representa[ba]n a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual depend[ía]n del individuo y no del pueblo saramaka conforme a sus tradiciones [...] [Para la Corte IDH] el reconocimiento de su personalidad jurídica e[ra] un modo, aunque no [...] el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, p[udiera] gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho.²⁶

Además, consideró que el derecho a que el Estado reconozca la personalidad jurídica del grupo es una de las *medidas especiales* que se debía proporcionar a los pueblos indígenas y tribales “a fin de garantizar que estos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”. Esta era, según la Corte IDH, “la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”.²⁷ En este caso, la Corte IDH declaró la violación del derecho de los miembros del pueblo saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la CADH, en relación con su derecho a la propiedad, de acuerdo con

22 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 82-84.

23 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 167.

24 *Ibidem*, párr. 173.

25 *Ibidem*, párr. 168.

26 *Ibidem*, párr. 171.

27 *Ibidem*, párr. 172.

el artículo 21 de dicho instrumento, y al derecho a la protección judicial, conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal.²⁸

2.5. Derecho a la vida (artículo 5 de la CADH)

2.5.1. Masacres

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH tuvo por demostrado que entre los años 1962 y 1996 en Guatemala hubo un conflicto armado interno que significó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. El Ejército, con fundamento en la doctrina de seguridad nacional, identificó a los miembros del pueblo indígena maya como “enemigos internos”, por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y operaciones de tierra arrasada que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas.²⁹

El domingo 18 de julio de 1982, llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 militares y patrulleros, que procedieron a maltratar, violar y ejecutar a los habitantes indefensos de la aldea. Alrededor de 268 personas, incluidos niños y niñas, fueron ejecutadas en la masacre.³⁰

La CIDH y los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte IDH que calificara los hechos narrados como “genocidio”. La Corte IDH respondió que en materia contenciosa “sólo tiene competencia para declarar violaciones de la CADH y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren”. No obstante, señaló que hechos como los señalados, que “afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya aquí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres”, causaron un “impacto agravado” que comprometía la responsabilidad internacional del Estado, impacto que la Corte IDH tomó en cuenta “al momento de resolver sobre reparaciones”.³¹

Igual de dramáticos fueron los hechos del caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, en donde la Corte IDH comprobó la persecución y eliminación de las víctimas, mediante una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las PAC en los años 1980 y 1982, que produjeron más de 500 personas asesinadas, varios indígenas sometidos a desaparición forzada y tortura, y varias familias desplazadas. Las masacres fueron planificadas por agentes estatales con el objetivo de exterminar la comunidad.³²

2.5.2. Ejecución de un líder comunitario

En *Escué Zapata*, la CIDH y los representantes de la víctima denunciaban que la ejecución del señor Germán Escué Zapata, cometida por miembros del Ejército colombiano, estuvo ligada “a su condición de líder y autoridad tradicional de su pueblo, y al trabajo que, en esa condición, realizaba de manera activamente comprometida con la recuperación de la tierra ancestral del pueblo Paez y con la supervivencia y desarrollo de su forma particular de vida”. El Estado controvertió lo anterior señalando que la muerte se produjo como consecuencia de “un conflicto *intra* étnico que derivó en una mala información al Ejército por parte de un indígena de la misma [e]tnia y del abuso de poder de algunos agentes estatales”.³³

La Corte IDH no pudo tener por demostrado cuál fue el móvil de la ejecución de la víctima; en específico no se pudo establecer si los militares actuaron por cuenta propia o por incitación de otros

28 *Ibidem*, párr. 175.

29 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párr. 42.7.

30 *Ibidem*, párrs. 42.12-42.21.

31 *Ibidem*, párr. 51.

32 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

33 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 54.

indígenas o de terratenientes, con el objetivo específico de ejecutar a Germán Escué Zapata por el liderazgo que tenía dentro de su comunidad. Lo anterior se debía, en gran medida, a la falta de efectividad de las investigaciones internas que no pudieron esclarecer los hechos. Pese a ello, la Corte IDH reconoció que la pérdida de un líder para el pueblo paez significó una

[...] desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su [C]omunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial.³⁴

2.5.3. Derecho a una vida digna

En el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, relativo a la situación de miseria y abandono de la citada comunidad por la falta de devolución de su territorio tradicional, la Corte IDH se pronunció sobre las obligaciones que se derivan del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1. de la CADH. La Corte IDH sostuvo que:

[...] una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. [En este sentido,] el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.³⁵

La Corte IDH concluyó que los miembros de la comunidad yakye axa vivían en condiciones de miseria extrema “como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales”, así como a la “precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras”. La Corte IDH observó que los miembros de la comunidad yakye axa “hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales”. El desplazamiento de los indígenas a estas tierras ocasionó que tuvieran especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprendía su asentamiento temporal no contaba con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la comunidad veían imposibilitado “el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios”. Estas condiciones impactaron negativamente en la debida nutrición de los miembros de la comunidad. A ello se sumaban las especiales deficiencias en la educación que recibían los niños y la inaccesibilidad física y económica de la atención en salud.³⁶

Para la Corte IDH, las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia, impactaban “de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”. Para los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran “están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia”.³⁷

En consecuencia, la Corte IDH declaró que el Estado violó el artículo 4.1. de la CADH, en perjuicio de los miembros de la comunidad yakye axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna.³⁸

34 *Ibidem*, párr. 124.

35 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 162.

36 *Ibidem*, párrs. 164-165.

37 *Ibidem*, párr. 167.

38 *Ibidem*, párr. 176.

En este mismo caso, la CIDH y los representantes alegaban que el Estado era también responsable por la muerte de 16 miembros de la comunidad por causas que habrían podido evitarse con una adecuada alimentación y asistencia médica. La Corte IDH consideró que no disponía de los elementos probatorios suficientes como para establecer las causas de los mencionados fallecimientos, por lo que no decretó una violación del derecho a la vida imputable al Estado por las mencionadas muertes.³⁹

Posteriormente, la Corte IDH conoció el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, en el que la comunidad sawhoyamaxa se encontraba en muy similares condiciones de abandono, también a la espera de la devolución de sus tierras tradicionales. En este caso, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia establecida en el caso *Yakye Axa* y agregó que:

[...] un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.⁴⁰

En el caso bajo análisis no existía controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que vivían los miembros de la comunidad sawhoyamaxa eran inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representaban para su vida. La controversia radicaba en determinar si el Estado era responsable de que las víctimas estuviesen en esas condiciones y si había adoptado las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.⁴¹ Luego de estudiar la evidencia sometida, el Tribunal consideró que tales muertes eran atribuibles al Estado.⁴²

Pese a esta jurisprudencia que define las medidas necesarias que Paraguay debía tomar para proteger el derecho a la vida digna de los indígenas, un nuevo caso contra el Paraguay, prácticamente idéntico a los anteriores, llegó a la Corte IDH pocos años después. Se trata del caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, en el cual la Corte IDH nuevamente concluyó que el Estado no había brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna de todos los miembros de la comunidad, lo que equivalía a una violación del artículo 4.1. de la CADH.⁴³ Asimismo, la Corte IDH observó que varias personas fallecieron por “enfermedades que eran de fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o mediante un control adecuado de salud”, lo que también comprometía la responsabilidad internacional del Estado.⁴⁴

2.6. Derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH)

2.6.1. Violación sexual

En el caso *Fernández Ortega y otros*, la Corte IDH analizó la violación sexual de una indígena de la comunidad me'phaa, en Guerrero. El 22 de marzo de 2002, un grupo de aproximadamente once militares se acercaron a la casa de la señora Fernández Ortega. Tres de ellos ingresaron en el domicilio sin su consentimiento y le preguntaron, en varias ocasiones, dónde se encontraba su esposo. Al no tener respuesta, los militares cometieron una violación sexual en su contra.

39 *Ibidem*, párrs. 177-178.

40 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 155.

41 *Ibidem*, párr. 156.

42 *Ibidem*, párr. 176.

43 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

44 *Ibidem*, párrs. 223-234.

México señaló ante la Corte IDH que los múltiples relatos de los hechos que la víctima hizo en el procedimiento interno –así como en el internacional– tenían varias imprecisiones. La Corte IDH observó que la señora Fernández Ortega hablaba me’paa y que para ser entendida por el funcionario del Ministerio Público que recibió su denuncia debió contar con la asistencia de una persona que no era intérprete de oficio. Otros relatos de los hechos se realizaron mediante la presentación de un escrito y no por el testimonio directo de la víctima. Dicho escrito, si bien fue firmado por la víctima, fue redactado por un tercero, quien además tuvo que reproducir en español lo que ella manifestaba en me’paa, o redactar lo que un intérprete al español le indicaba, circunstancia que, a criterio de la Corte IDH, “indudablemente p[odía] derivar también en imprecisiones”. En consecuencia, la Corte IDH resolvió que: “las diferencias de relato, más que un problema de consistencia, p[odían] deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones”. Además, los hechos relatados por la víctima se referían a un momento traumático, cuyo impacto podía causar “determinadas imprecisiones al recordarlos”.⁴⁵

Luego de dar por probados los hechos denunciados, la Corte IDH consideró que la violación sexual constituía un acto de tortura en los términos del artículo 5.2. de la CADH y 2 de la CIPST.⁴⁶ También señaló que los mismos hechos violaban el derecho reconocido en el artículo 11 de la CADH, pues el concepto de vida privada contemplado en ese artículo era un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprendía, entre otros, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte IDH estableció que la violación sexual de la víctima vulneró:

[...] valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.⁴⁷

Asimismo, la Corte IDH estableció que el Estado había incurrido en deficiencias graves en la investigación de los hechos, entre otras, la falta de traductores que hablaran me’paa.⁴⁸ Por todo ello, la Corte IDH concluyó que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la violación sexual. Hechos muy similares se presentaron en *Rosendo Cantú y otra*.⁴⁹ La señora Rosendo Cantú, otra indígena perteneciente a la comunidad me’phaa, quien al momento de los hechos era menor de edad, denunció que el 16 de febrero de 2002 se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio, cuando ocho militares se acercaron a ella y la rodearon. Dos militares la interrogaron mostrándole la fotografía de una persona y una lista con nombres. Luego de que la víctima contestara que no conocía a tales individuos, los militares procedieron a violarla y golpearla.

Horas después del ataque, la señora Rosendo Cantú acudió a un centro de salud e indicó al personal médico que recibió golpes con armas militares, pero no mencionó la violación sexual. Días más tarde acudió a un hospital donde tampoco indicó que había sido violada. La Corte IDH consideró que el hecho de que la víctima no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debía ser contextualizado “en las circunstancias propias del caso y de la víctima”. La Corte IDH indicó que “las agresiones sexuales correspond[ía]n a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar”, y que ello sucedía en las comunidades indígenas “por las particularidades tanto culturales como sociales que la víctima t[enía] que enfrentar”, en especial el rechazo por parte de su comunidad, así como por miedo a represalias. La Corte IDH tuvo en cuenta que la víctima “era una niña que [había sido] sometida a un evento traumático en el que, además de ser agredida física y sexualmente, recibió por parte de los militares que la atacaron amenazas de muerte contra los miembros de su comunidad”.⁵⁰ Es con base en esto

45 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 105.

46 *Ibidem*, párrs. 121-128.

47 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 129.

48 *Ibidem*, párrs. 184-198.

49 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

50 *Ibidem*, párr. 95.

que, a criterio de la Corte IDH, el no haber indicado la violación sexual en un inicio no desacreditaba sus declaraciones posteriores en la que sí narró el ataque.

Una vez que la Corte IDH tuvo por probados los hechos denunciados, consideró que los mismos cumplían con los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura,⁵¹ por lo que declaró culpable al Estado mexicano de la violación de los artículos 5.2. de la CADH y 2 de la CIPST. Al igual que en el caso *Fernández Ortega*, en este caso la Corte IDH también declaró la violación del derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 11 de la CADH.⁵²

En el caso *Río Negro*, la Corte IDH dio por probado que durante las masacres realizadas contra la comunidad, varias mujeres y niñas fueron constantemente violadas sexualmente y luego ejecutadas.⁵³

2.6.2. Afectación a la integridad personal

En *Bámaca Velásquez*, caso relativo a la desaparición forzada del indígena Efraín Bámaca Velásquez, la Corte IDH consideró que “el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana”. De la misma forma, señaló que “los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para estos”. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asumía “una significación muy especial” en la cultura maya, a la cual pertenecía el señor Bámaca Velásquez.⁵⁴

En el caso *Moiwana*, la Corte IDH consideró que una de las principales fuentes de sufrimiento para los miembros de la comunidad fue que ignoraban el paradero de sus seres queridos que fueron ejecutados en la masacre perpetrada por agentes estatales. Como resultado, no podían honrar a sus muertos y enterrarlos según los principios fundamentales de su cultura. Las afectaciones emocionales también se derivaban del hecho de que varios de los cadáveres fueron incinerados, lo cual era contrario a las costumbres tribales. Estos hechos fueron considerados por la Corte IDH como violatorios del artículo 5 (derecho a la integridad personal) de los familiares.⁵⁵ Además, la Corte IDH consideró que se había afectado la integridad personal de los miembros de la comunidad “por el sufrimiento que les ha[bía] causado la obstaculización, a pesar de sus esfuerzos persistentes, para obtener justicia por el ataque a su aldea, particularmente a la luz del énfasis de los N’djuka en sancionar apropiadamente las violaciones cometidas”.⁵⁶ La ausencia de recursos efectivos fue considerada por la Corte IDH como fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares; incluso creó en los miembros de la comunidad la convicción de que el Estado los discriminaba activamente.⁵⁷

Debido a la impunidad y al desconocimiento por parte de los miembros de la comunidad acerca de los motivos de tal ataque, estos habían sufrido “una profunda ansiedad” frente a la posibilidad de enfrentar hostilidades si regresaban a sus tierras tradicionales”.⁵⁸ Por todo lo anterior, la Corte IDH concluyó que los miembros de la comunidad moiwana sufrieron emocional, psicológica, espiritual y económicamente, lo que constituía una violación por parte del Estado del artículo 5.1. de la CADH.

En el caso *Xákmok Kásek*, las condiciones de vida miserables que padecían los miembros de la comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en el que se encontraban generaron, a criterio de la Corte IDH, “sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la comunidad”, todo ello en violación del artículo 5.1. de la CADH.⁵⁹

51 Para un análisis de los elementos objetivos y subjetivos de la tortura, ver el comentario al artículo 5 (derecho a la integridad personal), a cargo de Nash.

52 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 118-121.

53 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

54 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, párr. 81.

55 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 100.

56 *Ibidem*, párr. 93.

57 *Ibidem*, párr. 94.

58 *Ibidem*, párr. 97.

59 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 244.

En el caso *Río Negro*, las víctimas ejecutadas extrajudicialmente en las masacres no recibieron sepultura de conformidad con las tradiciones de la comunidad. Los cuerpos fueron tirados a un barranco y cubiertos con piedras y ramas, enterrados en fosas clandestinas, algunas víctimas fueron enterradas parcialmente y otras dejadas a la intemperie, y ciertos cuerpos fueron calcinados. Aunado a ello, los indígenas no podían realizar cualquier otro tipo de rituales, pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encontraban inundados a raíz de la construcción de una hidroeléctrica. A diferencia de los casos citados anteriormente, la Corte IDH no solamente declaró la violación del derecho a la integridad personal, sino que también declaró la violación del derecho a la libertad de conciencia y religión.⁶⁰

2.7. Garantías judiciales (artículo 8 de la CADH)

2.7.1. Derecho de las víctimas a contar con un intérprete

El acceso a la justicia estatal por parte de los pueblos indígenas está estrechamente relacionado con su capacidad de hacerse entender en su propio idioma. En *Tiu Tojín*, relativo a la desaparición forzada de dos indígenas, la Corte IDH tuvo por demostrado que los familiares de las víctimas desaparecidas enfrentaron obstáculos para acceder a la justicia, en razón a su pertenencia al pueblo indígena Maya.⁶¹

Para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que la investigación de los hechos se realizara con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debía “asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”. De mismo modo, el Estado debía garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas no tuvieran que hacer “esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación”.⁶²

En el caso *Rosendo Cantú y otra*, cuando la víctima, quien no hablaba español con fluidez, acudió a denunciar la violación sexual que padeció, no se le proveyó la asistencia de un intérprete. Ello fue calificado por la Corte IDH como un hecho que no respetó la identidad cultural de la víctima y no resultó adecuado “para asegurar la calidad del contenido de la declaración ni para proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia”.⁶³

Los dos casos narrados en este acápite muestran que el derecho a contar con un intérprete no es exclusivo de las personas acusadas de un delito, sino que también es un derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos o de sus familiares. Contar con un intérprete a la lengua oficial del órgano investigador o juzgador es una garantía básica para el acceso a la justicia, caso contrario, las violaciones a los derechos de las personas que no hablan el idioma oficial quedarían prácticamente impunes por falta de denuncia. No obstante, varias cuestiones quedan aún por resolver.

En primer lugar, no es clara la fuente normativa de la cual se deriva esta obligación. En los dos casos narrados anteriormente, el Tribunal ubicó sus consideraciones en los acápites relativos al artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH, pero no resulta claro a qué obligación concreta del artículo 8 corresponde este derecho. Recordemos que el artículo 8 es una norma que contiene una serie de obligaciones del Estado a cumplirse en procedimientos judiciales y administrativos de variada índole.⁶⁴ Parecería que la sección más adecuada para ubicar este derecho es en el “derecho a ser oído” contenido en el numeral 1 del artículo 8. Una persona no podría ser oída y, por ende, activar la acción estatal en su beneficio o en su protección, si el Estado no facilita la comprensión entre la víctima y los investigadores y juzgadores.

En segundo lugar, no resulta claro si este derecho es únicamente de los indígenas o si correspondería también a no indígenas que no hablan el idioma oficial (e.g. extranjeros). Dado que la regla general

60 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 154-165.

61 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 97.

62 *Ibidem*, párr. 100.

63 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 179.iv.

64 Para un análisis de las obligaciones estatales establecidas en el artículo 8 de la CADH (garantías judiciales), ver el comentario a cargo de Ibáñez.

es que todas las personas tienen derechos humanos independientemente de su nacionalidad, sexo, religión u otras consideraciones, parece lógico concluir que el derecho de las víctimas de ilícitos de contar con un intérprete es un derecho que protege a todos quienes se encuentran en la jurisdicción de un Estado. No obstante, sería a la vez ilógico exigir al Estado que tenga traductores capacitados en prácticamente todos los idiomas del mundo, en el evento de que un turista extranjero sea víctima de un delito mientras pasea por el territorio nacional. Lo más razonable sería entonces interpretar flexiblemente el deber estatal de proveer un intérprete, siendo más estrictos en ciertos casos y menos en otros. Por ejemplo, frente al caso de extranjeros, el Estado debería adoptar medidas razonables para que quien no hable el idioma oficial pueda hacerse entender a la hora de denunciar el ilícito del que ha sido víctima (e.g. proporcionarle los datos de contacto de la embajada del país al que el extranjero pertenece). En el caso de pueblos indígenas y tribales, la obligación del Estado debe ser interpretada de manera mucho más estricta, puesto que los indígenas habitan el territorio estatal, son ciudadanos del Estado en cuestión, y es de esperarse que los Estados tengan políticas públicas que garanticen a los integrantes de estos grupos ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás integrantes de la sociedad. En caso de miembros de pueblos indígenas que hablan idiomas en extinción o que el número total de hablantes sea en extremo reducido, la obligación del Estado podría ser menos estricta, por las dificultades prácticas que encerraría conseguir un intérprete oficial, aunque cabría analizar si el Estado tiene alguna responsabilidad por la pérdida de ese idioma.

En tercer lugar, no resulta claro de la jurisprudencia de la Corte IDH si el no contar con un intérprete a la hora de denunciar un delito podría ser violatorio de otros derechos distintos al derecho a ser oído. En *Tiu Tojín*, la Corte IDH habla de “debida diligencia” y “sin discriminación”, mientras que en *Rosendo Cantú* se habla de la “identidad cultural” y la “confidencialidad de la denuncia”, pero no se decretan violados otros derechos más allá del artículo 8 de la CADH. Nada impediría, sin embargo, que dependiendo de las circunstancias del caso concreto, la falta de un intérprete capacitado violara la igualdad ante la ley, protegida según sea el caso por los artículos 1.1. y 24 de la CADH, o la autonomía personal y vida privada (que incluiría la vida cultural y la secrecía de ciertos datos personales), protegidas por el artículo 11 de la CADH. Habrá que esperar que la Corte IDH responda en un futuro caso a estas interrogantes.

Finalmente, en *Tiu Tojín* la Corte IDH indicó que el deber del Estado es facilitar un intérprete “u otros medios eficaces para tal fin”. Es decir que este derecho se podría satisfacer por medios alternativos a un intérprete. ¿Cuáles son esos otros medios? es una pregunta que la Corte IDH difícilmente podría responder de manera general. El único estándar que la Corte IDH estableció es que tales otros medios sean “eficaces” para conseguir el fin deseado, esto es, para facilitar que las víctimas de violaciones a sus derechos humanos presenten denuncias a las autoridades estatales. Dependerá de cada Estado o de cada caso la elección entre intérpretes u otros medios, pero sea cual sea el medio elegido, el fin último de proteger el derecho a ser oído debe realizarse en la más alta medida posible.

2.7.2. Derecho a ser asistido por un defensor

En el caso *Yakye Axa*, la Corte IDH analizó el proceso penal seguido en contra de algunos miembros de la comunidad indígena. Dicho proceso inició por denuncias elevadas a las autoridades por los propietarios de las tierras que la comunidad reclamaba, quienes acusaban a los indígenas de haber iniciado sistemáticas incursiones dentro del inmueble.⁶⁵

Los líderes de la comunidad designaron un abogado a fin de que representara a los acusados en el proceso penal, lo cual fue aceptado en un inicio por el juez de la causa, pero frente a la oposición de la parte actora, el juez revocó su providencia anterior y no permitió la participación del abogado defensor.⁶⁶

65 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 50.78.

66 *Ibidem*, párr. 115.

La Corte IDH consideró que la falta de un abogado defensor constituía una violación a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la CADH. Señaló que los inculpados tenían derecho, con el objeto de ejercer su defensa, a examinar a los testigos que declararon en su contra y a su favor, así como el de hacer comparecer a personas que pudieran arrojar luz sobre los hechos.⁶⁷ La Corte IDH consideró que Paraguay, al impedir la participación del abogado defensor de los indígenas, desconoció los derechos consagrados en los artículos 8.1., 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f y 25 de la CADH.⁶⁸

2.7.3. Estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias internas

En el caso *Norín Catrimán y otros*, la Corte IDH tuvo por demostrado que en varios pasajes de las sentencias condenatorias de líderes mapuches que reclamaban su territorio se emplearon estereotipos y prejuicios étnicos. La Corte IDH consideró que la sola utilización de razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configura una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley.⁶⁹

A criterio de la Corte IDH, puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal “si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal”.⁷⁰ La Corte IDH definió el significado de “estereotipos” como “pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado”. Asimismo, la Corte IDH indicó que las condiciones discriminatorias basadas en estereotipos “socialmente dominantes y socialmente persistentes”, se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades”.⁷¹

2.8. Derecho a usar la lengua propia (artículo 13 de la CADH)

En el caso *López Álvarez* se denunciaba que el director de un centro penitenciario prohibió hablar en su idioma tradicional a la población garífuna reclusa en dicho centro, incluido el señor Alfredo López Álvarez. La Corte IDH indicó que el artículo 13.1. de la CADH consagra expresamente la libertad de difundir oralmente información, y consideró que “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que este implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas “son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.⁷²

La prohibición impuesta al señor López Álvarez y a los demás reclusos garífunas fue calificada por la Corte IDH como una medida injustificada que lesionaba “la individualidad del detenido” y no obedecía a “condiciones de seguridad o a necesidades de tratamiento”. Asimismo, sostuvo que “la observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir, la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan”. La prohibición de hablar en lengua garífuna adquiriría una “especial gravedad”, puesto que “el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna”. De ese modo, la prohibición “afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad”.⁷³

67 *Ibidem*, párr. 117.

68 *Ibidem*, párr. 119.

69 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 228.

70 *Ibidem*, párr. 223.

71 *Ibidem*, párr. 224.

72 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 164.

73 *Ibidem*, párrs. 166-169.

La Corte IDH agregó que los Estados “deb[ían] abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que t[uvieran] efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”. Además, los Estados “deb[ían] tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos”, siendo la lengua “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”. Consecuentemente, declaró que al prohibir al señor Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección durante su detención, “el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión incompatible con la garantía prevista en la Convención y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra”, lo cual implicó una violación de la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la CADH.⁷⁴

2.9. Derecho a la familia (artículo 17 de la CADH)

En el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH reconoció el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte.⁷⁵ En dicho caso, la familia Chitay sufrió constantes amenazas y persecuciones, sus integrantes tuvieron que desplazarse fuera de su comunidad, el núcleo familiar se vio fragmentado y el padre de familia, señor Florencio Chitay, fue desaparecido forzosamente. La Corte IDH estimó que existió una afectación directa a los miembros de la familia Chitay, lo que constituía un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia. Consecuentemente, declaró la violación del derecho reconocido en el artículo 17 de la CADH.⁷⁶

En otro caso guatemalteco, *Chichupac*, relativo a la desaparición forzada de varios indígenas, la Corte IDH declaró la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas desaparecidas, pero además declaró la violación del derecho a la familia. Según la Corte IDH, la falta de un entierro de acuerdo con las tradiciones de la cultura maya achí “rompió las relaciones de reciprocidad y armonía entre vivos y muertos, afectando la unión de las familias con sus ancestros”.⁷⁷

2.10. Derecho a la propiedad comunal (artículo 21 de la CADH)

2.10.1. Fuente normativa del derecho a la propiedad comunal

En ninguno de los instrumentos internacionales que conforman el SIDH se reconoce textualmente el derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios tradicionales. Sin embargo, la Corte IDH ha interpretado que tal derecho se encuentra garantizado en el artículo 21 de la CADH, que protege el derecho a la propiedad privada.

Para proteger el derecho a la propiedad comunal, la primera tarea que tuvo la Corte IDH fue interpretar el contenido y alcance del artículo 21. De la lectura de tal artículo, la Corte IDH concluyó, en *Awás Tingni*, que el término “bienes” se refería a “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”. Tal concepto comprendería “todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.⁷⁸

Mediante una “interpretación evolutiva” de la CADH, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b. de dicho tratado –que prohíbe una interpretación

74 *Ibidem*, párrs. 170-174.

75 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 159.

76 *Ibidem*, párr. 163.

77 Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 165.

78 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 144.

restrictiva de los derechos—, la Corte IDH consideró que el artículo 21 de la CADH protegía “el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.⁷⁹

Posteriormente, la Corte IDH resaltó que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”.⁸⁰

En los casos *Triunfo de la Cruz* y *Xucuru*, la Corte IDH explicó que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y el deber de protección que emana del artículo 21 de la CADH, “a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como los derechos reconocidos por los Estados en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales”, conforman un *corpus juris* que define las obligaciones de los Estados en relación con la protección de los derechos de propiedad indígena.⁸¹ Llama la atención que la Corte IDH no haya citado la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento regional que también debería guiar las tareas interpretativas de la Corte IDH y los Estados de la región.

2.10.2. Importancia del territorio para los pueblos indígenas y tribales

La noción que los indígenas tienen del dominio y de la posesión sobre sus tierras tradicionales no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, “pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana”. La Corte IDH ha señalado que:

[...] desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.⁸²

Estas específicas formas de uso y goce del territorio fueron estudiadas en *Awás Tingni*. En donde la Corte IDH reconoció que entre los indígenas:

[...] existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁸³

En el caso *Yakye Axa*, la Corte IDH volvió a resaltar la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra, la cual debía de ser “reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.⁸⁴ Asimismo, sostuvo que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas:

[...] corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí

79 *Ibidem*, párr. 148.

80 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 143.

81 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 103. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFRC. 2018, párr. 116.

82 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 120. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 87.

83 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 149.

84 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 131.

se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.⁸⁵

Además, la Corte IDH reconoció en *Sarayaku* que la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas “usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales”, lo que los expondría a condiciones de vida precarias, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades, y a desprotección. Todo lo cual podría conllevar a “varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma”.⁸⁶

Entre esos otros derechos básicos que se podrían verse afectados por la falta de acceso al territorio tradicional, la Corte IDH identificó en *Xucuru* el derecho a la identidad cultural y “la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.⁸⁷

2.10.3. La posesión de las tierras basta para el reconocimiento oficial

La propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales. En *Awás Tingni*, la Corte IDH indicó que “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.⁸⁸

En el caso *Moiwana*, las partes comparecientes ante la Corte IDH estaban de acuerdo en que los miembros de la comunidad no tenían un título legal formal –colectivo o individual– sobre sus tierras tradicionales. El territorio pertenecía al Estado.⁸⁹ Sin embargo, los miembros de la comunidad moiwana poseían una “relación omnicompreensiva” con sus tierras tradicionales. Dicha relación no se centraba en el individuo, sino en la comunidad como un todo. Además, la ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes había sido reconocida y respetada durante años por otros clanes y por las comunidades indígenas vecinas. Por ello, dicha ocupación tradicional debía, a criterio de la Corte IDH, “bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad”, aunque los límites exactos de ese territorio debían determinarse “previa consulta con dichas comunidades vecinas”.⁹⁰ En el caso *Xucuru*, la Corte IDH incluso afirmó que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”.⁹¹

En vista de que el fundamento de la propiedad comunal es el uso y ocupación históricos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales existen, aun sin actos estatales que los precisen o sin un título formal de propiedad.⁹² Las acciones de reconocimiento oficial deben ser consideradas no como meras transferencias o como el otorgamiento de nuevos derechos, sino como formas de acreditación de un dominio anterior.

El ejercicio del derecho de propiedad comunal no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, pues la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la CADH.⁹³

85 *Ibidem*, párr. 135.

86 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 147.

87 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 115.

88 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151.

89 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFR. 2005, párr. 130.

90 *Ibidem*, párr. 133.

91 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 117.

92 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

93 *Idem*.

La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte del Estado es un acto de reconocimiento y protección oficiales, pero no constitutivo de derechos. La posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación. En suma, para definir cuáles son las tierras que un pueblo o comunidad determinada usa o posee debe observarse las formas y modalidades de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y recursos naturales. Como lo ha expuesto la Corte IDH, la relación única con el territorio tradicional:

[...] puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.⁹⁴

La noción de posesión del territorio indígena es entendida por la Corte IDH en un sentido amplio, que comprende la ocupación física del territorio, así como actividades de carácter permanente o estacional y usos relacionados con la cultura y espiritualidad de los pueblos indígenas o tribales.

2.10.4. Delimitación de los territorios indígenas

Si bien el reconocimiento oficial no es constitutivo del derecho de propiedad comunal sobre los territorios tradicionales, esto no quiere decir que el Estado esté exento de reconocer y delimitar el territorio indígena. La delimitación es necesaria tanto para asegurar los derechos territoriales, como para ofrecer seguridad jurídica. Por ejemplo, en *Awás Tingni*, existían “traslapes” o sobreposiciones en las que otras comunidades indígenas alegaban derechos sobre las mismas tierras reclamadas por la comunidad awas tingni. El Estado sostenía que parte de las tierras reclamadas eran de su propiedad. La comunidad awas tingni no tenía un título oficial de propiedad sobre las tierras que reclamaba.⁹⁵ La Corte IDH advirtió que los límites del territorio sobre el cual existía el derecho de propiedad de dicha comunidad no habían sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación había creado “un clima de incertidumbre permanente” entre los miembros de la comunidad en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extendía geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocían hasta dónde podían usar y gozar libremente de los respectivos bienes.

Por este y otros motivos, la Corte IDH declaró que el Estado había violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la comunidad awas tingni, y estimó que los indígenas tenían derecho a que el Estado: 1. delimitara, demarcara y titulara el territorio tradicional; y 2. se abstuviera de realizar, hasta tanto no se procediera con la delimitación, actos que pudieran llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actuaran con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, valor, uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica de la comunidad.⁹⁶

Para efectos de identificar el territorio tradicional, la Corte IDH ha examinado la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por parte de la comunidad, el desarrollo de prácticas tradicionales en tales tierras, la toponimia de la zona, y estudios y documentación técnicos,⁹⁷ siempre teniendo en cuenta que “el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia comunidad”.⁹⁸

En suma, el reconocimiento oficial de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios no es un acto que queda en la discreción del Estado, sino una obligación, que requiere de

94 *Ibidem*, párr. 131.

95 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 103.

96 *Ibidem*, párr. 153.

97 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 93-107.

98 *Ibidem*, párr. 95.

medidas positivas. Tal reconocimiento oficial debe estar plasmado en un título jurídico formal,⁹⁹ debidamente registrado.¹⁰⁰ Dado que la visión indígena sobre sus territorios es de carácter colectiva, la titulación y el correspondiente registro oficial deben también ser de carácter colectivo, reflejándose la propiedad comunitaria de la tierra,¹⁰¹ sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la misma.

El título de propiedad sobre los territorios indígenas debe, además, otorgar seguridad jurídica. La Corte IDH definió que la seguridad jurídica garantiza:

[...] la estabilidad en las situaciones jurídicas y es parte fundamental en la confianza de la ciudadanía en la institucionalidad democrática. Esta confianza, es uno de los pilares esenciales sobre los cuales descansa un Estado de Derecho, siempre que se funde en una real y efectiva certeza de los derechos y libertades fundamentales.¹⁰²

La seguridad jurídica se ve asegurada “en tanto exista confianza que los derechos y libertades fundamentales serán respetados y garantizados a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado”.¹⁰³

Aplicando esos estándares generales sobre seguridad jurídica al caso específico de los territorios indígenas, la Corte IDH concluyó que “un reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece de sentido si las poblaciones o pueblos interesados no pueden ejercitar plenamente y de forma pacífica su derecho”.¹⁰⁴ Así, la Corte IDH estimó que “el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su derecho a la propiedad implica necesariamente, en atención al principio de seguridad jurídica, que el Estado debe delimitar, demarcar y titular los territorios de las comunidades indígenas y tribales”.¹⁰⁵

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que otorgar a los indígenas meros privilegios para usar las tierras, en vez de garantizarles el uso y goce permanente de su territorio, no es suficiente para garantizar su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la CADH.¹⁰⁶

2.10.5. Devolución del territorio tradicional perdido

Como se indicó anteriormente, el artículo 21 de la CADH protege tanto el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, como el derecho a la propiedad privada de los particulares. Sea cual fuere el caso –propiedad privada o comunitaria–, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por tanto, su protección tampoco lo es. La Corte IDH ha sostenido –respecto a la propiedad comunal– que aunque:

[...] reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones.¹⁰⁷

En cuanto a la propiedad privada, la Corte IDH ha señalado que:

[e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el

99 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

100 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjuna vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 153 y ss.

101 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

102 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 122.

103 *Ibidem*, párr. 123.

104 *Ibidem*, párr. 124.

105 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104.

106 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 115.

107 *Ibidem*, párr. 127.

Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.¹⁰⁸

En cuanto a la propiedad colectiva, la Corte IDH ha dispuesto que:

Con respecto al derecho a la propiedad colectiva, resulta necesario reiterar que este no es absoluto y que, cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas o tribales a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, estas deben respetar ciertas pautas, las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Asimismo, el primer párrafo del artículo 21 de la Convención establece el derecho a la propiedad y señala como atributos de la propiedad el uso y goce del bien e incluye una limitación a dichos atributos de la propiedad en razón del interés social. A su vez, el segundo inciso refiere a la expropiación de bienes y los requisitos para que tal actuar del Estado pueda considerarse justificado.¹⁰⁹

Dado que ambos derechos (propiedad comunal y propiedad privada) no son absolutos, ¿cómo deberían resolverse los casos en que los derechos territoriales de los pueblos indígenas entran en colisión con el derecho a la propiedad privada de terceros, sean estos individuos o empresas?

La Corte IDH ha respondido a esta pregunta de dos maneras. En primer lugar, la Corte IDH ha revisado si la legislación nacional del Estado demandado da prioridad a un derecho de propiedad sobre el otro. En caso de que la legislación nacional priorice el derecho a la propiedad comunal, la Corte IDH fallará en ese sentido, protegiendo el derecho al territorio indígena.¹¹⁰

En segundo lugar, si la legislación nacional no da prioridad a la propiedad indígena sobre la propiedad privada, la Corte IDH ha analizado tres cuestiones: 1. si los indígenas tienen derecho a reclamar la devolución del territorio perdido; 2. si el derecho a solicitar la devolución, de existir, tiene un límite temporal, y 3. bajo qué supuestos sería aceptable despojar a los dueños actuales de las tierras para entregárselas a los indígenas, o viceversa, negar a los indígenas su reclamo territorial reconociendo el derecho a la propiedad privada que asiste a los dueños actuales. En cualquier caso, las limitaciones o restricciones al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales no deben implicar “una denegación en su subsistencia como pueblo”.¹¹¹

2.10.5.1. El derecho a la devolución de las tierras

Si una comunidad ha perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad, mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas, “aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”.¹¹²

En este aspecto, las cuestiones de prueba deben enfocarse a demostrar que el abandono de las tierras fue un acto forzado o no querido. Además, para que se aplique la salvedad señalada, corresponderá demostrar que los actuales propietarios de las tierras las adquirieron de buena fe; por ejemplo, se deberá demostrar que los actuales dueños no fueron quienes expulsaron a la fuerza a los indígenas para apropiarse de sus tierras o recursos naturales.

Si los indígenas ya no tienen la posesión de sus tierras y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros poseedores de buena fe, se entenderá que los indígenas perdieron la propiedad de las tierras,

108 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 60.

109 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 154.

110 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 127.

111 *Ibidem*, párr. 155.

112 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 111.

pero “tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”. La posesión, entonces, “no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”.¹¹³ Cabe indicar, sin embargo, que así como el derecho a la propiedad no es absoluto, el derecho a solicitar la recuperación de estas tampoco lo es, puede ser delimitado en el tiempo y puede ser derrotado frente a otro tipo de derechos (propiedad privada) o intereses colectivos (bien común o interés público). Esto lo analizaremos a continuación.

2.10.5.2. Caducidad del derecho a reclamar las tierras

El segundo punto consiste en dilucidar si el derecho a solicitar la devolución de las tierras tiene un límite temporal. Para responder a este interrogante, la Corte IDH tomó en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales”, y concluyó que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”.¹¹⁴

La Corte IDH, además, dio luces sobre cómo debe enfocarse la prueba. Señaló que la relación con la tierra:

[...] puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.¹¹⁵

De lo anterior se deduce que si una comunidad logra demostrar que: 1. las tierras que reclama son sus tierras tradicionales, y 2. que mantiene una relación con las mismas a pesar de que están en manos de terceros, podría afirmarse que el derecho a reclamarlas permanece vigente.

A lo anterior debe agregarse una consideración especial que la Corte IDH señaló acertadamente: la relación con la tierra debe ser posible. En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte IDH señaló:

En casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.¹¹⁶

La Corte IDH concluyó que la relación entre la comunidad sawhoyamaya y su territorio no había caducado. A similar conclusión llegó en *Xákmok Kásek*.¹¹⁷

2.10.5.3. ¿A qué derecho dar prioridad?

El siguiente paso tiene que ver con la posibilidad de que las tierras de una comunidad indígena o tribal estén en manos de terceros que actuaron de buena fe al adquirirlas, y que el derecho de tal comunidad a reclamarlas permanezca vigente.

Lo primero que se debe tener presente es que ambos derechos están protegidos por la CADH y, por ello, no puede alegarse sin más que siempre que se presenta esa colisión de derechos uno prevalezca sobre el otro. Así lo señaló la Corte IDH cuando expuso que:

113 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

114 *Ibidem*, párr. 131.

115 *Idem*.

116 *Ibidem*, párr. 132.

117 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 116.

[...] el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo ‘objetivo y fundamentado’ suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales.¹¹⁸

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta es que, en ciertos casos, otros bienes, derechos o principios pudiesen estar acompañando al derecho a la propiedad privada o al derecho a solicitar la devolución de las tierras tradicionales, de tal forma que sea un conjunto de derechos el que esté en pugna con otro conjunto de derechos, o uno contra varios. Por ejemplo, podría darse el caso de que en las tierras que la comunidad reclama se encuentren cementerios, lugares sagrados o de culto o bienes culturales indispensables para el ejercicio de su libertad religiosa y el mantenimiento de su cultura.

La respuesta a este tipo de casos está en lo que la Corte IDH llamó “juicio de proporcionalidad”.¹¹⁹ Este juicio tiene en cuenta: 1. la legalidad de la restricción; 2. el fin que se persigue con la restricción y la idoneidad de las medidas que sirven para cumplir con ese fin; 3. la necesidad de la restricción; y 4. la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si se garantiza en forma amplia un derecho, sin hacer nugatorio el otro.¹²⁰

2.10.5.4. Legalidad de la restricción

En el caso *Sawhoyamaya*, la legalidad de la restricción consistió en analizar si existía en el Paraguay un procedimiento establecido por ley que hubiese permitido solicitar la expropiación de tierras de manos de los particulares con el fin de entregarlas a los indígenas. Este procedimiento existía y, por tanto, la posible restricción a la propiedad privada hubiese sido legal.

Ahora, supongamos que en un determinado país no existe normativa que permita la expropiación y se puedan presentar dos casos: 1. que se expropie de todos modos las tierras de los particulares y se las entregue a los indígenas, o 2. que todos los reclamos indígenas sean rechazados por falta de ley. En el primer supuesto, aun cuando el derecho de los indígenas pueda quedar satisfecho, los propietarios particulares podrían denunciar que el Estado procedió a despojarles de sus tierras ilegalmente. En este supuesto, el Estado habría incumplido al menos el principio de la reserva legal y sería responsable frente a los particulares. Por su parte, en el segundo supuesto, los indígenas podrían demandar al Estado por no ofrecerles un procedimiento que les permita el reclamo de sus tierras. Así lo entendió la Corte IDH cuando señaló que:

[d]e conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1. de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.¹²¹

118 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 138.

119 El término “juicio de proporcionalidad” fue utilizado por primera vez por la Corte en el caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177, párr. 51.

120 Antes de la jurisprudencia que introdujo el “juicio de proporcionalidad”, el orden en que se presentaban los elementos evaluativos de las restricciones era el siguiente: “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 144.

121 *Ibidem*, párr. 102.

2.10.5.5. Finalidad e idoneidad de la restricción

Para la Corte IDH “[e]n este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención”.¹²² Como se señaló anteriormente, tanto la protección a la propiedad privada como a la comunal son fines compatibles con la CADH. Ambos derechos están protegidos por el artículo 21 de dicho tratado y ambos derechos son necesarios para una sociedad democrática.

En cuanto a la idoneidad de la medida, en el caso *Sawhoyamaxa* no había discusión entre las partes respecto a que privar a los particulares de sus tierras de manera legítima era un medio idóneo para satisfacer el derecho a la propiedad comunal de los indígenas. Por esta razón, la Corte IDH consideró cumplido este segundo paso del juicio de proporcionalidad.

En lo que a prueba se refiere, la finalidad parecería –en principio– que no requiere de mayor prueba, pero sí de una eficiente argumentación que convenza al juzgador de que el objetivo buscado es compatible con la CADH. En cambio, para el criterio de idoneidad tendría que demostrarse que la medida propuesta –expropiación– es el medio adecuado para satisfacer la propiedad comunal.

2.10.5.6. Necesidad de la restricción

En el juicio de necesidad, la Corte IDH debe “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas”.¹²³

En este paso del análisis, los indígenas deben demostrar cualquiera de estas dos opciones excluyentes: 1. que salvo la expropiación no existe otra alternativa para satisfacer su derecho a la propiedad comunal, o 2. que aun cuando existan otras alternativas –que también hayan satisfecho el juicio de idoneidad– la expropiación es la única que satisface la propiedad comunal. Por su parte, el Estado demandado debe demostrar que, además de la expropiación, existen otras medidas menos gravosas sobre el derecho a la propiedad privada con las cuales se podría obtener el mismo fin. Por ejemplo, demostrando que una expropiación parcial de los territorios en los cuales se encuentran los cementerios tradicionales, más la entrega de tierras alternativas, cumpliría el mismo fin que la expropiación total. Dicho de otro modo, deberá analizarse si existe alguna medida alternativa que, de manera clara y contundente, alcance el mismo resultado a un menor costo. En los casos *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* y *Xákmok Kásek* no hubo prueba de la existencia de otras medidas idóneas menos lesivas.

2.10.5.7. Estricta proporcionalidad de la restricción

Finalmente, debe evaluarse “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”.¹²⁴ La proporcionalidad persigue determinar si los beneficios que se derivan de la restricción superan los perjuicios que se causan con la misma.

Al analizar este aspecto en el caso *Yakye Axa*, la Corte IDH señaló:

[...] los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

122 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 70.

123 *Ibidem*, párr. 74.

124 *Ibidem*, párr. 83.

Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2. de la Convención.¹²⁵

En el caso *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH añadió que un criterio fundamental a la hora de resolver respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, es si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.¹²⁶

Por su parte, en *Yakye Axa*, la Corte IDH consideró que cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas, deberá compensarlas, ya sea con la entrega de tierras alternativas o con una indemnización en dinero o especie.¹²⁷ En dicho caso, la Corte IDH no señaló cuáles son esas razones justificadas que pudiesen exonerar al Estado de devolver el territorio a los indígenas. Sin embargo, en el caso *Sawhoyamaya* la Corte IDH excluyó como razón justificada el hecho de que las tierras se encuentren en plena productividad.¹²⁸

En *Xákmok Kásek*, la Corte IDH fue aún más enfática al indicar que cualquier argumento bajo el cual los indígenas no puedan, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando estas se encuentren explotadas y en plena productividad, “mira la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos”.¹²⁹

En suma, cuando el derecho a la devolución de las tierras perdidas se enfrente al derecho a la propiedad privada de terceros de buena fe, debe seguirse el test de estricta proporcionalidad indicado líneas arriba. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos, tanto mayor deberá ser el grado de satisfacción del otro. Esta es una cuestión compleja de argumentación y prueba. Cada parte deberá demostrar que la interferencia en el goce de uno de los derechos satisface al máximo el otro derecho u otros derechos o principios derivados de aquel. En caso de que prime la propiedad comunal sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares;¹³⁰ y, en el caso contrario, los indígenas deberán recibir ya sea tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie. La elección de cualquiera de estas alternativas (tierras alternativas o indemnización) debe ser consensuada con los indígenas interesados, “conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”.¹³¹ De elegirse tierras alternativas, el Estado deberá asegurarse que estas sean de extensión y calidad suficientes para que la comunidad indígena o tribal desarrolle sus prácticas tradicionales y preserve su cultura.¹³² Las tierras alternativas deberán, en lo posible, encontrarse dentro del territorio de los ancestros de la comunidad.¹³³

2.10.6. Deber del Estado de otorgar un recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígenas

En el caso *Awás Tingni*, la Corte IDH señaló que el Estado no había creado un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad, acorde con

125 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 146-148.

126 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 128.

127 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 149.

128 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 139.

129 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 146.

130 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 96.

131 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 151.

132 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 117-121.

133 *Ibidem*, párr. 286.

el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta.¹³⁴ Por tal motivo, y teniendo en cuenta que el Estado no se ciñó a un plazo razonable en la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la comunidad para la protección de sus tierras, la Corte IDH declaró la violación del artículo 25 de la CADH.

En *Yakye Axa*, la Corte IDH señaló que en lo que respecta a pueblos indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.¹³⁵ La Corte IDH notó que el Convenio n.º 169 de la OIT en su artículo 14.3. dispone que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. A criterio de la Corte IDH, esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la CADH, “obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal”.¹³⁶

El procedimiento administrativo paraguayo, analizado en el caso *Yakye Axa*, no se ajustaba a los estándares expuestos y se había mostrado “abiertamente inefectivo”, puesto que únicamente autorizaba a las autoridades administrativas a disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, pero cuando los propietarios particulares se negaban a vender las tierras y demostraban la explotación racional de las mismas, los miembros de las comunidades indígenas no tenían un recurso administrativo efectivo que les permitiera reclamarlas.¹³⁷

En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte IDH volvió a pronunciarse sobre el procedimiento administrativo. Señaló que este había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la comunidad sawhoyamaya recuperaran sus tierras tradicionales.¹³⁸ Consecuentemente, decretó la violación de los artículos 8 y 25 de la CADH.¹³⁹ Posteriormente, en el caso *Xákmok Kásek*, la Corte IDH volvió a condenar a Paraguay, pues todavía no había realizado las modificaciones pertinentes en su ordenamiento interno.¹⁴⁰

En *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH consideró que el recurso judicial disponible conforme al Código Civil de Surinam era inadecuado e ineficaz para reparar las violaciones al derecho de propiedad comunal por dos razones. Primero, dicho recurso solo estaba disponible para las personas que reclamaban una violación de sus derechos individuales. El pueblo saramaka, como entidad colectiva cuya personalidad jurídica no estaba reconocida por el Estado, no podía utilizar dicho recurso para afirmar el derecho a la propiedad comunal. Segundo, el derecho a la propiedad comunal no estaba reconocido por el Estado.¹⁴¹

En suma, para materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas es necesario que los Estados adopten medidas legislativas y administrativas necesarias “para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica”.¹⁴²

134 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 138.

135 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 63.

136 *Ibidem*, párrs. 95-96.

137 *Ibidem*, párr. 97.

138 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 108.

139 *Ibidem*, párr. 112.

140 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 90.

141 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 179.

142 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párrs. 119 y 166.

2.10.7. Saneamiento de los territorios indígenas

Una vez que se ha: 1. identificado el territorio indígena, 2. procedido con la ponderación entre los derechos territoriales indígenas frente a los derechos de propiedad de terceros particulares, dándose privilegio a los primeros por sobre los segundos, y 3. delimitado y titulado los territorios indígenas, el siguiente paso es el saneamiento del territorio tradicional.¹⁴³

El saneamiento:

[...] no solo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas.¹⁴⁴

Si esto no ocurriese, el derecho de propiedad colectiva no estaría siendo garantizado por completo.

A tal efecto, el recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígenas analizado en el acápite anterior, no debe limitarse únicamente a la titulación formal del territorio colectivo, sino que debe incluir “el desalojo de las personas no indígenas presentes en dicho territorio”.¹⁴⁵

2.10.8. Explotación de recursos naturales en territorios indígenas

Si bien en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya* la Corte IDH ya había considerado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre su territorio tradicional se hacía extensivo a los recursos naturales que en él se encontraran,¹⁴⁶ fue en el caso *Pueblo Saramaka* en donde se desarrolló esta idea en extenso.

De acuerdo con el marco constitucional y legal de Surinam, los saramakas no tenían derecho a la propiedad, sino un mero privilegio o permiso de usar y ocupar las tierras en cuestión. Los derechos de propiedad de todos los recursos naturales, conforme a la legislación interna, pertenecían al Estado.

La Corte IDH resolvió que el derecho a usar y gozar del territorio “carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”. El reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales “deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida”. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, “es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad”. De este análisis, la Corte IDH entendió que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos por el artículo 21 “son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.¹⁴⁷ En *Triunfo de la Cruz*, la Corte IDH incluso indicó que los Estados “deben garantizar el uso, goce y utilización en igualdad de condiciones y sin discriminación a las playas y mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han utilizado, de conformidad con sus usos y costumbres”.¹⁴⁸

Consecuentemente, las cuestiones probatorias tienen que enfocarse a demostrar que: 1. existe una relación especial con los territorios; 2. existe una relación especial con los recursos naturales —debe

143 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 126.

144 *Ibidem*, párr. 124.

145 *Ibidem*, párr. 133.

146 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 118.

147 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 122.

148 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 137.

indicarse cuáles—; y 3. territorio y recursos son necesarios para la supervivencia física o cultural de la comunidad o pueblo en cuestión.

La Corte IDH también consideró que toda actividad de exploración o extracción de recursos naturales en el territorio de una comunidad podría afectar directa o indirectamente los recursos tradicionales de esa comunidad. La afectación es directa cuando el recurso tradicional es precisamente el recurso explotado. La afectación es indirecta cuando por la extracción de recursos no utilizados por la comunidad se causa perjuicio, en mayor o menor grado, al uso y goce de algún recurso tradicional. En el caso concreto de los saramakas, la tala de bosques era una afectación directa, pues el bosque mismo era un recurso tradicional. Pero, además, al talar los bosques los despojos de esta actividad bloquearon los arroyos, varias zonas que los saramakas utilizaban para sus cultivos se inundaron, el pueblo empezó a tener dificultades para acceder a fuentes de agua limpia y el desarrollo normal de sus actividades pesqueras se vio interrumpido. Todas estas eran afectaciones indirectas que podían ser tanto o más dañinas que las afectaciones directas. De hecho, la actividad maderera llevada a cabo dentro del territorio saramaka causó, conforme a los peritos que declararon ante el Tribunal, impactos sociales, ambientales y de otra índole “graves y traumáticos”, siendo caracterizada como una de las “peor planeadas, más dañinas y derrochadoras” explotaciones forestales.¹⁴⁹

Por estas razones y teniendo como fin evitar que las restricciones impuestas a los saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio fueran evidentemente desproporcionadas, la Corte IDH consideró que el Estado tenía la obligación de: 1. asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo saramaka, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, [en] todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se llev[ara] a cabo dentro del territorio Saramaka”; 2. garantizar que los saramakas “se benefici[aran] razonablemente del plan que se llev[ara] a cabo dentro de su territorio”; y 3. “garantizar que no se emit[era] ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, reali[zaran] un estudio previo de impacto social y ambiental”.¹⁵⁰

El primer requisito antes señalado se refiere a la consulta libre, previa e informada, la cual, por su importancia, será analizada en el siguiente acápite. El segundo requisito se refiere al deber de compartir razonablemente los beneficios de los proyectos de explotación con el pueblo indígena afectado. La justificación de este deber se encuentra, a criterio de la Corte IDH, en el artículo 21.1. de la CADH, que establece que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa”. El derecho a recibir el pago de una indemnización “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado [...], sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”. En el caso de pueblos indígenas y tribales, la indemnización “se traduce en el derecho [de los indígenas] a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”.¹⁵¹

Finalmente, el tercer requisito se refiere al deber del Estado de realizar estudios de impacto ambiental y social. En el caso del pueblo saramaka las concesiones madereras no habían sido precedidas de tales estudios, lo que desencadenó importantes daños al ambiente y un “impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo saramaka han utilizado tradicionalmente”.¹⁵² De ello, podemos concluir que los Estados deben llevar a cabo o supervisar estudios ambientales y sociales previos, a fin de asegurar que las concesiones o cualquier proyecto de desarrollo afecten en la menor medida de lo posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.

149 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 151.

150 *Ibidem*, párr. 129.

151 *Ibidem*, párr. 139.

152 *Ibidem*, párr. 154.

En *Triunfo de la Cruz*, la Corte IDH volvió a insistir en la importancia de la realización de estudios de impacto ambiental y social.¹⁵³

2.11. Consulta previa, accesible, libre e informada

Según la Corte IDH, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados tiene relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH (artículo 1.1.). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal forma que la consulta a comunidades indígenas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, “los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas”.¹⁵⁴

A criterio de la Corte IDH, el derecho a la consulta es un “principio general del Derecho Internacional”¹⁵⁵ que está cimentado, entre otros, en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural. Dichos derechos deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.¹⁵⁶

2.11.1. El derecho a la consulta y su vinculación con otros derechos humanos

El derecho a la consulta se vincula particularmente con el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la CADH. Este artículo reconoce el derecho de todos los ciudadanos a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.¹⁵⁷

El derecho a la consulta, también está relacionado con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por las decisiones que se tomen sin la participación de los indígenas.¹⁵⁸

Finalmente, la consulta es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales,¹⁵⁹ derecho que ha sido reconocido por la Corte IDH en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*.¹⁶⁰ La libre determinación de los pueblos indígenas responde, a criterio del relator especial de

153 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 177 y ss.

154 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 166. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 159.

155 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 164.

156 *Ibidem*, párr. 217.

157 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 225.

158 CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

159 El relator especial ha señalado que el derecho a la consulta “es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad [...]. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular [...] En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados”. ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

160 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 80.

la ONU, “a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten [lo que] tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión”.¹⁶¹

2.11.2. ¿Sobre qué se debe consultar?

El Convenio 169 de la OIT dispone en su artículo 6.1(a) que los Estados deberán “consultar a los pueblos interesados [...] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 19 que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados [...] antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten”.

De la normativa transcrita se desprende claramente que la consulta es sobre todas las medidas que se planeen adoptar, sea por vía legislativa o administrativa, que afecten de manera directa a los indígenas. La consulta, entonces, no se limita únicamente a asuntos que afecten las tierras ancestrales o los recursos naturales de los pueblos indígenas o tribales, sino que comprende todas las acciones administrativas o legislativas de los Estados que puedan tener un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.¹⁶² Por ejemplo, el establecimiento de zonas protegidas o reservas naturales.¹⁶³

2.11.3. ¿Quiénes deben participar en la consulta?

Según la CIDH, la participación en los procesos de consulta corresponde a los miembros individuales de los pueblos indígenas y tribales, y a los pueblos como un todo.¹⁶⁴ Además, la CIDH ha señalado que todos los miembros de tales pueblos deben ser “plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso” y deben contar con una “oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.¹⁶⁵ De darse el caso en que algunos miembros de tales pueblos no jueguen un rol efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades, según la CIDH, se desconoce el requisito de participación plena.¹⁶⁶ Del mismo modo, conforme lo indica la CIDH, no podría hablarse de plena participación, si la consulta se realiza:

[...] solo a una determinada banda, clan o segmento del pueblo correspondiente, sin mandato aparente de las demás bandas, clanes o segmentos del mismo; o cuando no se desarrollan consultas apropiadas entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales sobre dichos derechos o intereses, en particular cuando dichas decisiones conlleven la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales.¹⁶⁷

La Corte IDH ha adoptado una posición menos definida. En *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH omitió en la sentencia de fondo cualquier consideración específica en relación a quién debería ser consultado. Ello motivó al Estado a solicitar al Tribunal que aclarara con quién debería consultar para establecer el mecanismo por el cual se garantizara la participación efectiva del pueblo saramaka. El Estado preguntó si estaba obligado a consultar “con la colectividad de los capitanes saramaka, o con los capitanes individuales de cada territorio, o con el Jefe Máximo (el *Gaa'man*), o con

161 ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 79.

162 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 166.

163 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 170 y 171.

164 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 diciembre 2009, párr. 286.

165 *Idem*.

166 Comisión IDH. Informe n.º. 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

167 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 286. Comisión IDH. Informe n.º. 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

otras entidades subsidiarias dentro de la cultura, costumbres y tradiciones del pueblo saramaka”.¹⁶⁸ En su sentencia de interpretación, la Corte IDH reconoció que deliberadamente omitió señalar quiénes deberían ser los consultados, puesto que esta decisión recaía en el pueblo saramaka y no en el Estado. Asimismo, reiteró que la consulta se debía realizar de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo en cuestión, siendo el pueblo el que estableciera a sus representantes en cada proceso de consulta.¹⁶⁹

Lo que aún está por definirse en este punto es hasta dónde llega la discreción del pueblo indígena o tribal en la designación de sus representantes o en los procesos internos de toma de decisión. Por ejemplo, ¿podría argüirse que un proceso deliberativo al interior de una comunidad es válido a pesar de que conforme a la cultura de esa comunidad sectores poblacionales como mujeres u homosexuales no tuvieron voz?, ¿debería el Estado incidir para que los sectores excluidos sean tomados en cuenta por el resto de comunidad? Estas y otras preguntas son temas pendientes en el SIDH, pero podría pensarse que los criterios expuestos por la CIDH líneas arriba apuntarían a que si un segmento de la población no participó en los procesos de consulta, no podría hablarse de “plena participación”.¹⁷⁰

Otra cuestión a tener en cuenta es la naturaleza de la medida propuesta y el alcance de su impacto. Así, por ejemplo, en casos de reformas legislativas que interesan a los pueblos indígenas, el derecho a la consulta exige “mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos los pueblos indígenas y al alcance de estos”.¹⁷¹ En cambio, medidas que afecten a un determinado pueblo o comunidad, como afectaciones a su territorio tradicional, requerirán que únicamente se consulte al pueblo afectado.

Finalmente, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas y tribales no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdo que haga con terceros, o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses.¹⁷²

2.11.4. No causar perjuicio a otros pueblos indígenas

Cuando los Estados realicen procesos de consulta a los pueblos indígenas o tribales sobre las tierras tradicionales, deben tener cuidado de no causar perjuicio a otras comunidades indígenas.¹⁷³

La ausencia prolongada de títulos efectivos de propiedad indígenas ha conducido en muchos países a un alto nivel de inseguridad jurídica en torno a los derechos que ostentan las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales, lo que en ocasiones se ha traducido en conflictos de propiedad entre las propias comunidades indígenas. En este contexto, la Corte IDH ha tomado en consideración los reclamos legítimos que puedan ostentar comunidades indígenas vecinas sobre las mismas áreas geográficas, y ha estipulado que en los procesos de demarcación, los límites exactos de los territorios indígenas “sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas”, con su participación y consentimiento informado.¹⁷⁴

2.11.5. Participación en todas las instancias

A través de los procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas “en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia

168 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párr. 11.

169 *Ibidem*, párr. 18.

170 La CIDH también ha indicado que la consulta no puede ser interpretada de forma tal que se limiten derechos humanos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social (CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 321).

171 ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 82.

172 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 160.

173 CIDH. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, párrs. 193 y 197, recomendación 1.

174 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 133 y 210.

como pueblo”. Lo anterior debe realizarse “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación del proyecto o la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes”.¹⁷⁵

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos meramente formales,¹⁷⁶ o limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños.¹⁷⁷

2.11.6. ¿Quién debe realizar la consulta?

La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado y no de terceros particulares, como podrían ser las empresas que buscan explotar los recursos naturales en territorios indígenas. La CIDH ha denunciado que en varios países de la región se ha privatizado la responsabilidad del Estado al haberse transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas. El resultado ha sido que con frecuencia los procesos de negociación no han tomado en cuenta los derechos de los pueblos indígenas, “porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias”.¹⁷⁸ Por ello, la CIDH ha resaltado que “[l]a consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes”.¹⁷⁹

La Corte IDH reafirmó esta obligación estatal en los siguientes términos:

Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.¹⁸⁰

2.11.7. La consulta debe ser previa

La consulta con los pueblos indígenas o tribales debe realizarse con suficiente antelación a la adopción de la medida legislativa o administrativa que pueda afectar sus intereses. En el caso de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o en el caso de concesiones, la consulta debe darse durante las primeras etapas de estas medidas y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad [...]”. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”.¹⁸¹ La CIDH también ha señalado que los procedimientos de consulta se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”.¹⁸²

2.11.8. La consulta debe ser culturalmente adecuada

Para la Corte IDH, la consulta debe realizarse “a través de procedimientos culturalmente adecuados”, “de conformidad con sus propias tradiciones”, y teniéndose en cuenta “los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones”,¹⁸³ y en particular a través de sus instituciones

175 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 160.

176 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 317.

177 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

178 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 291.

179 *Ibidem*, párr. 291.

180 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 187.

181 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133.

182 CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Op. cit., párr. 249.

183 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133.

representativas. Para ello, los Estados deben tomar las medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.¹⁸⁴ La adecuación de la consulta se mide con relación a las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como a la naturaleza de las medidas consultadas.¹⁸⁵

2.11.9. La consulta debe ser informada

Para la Corte IDH, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.¹⁸⁶

Según la CIDH:

[I]os procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta.¹⁸⁷

De ser el caso, debería también ofrecerse a los indígenas asistencia técnica independiente, con miras a que “tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas”.¹⁸⁸ Por último, el Estado debería informar sobre los beneficios que serán percibidos por los afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ocasionados.¹⁸⁹

2.11.10. La consulta debe ser de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo

Al decir de la Corte IDH, “las consultas deben realizarse de buena fe”, y “deben tener como fin llegar a un acuerdo”.¹⁹⁰ La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, que debe responder “al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.¹⁹¹

Es necesario, entonces, que se establezca “un clima de confianza mutua”, el cual exige “la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”. Adicionalmente, la buena fe es incompatible:

[...] con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.¹⁹²

La CIDH ha explicado que la buena fe también es un principio que deben seguir los indígenas, “[c]omo partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos”.¹⁹³ En el caso del pueblo saramaka, la Corte IDH añadió dos obligaciones que recaen sobre

184 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 201.

185 *Ibidem*, párr. 202.

186 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 208.

187 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 308.

188 *Ibidem*, párr. 312.

189 *Ibidem*, párr. 313.

190 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133.

191 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 186.

192 *Idem*.

193 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 321.

los pueblos indígenas y tribales en los procesos de consulta: 1. el pueblo indígena debe informar al Estado sobre quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta, y 2. una vez realizada la consulta, el pueblo debe dar a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, “así como sus fundamentos”.¹⁹⁴ Esta última obligación significaría que los pueblos indígenas no podrían negarse sin más a cualquier proyecto impulsado por el Estado. Deberán explicar las razones de su negativa.

Finalmente, ambas partes, Estado e indígenas, deben velar por el establecimiento de un clima de confianza y respeto mutuo.¹⁹⁵ Las partes deben mostrar “flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego”.¹⁹⁶ Posiciones cerradas o intransigentes de cualquiera de las partes irían en contra del principio de buena fe que debe regir la consulta. Para los Estados, la flexibilidad radica, *inter alia*, en “ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas”.¹⁹⁷ En otras palabras, los pueblos consultados deben estar en la capacidad de modificar el plan inicial, lo que requiere que las autoridades estatales presten la consideración debida a los resultados de la consulta.¹⁹⁸

2.11.11. El deber de adoptar decisiones motivadas

La Corte IDH ha señalado que “las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar los derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”.¹⁹⁹ Asimismo, la Corte IDH ha subrayado que la fundamentación de las decisiones estatales es una garantía que “otorga credibilidad [a] las decisiones jurídicas en una sociedad democrática”, “proporciona la posibilidad de criticar la resolución y un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores” y, en consecuencia, es “una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1. de la CADH para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.²⁰⁰

En el caso de la consulta libre, previa e informada, el deber de motivación estatal se traduce en la justificación de las razones que llevaron al Estado a no incorporar –total o parcialmente– los resultados de la consulta en el diseño y en la implementación del plan o proyecto consultado. Los motivos que el Estado arguya para la no incorporación de los resultados de la consulta deben ser “objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática”.²⁰¹ La decisión estatal debe ser formalmente comunicada al pueblo indígena o tribal respectivo, y además, dicha decisión debe estar sujeta a revisión “por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego”.²⁰²

2.11.12. ¿Derecho al veto?

En el caso *Saramaka*, la Corte IDH indicó que en ciertas ocasiones el Estado no solamente debe consultar a los pueblos indígenas o tribales sino también obtener su consentimiento.²⁰³ Para la Corte IDH “consulta” y “consentimiento” no son lo mismo.²⁰⁴ El consentimiento sería algo adicional a la consulta,

194 *Ibidem*, párr. 19.

195 *Ibidem*, párr. 320.

196 *Ibidem*, párr. 324.

197 *Idem*.

198 *Ibidem*, párr. 325.

199 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 78.

200 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párrs. 152-153.

201 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 327.

202 *Ibidem*, párr. 328.

203 La Corte IDH indicó: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [a los pueblos en cuestión], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”.

204 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 134.

que se aplicaría en casos de “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [indígena o tribal] a gran parte de su territorio”, en donde el Estado no solamente estaría obligado a consultar sino, “adicionalmente [...], obtener el consentimiento”.²⁰⁵

La consecuencia de esta posición –que la Corte IDH no reconoce directamente en su sentencia– sería que si el pueblo consultado se niega al plan o proyecto, o lo que es lo mismo, el Estado no obtiene su consentimiento, el plan o proyecto no debería llevarse a cabo. ¿Estaría entonces la Corte IDH reconociendo un derecho al veto?

Para responder esta pregunta es necesario estudiar las fuentes que la Corte IDH utilizó para diferenciar la consulta del consentimiento. La primera fuente fue un informe del Relator Especial, quien, según la Corte IDH, había señalado que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.²⁰⁶ La Corte IDH también citó al Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el cual, según la Corte IDH, ha indicado lo siguiente:

En cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades.²⁰⁷

En las dos fuentes citadas por la Corte IDH para justificar la distinción que hace entre consulta y consentimiento, existen secciones que no fueron mencionadas y que aparentemente cambian el sentido de lo recogido. En primer lugar, el relator especial si bien menciona en el párrafo que la Corte IDH cita que el consentimiento es esencial en relación con grandes proyectos de desarrollo, en el mismo párrafo dicho relator indica cuáles son las consecuencias del consentimiento, las cuales no implican un derecho al veto. El relator especial indicó textualmente lo siguiente:

En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado.²⁰⁸

Si se compara la cita que aparece en el párrafo anterior, que corresponde al texto oficial en español del informe del relator especial, con la cita que la Corte IDH incluyó en su sentencia de *Saramaka*, salta a la vista que aunque se recoge la misma idea, las citas no son iguales. Quizá esta incompatibilidad se deba a que la sentencia en *Pueblo Saramaka* fue elaborada en inglés y traducida al español, pues el inglés era el idioma del caso. En segundo lugar, y más importante aún, es la parte de la cita que no aparece en el texto de la sentencia de la Corte IDH. Para el relator especial, el consentimiento no implica un derecho al veto, sino que implica una distribución aceptable de los beneficios del plan o proyecto y la implementación de mecanismos independientes para la solución de controversias.

Algo similar ocurre con el párrafo del CEDR. La versión oficial en español reza:

En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación General n.º XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones

205 *Ibidem*, párr. 137. (énfasis agregado)

206 *Ibidem*, párr. 135.

207 *Ibidem*, párr. 136 y nota al pie de página 133.

208 ONU. Comisión DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen. Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación. En su próximo informe periódico, el Estado parte debe facilitar información detallada sobre la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, así como sobre los recursos de que disponen los indígenas para reclamar una indemnización en caso de empobrecimiento del medio ambiente de sus tierras tradicionales.²⁰⁹

Nuevamente, la versión citada por la Corte IDH adolece de dos falencias. No se utiliza el texto oficial en español, por un lado, y se omite información relevante, por el otro. El párrafo del CEDR no distingue, como la Corte IDH sí lo hace, entre planes de inversión a gran escala que requerirían del consentimiento, y planes de inversión a pequeña escala que solo requerirían de consulta. Para el CEDR, la “mera consulta” es inaceptable, y lo que se prohíbe es la realización de consultas meramente formales o realizadas sin buena fe, lo que no necesariamente debe interpretarse como que los indígenas tienen el derecho al veto. Adicionalmente, el CEDR habla de que la consulta debe ser informada (“con conocimiento de causa”) y de la necesidad de la “división equitativa” de los recursos, mas no de veto. Por último, en su Recomendación General n.º XXIII, que el CEDR mencionó en el párrafo que estamos comentando, no existe ninguna alusión al supuesto derecho al veto de los pueblos indígenas.

El relator especial, con posterioridad al caso *Saramaka*, ha aclarado la duda de si en verdad los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho al veto. El relator sostuvo que si bien la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio n.º 169 de la OIT sostienen que las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse de buena fe, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, no debe considerarse que dichos instrumentos internacionales confieran a los indígenas un poder de veto en términos generales.²¹⁰

No obstante, el mismo relator indicó que la importancia de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses en juego. Si una medida tiene un efecto “directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas”, existirá “una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas”. Esta presunción podría en determinados contextos pasar a “convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas”.²¹¹

Para el relator, la Declaración de la ONU consagra dos situaciones “en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento”. Esas situaciones son las consagradas en los artículos 10 y 29.2. de la Declaración. El artículo 10 señala:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Mientras que el artículo 29.2. dispone:

Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

209 ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención*, Observaciones Finales respecto del Ecuador. Doc. CERD/C/62/ CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16. (énfasis agregado)

210 ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46.

211 *Ibidem*, párr. 47. Asimismo, ver ONU. Comisión DHONU. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 83.

Ahora bien, pese a la importancia de la Declaración, esta no es un tratado vinculante para los Estados, como sí lo es el Convenio n.º 169 de la OIT, el cual, en su artículo 16.2. dispone:

Quando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. *Cuando no pueda obtenerse su consentimiento*, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. (énfasis agregado)

Como puede observarse, el Convenio n.º 169, a diferencia de la Declaración de la ONU, consagra la posibilidad de que el consentimiento no pueda obtenerse, lo que permite concluir que la única norma vinculante en la materia no reconoce un derecho al veto. Además, el relator especial ha reconocido que la obtención del consentimiento de los indígenas es una exigencia que no les confiere un poder de veto “sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas”.²¹² Lamentó que se haya planteado el debate actual de si los pueblos indígenas tienen o no un derecho al veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo, pues consideró que tal debate “no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración”.²¹³

En suma, para el relator especial, el consentimiento es la finalidad que todo proceso de consulta debe buscar de buena fe, sea para proyectos de inversión a gran escala como para proyectos de mediana o pequeña escala u otro tipo de cuestiones que puedan afectar los intereses de los pueblos indígenas y tribales. El deber de consultar “ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia”,²¹⁴ pero no puede ser utilizado como una herramienta que permita a los pueblos indígenas “imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público”.²¹⁵

Lo anterior no obsta a que en contadas circunstancias las afectaciones y daños que podrían ocasionarse a la vida o territorios de los pueblos indígenas sean a todas luces desmedidas. En tales casos, la negativa de los indígenas debería ser considerada como una prohibición de la medida, porque los sacrificios que se les pediría no serían proporcionales en una sociedad democrática.

La Corte IDH indicó en *Gelman vs. Uruguay* que “en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”.²¹⁶ Haciendo una analogía al tema que estamos tratando, podría decirse que en casos de severas afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la medida o el proyecto propuesto por el Estado, aun cuando busque el bien común, no podría llevarse a cabo, pues la mayoría no podría beneficiarse legítimamente de un sacrificio desproporcionado de una minoría. El test a usarse, por ende, no es diferenciar entre consulta y consentimiento, sino establecer la estricta proporcionalidad de la restricción. Sea cual sea la medida a implementarse (proyectos de inversión a gran o pequeña escala, concesiones, incursiones en territorios indígenas, apropiación de conocimientos tradicionales, etc.), si los indígenas no dan su consentimiento, las autoridades públicas deben realizar un ejercicio de ponderación en el que no se exija a los pueblos indígenas sacrificios desproporcionados que tengan un impacto directo en su vida y territorios. En caso de concluirse que la afectación a los indígenas no es proporcional en una sociedad democrática, la medida impulsada por el Estado no debería llevarse a cabo. Esta valoración debe ser realizada, como se dijo anteriormente,

212 *Ibidem*, párr. 48.

213 *Idem*.

214 *Ibidem*, párr. 49.

215 *Idem*.

216 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 239.

por la autoridad pública a cargo de impulsar la medida en cuestión, pero también debe otorgarse a los afectados la posibilidad de cuestionar judicialmente las decisiones de la autoridad administrativa.

Finalmente, es de resaltar que en ninguna de las sentencias de la Corte IDH que siguieron al caso *Saramaka* se ha vuelto a hacer referencia a “consentimiento”. La Corte IDH únicamente ha hablado de “consulta”. Esa es una indicación de que “el derecho al veto” no ha sido reconocido en jurisprudencia constante de la Corte IDH.

2.12. Derechos de los niños (artículo 19 de la CADH)

En el caso *Xákmok Kásek*, la Corte IDH comprobó las condiciones de miseria en las que se encontraban los miembros de la comunidad como consecuencia de la no restitución de sus tierras tradicionales. Las condiciones de extrema vulnerabilidad afectaron en forma particular a los niños y niñas, pues su desarrollo se había visto comprometido y los índices de atrofia en su crecimiento, así como de desnutrición, habrían aumentado. Igualmente, 11 de los 13 miembros de la comunidad, cuya muerte fue imputada al Estado, eran niños o niñas.²¹⁷

La Corte IDH recordó que los niños poseían los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tenían, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que correspondían deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.²¹⁸ La prevalencia del interés superior del niño debía ser entendida “como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. Asimismo, el Estado debía “prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”.²¹⁹

La Corte IDH estableció que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponían “diversas medidas de protección” y constituían “los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños”.²²⁰

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, la Corte IDH advirtió la obligación estatal de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma. Asimismo, la Corte IDH estimó que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural estaba incluida “la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas”.²²¹ Finalmente, indicó que la pérdida de prácticas tradicionales y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectaban en forma particular:

[...] el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la comunidad, quienes no podr[ía]n siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura, si no se implementa[ba]n las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos.²²²

En el caso *Chitay Nech y otros*, la familia se vio desintegrada como consecuencia de la desaparición forzada del padre y el desplazamiento que el resto del grupo familiar tuvo que realizar por las amenazas que recibía. La desintegración familiar repercutió de manera notable en la condición de los menores. La Corte IDH señaló que el desarrollo del niño “es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”. Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, “los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse

217 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 259-260.

218 *Ibidem*, párr. 257. Asimismo, ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 54.

219 *Idem*.

220 *Ibidem*, párr. 258.

221 *Ibidem*, párrs. 261-262.

222 *Ibidem*, párr. 263.

y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”.²²³ En razón de que los niños Chitay se vieron privados de su vida cultural, la Corte IDH consideró que el Estado era responsable de la violación del artículo 19 de la CADH.

En el caso *Rosendo Cantú y otra*, relativo a la violación sexual de una niña, la Corte IDH señaló que, de conformidad con sus obligaciones convencionales, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a su favor, no solo durante la denuncia penal:

[...] sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.²²⁴

En el caso *Río Negro*, niños y niñas indefensos fueron ejecutados extrajudicialmente por patruleros y miembros del ejército de Guatemala. Varios niños, la gran mayoría menores de 10 años de edad, perdieron la vida durante las diferentes masacres de que fue víctima la comunidad maya de Río Negro. Igualmente, varios niños que sobrevivieron las masacres fueron trasladados forzosamente y obligados a convivir con sus victimarios, en condiciones de servidumbre, desarraigándolos de sus familiares sobrevivientes y de los valores étnicos y culturales de su comunidad.²²⁵

En el caso *Chichupac*, la Corte IDH destacó el impacto diferenciado que los hechos de violencia y el desplazamiento tuvieron en las mujeres de la comunidad, y en los niños y niñas. Las mujeres tuvieron que asumir el cargo de sus familias y junto a sus hijos enfrentar el dolor de la violencia a la que sobrevivieron, lo cual las colocó en una especial situación de riesgo de sufrir otras formas de violencia.²²⁶ En cuanto al impacto en los niños y niñas, la Corte IDH resaltó las circunstancias de los primeros años de vida de las niñas y niños nacidos de las violaciones sexuales de sus madres en el marco del conflicto armado interno y que a su vez fueron víctimas de la violencia de la época, y quienes fueron especialmente vulnerables debido a las posibilidades de enfrentar la estigmatización, discriminación, abandono, infanticidio u otras formas de violencia.²²⁷

2.13. Derechos políticos (artículo 23 de la CADH)

La organización indígena Yapti Tasba Nanih Aslatakanka (Yatama), que significa la “organización de los hijos de la madre tierra”, era una organización indígena que representaba a numerosas comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua, primordialmente a los miembros del pueblo indígena miskitu.

Yatama participó en elecciones regionales y municipales desde 1990 hasta 1998. Sin embargo, para las elecciones del año 2000, quedó excluida de participar por una reforma a la Ley Electoral que solo permitía la participación de partidos políticos en las elecciones.

La Corte IDH indicó que “no exist[ía] disposición en la C[ADH] que permit[iera] sostener que los ciudadanos sólo p[odían] ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político”. Sin desconocer la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, la Corte IDH reconoció que:

[...] hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso

223 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 169.

224 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 201.

225 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 142-144.

226 Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 198.

227 *Ibidem*, párr. 202.

necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales.²²⁸

La Corte IDH consideró que la participación en los asuntos públicos de organizaciones distintas a los partidos “[resultaba] esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trat[aba] de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa[ba]”.²²⁹ Declaró que:

[...] la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000.

El Estado no justificó que dicha restricción atendiese a un propósito útil y oportuno que la tornara necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implicaba “un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integra[ban] Yatama”.²³⁰ La Corte IDH estimó que tal limitación constituía una “restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica[ba] un límite innecesario al derecho a ser elegido”.²³¹

En cuanto a la exigencia de la Ley Electoral de presentar candidatos en al menos 80% de los municipios de la respectiva circunscripción y 80% del total de candidaturas, la Corte IDH consideró que constituía “una restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por Yatama para las elecciones municipales de noviembre de 2000”, ya que no se tomó en cuenta “que la población indígena y étnica e[ra] minoritaria”, ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo.²³²

Por todo ello, la Corte IDH encontró que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por Yatama, ya que se vieron “afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000”.²³³

Las violaciones a los derechos de los candidatos propuestos por Yatama fueron declaradas por la Corte IDH como “particularmente graves” porque también se afectó a los electores. La exclusión significó que los candidatos propuestos por Yatama no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual “representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supon[ía] una consecuencia grave para la democracia”.²³⁴

Posteriormente, se presentó a la Corte IDH el caso *Castañeda Gutman vs. México*, en el que la CIDH denunciaba que los Estados Unidos Mexicanos eran responsables de la violación de los derechos políticos del señor Jorge Castañeda Gutman porque se le impidió participar como candidato independiente para las elecciones presidenciales, exigiéndosele que participara a través de partidos políticos. La CIDH invocaba al caso *Yatama vs. Nicaragua* como fundamento de su reclamo.

La Corte IDH rechazó la solicitud de la CIDH y consideró que México no había violado el artículo 23 de la CADH al exigir al señor Castañeda que participara a través de un partido político. Diferenció el caso *Castañeda* del caso *Yatama* de la siguiente manera:

228 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 215.

229 *Ibidem*, párr. 217.

230 *Ibidem*, párr. 218.

231 *Ibidem*, párr. 219.

232 *Ibidem*, párr. 223.

233 *Ibidem*, párr. 224.

234 *Ibidem*, párr. 226.

El caso *Yatama* trat[ó] de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua que se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, que enfrentaban serias dificultades que los mantenían en una situación de vulnerabilidad y marginalidad para participar en la toma de decisiones públicas dentro de dicho Estado, y donde el requisito de participar políticamente a través de un partido político se traducía en una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que impedía, sin alternativas, la participación de dichos candidatos en las elecciones municipales respectivas. En cambio, el [caso Castañeda Gutman] se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato.²³⁵

El caso *Castañeda* muestra que ciertas exigencias legales en contextos no indígenas pueden estar en conformidad con la CADH, pero las mismas exigencias legales en contextos indígenas o tribales serían una violación a la CADH.

En *Escué Zapata vs. Colombia*, relativo a la ejecución de un líder indígena por parte del Ejército colombiano. Los representantes de la víctima alegaron que, además del derecho a la vida del señor Germán Escué Zapata, se violaron también los derechos políticos del propio señor Escué y los derechos políticos de su pueblo: el pueblo paez.²³⁶

Sin embargo, respecto a la alegada violación de los derechos políticos del pueblo paez, la Corte IDH indicó que no la analizaría, puesto que el mismo no fue identificado por la CIDH como víctima del caso.²³⁷ En cuanto a la alegada violación de los derechos políticos del señor Escué Zapata, la Corte IDH recordó su jurisprudencia según la cual “la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no proced[ía], en es[a] circunstancia, invocar la supuesta violación [...] de otros derechos consagrados en la C[ADH]”. Agregó que “los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana tienen, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio”, y los representantes de la víctima, más allá de la muerte de esta, no indicaron “otro hecho que vulnere ese contenido jurídico específico” de los derechos políticos. La Corte IDH concluyó que no se había demostrado una violación de los derechos consagrados en el artículo 23.1. de la CADH en perjuicio del señor Escué Zapata.²³⁸

Diferente resultado tuvo el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada del señor Florencio Chitay Nech, maya *kaqchikel*, quien ocupaba el cargo de Concejal Primero del Concejo Municipal de San Martín Jilotepeque. La Corte IDH consideró que el contexto en el cual se produjo la desaparición de la víctima mostraba un evidente patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno”, en su mayoría mayas. Tal hostigamiento tuvo como objetivo la vulneración no solo de sus bases sociales, sino también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil de la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros indígenas que ejercían cargos públicos, demostraba “la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política”.²³⁹

La Corte IDH declaró que con el hostigamiento y la posterior desaparición de Florencio Chitay no solo se truncó el ejercicio de su derecho político dentro del periodo comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. La comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos

235 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 172.

236 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 118.

237 *Ibidem*, párr. 121.

238 *Ibidem*, párrs. 122-123.

239 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 108.

ámbitos de su estructura social y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.²⁴⁰ Por tanto, la Corte IDH declaró que el Estado incumplió su deber de respeto y garantía de los derechos políticos de Florencio Chitay Nech, debido a su desaparición forzada, configurada como una desaparición selectiva, lo privó del ejercicio del derecho a la participación política en representación de su comunidad.

En *Norín Catrimán y otros*, varios dirigentes mapuches fueron condenados por el Estado chileno a penas que afectaban su derecho al sufragio, a la participación en la dirección de asuntos públicos y al acceso a las funciones públicas. Dichas penas tenían un carácter absoluto y perpetuo o un término fijo y prolongado (quince años). La Corte IDH, además de considerar que esas penas eran contrarias al principio de proporcionalidad de las penas,²⁴¹ declaró que constituían “una gravísima afectación de los derechos políticos”.²⁴²

Dicha gravedad radicaba en la condición de líderes y dirigentes tradicionales de las víctimas, de manera que “por la imposición de las referidas penas también se afectó la representación de los intereses de sus comunidades”. En concreto, la Corte IDH resaltó que los dirigentes fueron impedidos, en virtud de las referidas penas, de participar o dirigir funciones públicas en entidades estatales que, por su propia naturaleza, buscaban promover, coordinar y ejecutar acciones de desarrollo y protección de las comunidades indígenas.²⁴³

2.14. Defensores de derechos indígenas

María Luisa Acosta era una defensora de los derechos de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua. Como represalia a sus actividades de defensa de los derechos humanos, el esposo de María Luisa Acosta, el señor Francisco García Valle, fue asesinado.

La Corte IDH señaló que la defensa de los derechos humanos “sólo p[odía] ejercerse libremente cuando las personas que la realizan no son víctimas de amenazas o de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento”. Para garantizar las condiciones en las cuales los defensores puedan desarrollar libremente su función, “los Estados deb[ía]n facilitar los medios necesarios para que pud[iera]n ser protegidos si se encuentran amenazados o en situación de riesgo o denuncian violaciones a derechos humanos, así como investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad”.²⁴⁴

A tal efecto, es necesario que las autoridades que investigan los ataques en contra de los defensores de derechos humanos tengan una “lógica de investigación” que tomara en cuenta la labor que los defensores realizaban.²⁴⁵ Así, ante indicios o alegaciones de que un determinado atentado pudo constituir una represalia por las actividades o labores de un defensor de derechos humanos:

[...] las autoridades investigadoras deb[ía]n tomar en cuenta el contexto de los hechos y [las] actividades para identificar los intereses que podrían haber sido afectados en el ejercicio de la misma, a efectos de poder establecer líneas de investigación e hipótesis del delito, así como realizar las diligencias pertinentes para determinar si esos indicios podrían estar vinculados al móvil de la agresión.²⁴⁶

240 *Ibidem*, párr. 113.

241 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 374.

242 *Ibidem*, párr. 384.

243 *Idem*.

244 *Ibidem*, párr. 140.

245 *Ibidem*, párr. 141.

246 *Ibidem*, párr. 143.

3. Parte II:

Reparaciones ordenadas por la Corte IDH

Esta sección está enfocada a la sistematización de las reparaciones otorgadas por la Corte IDH en casos indígenas. Un análisis más detallado de la obligación de los Estados de reparar las violaciones a los derechos humanos puede encontrarse en el comentario de esta obra sobre el artículo 63.1. de la CADH.

El estudio de las reparaciones en casos de severas violaciones de derechos humanos ha sido un terreno dominado principalmente por el ámbito legal. Sin embargo, actualmente la investigación sobre los impactos que han tenido o tienen las políticas de reparación en diversos contextos está evolucionando hacia enfoques más integrales, en los cuales disciplinas como la historia, la pedagogía, la filosofía, la antropología, la psicología se han involucrado cada vez de manera más específica.²⁴⁷ El dominio de lo legal aún subsiste, pero es a través de estas nuevas miradas y aportes que nuevos debates, discusiones y cuestionamientos están surgiendo. El objetivo central es lograr que las reparaciones cumplan con su objetivo esencial: reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Muchos de estos debates se complejizan cuando entra en el escenario el tema de los pueblos indígenas y sus contextos y prácticas culturales. Es ahí justamente donde se confrontan nuevos desafíos tanto conceptuales como de implementación, y la práctica interdisciplinaria se hace aún más necesaria. En los casos de pueblos indígenas, más que en cualquier otro tipo de violaciones, el daño se produce a nivel no solo individual, sino especialmente colectivo. Cualquier tipo de programa de reparación debe contemplar este nivel de manera específica.

A menudo, las violaciones a comunidades indígenas se producen en contextos donde existen niveles sistemáticos de inequidad y opresión social, en los que las poblaciones indígenas se encuentran discriminadas, estigmatizadas y, por ende, en condiciones de vulnerabilidad. Los procesos de reparación deben complementar y alinearse con políticas públicas de desarrollo locales. De esta manera, se asegura que las reparaciones no se queden en actividades puntuales, aisladas y con impactos a corto plazo, y se apunta a cumplir con el principio transformativo que deben tener las políticas de reparación en estos casos.

Las reparaciones deben ir más allá que únicamente devolver a los pueblos indígenas a las condiciones de opresión donde estaban antes que las violaciones se produjeran.²⁴⁸

Los procesos de reparación deben ser desarrollados en conjunto con las víctimas y organizaciones de víctimas, así como estamentos claves de la sociedad civil. Esto beneficia, por un lado, a las mismas víctimas que se sienten partícipes e interlocutores válidos de tales procesos y, por otro, orientan en gran medida al Estado para implementar proyectos que realmente satisfagan las necesidades de las personas a quienes van dirigidos.

247 Huyse, L. y Salter, M. (Eds.) *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance-IDEA, Estocolmo, 2008. Hamber, B. "Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition", en De Greiff, P. (Ed.) *The Handbook for Reparations*. Oxford University Press, New York, 2008. Letschert, R. y Van Dijk, J. *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*. Springer, London/New York, 2011.

248 En este punto, vale recordar que la Corte IDH ha sostenido que "el concepto de 'reparación integral' (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados". Sin embargo, en casos de discriminación estructural, "las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo reformativo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación". Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 450.

Es necesario favorecer la organización comunitaria y la participación de la población como entes activos y no solo como receptores pasivos de ayuda. En otras palabras, convertir a los interesados en protagonistas de su propia recuperación. También es preciso coordinar entre las organizaciones que prestan sus servicios en el ámbito local, así como promover las labores de autoayuda y ayuda mutua.²⁴⁹ En la implementación de las reparaciones deben encontrarse involucrados grupos y autoridades indígenas locales para que las reparaciones tengan un sentido de validación por parte de la comunidad.²⁵⁰ Es preciso cuidar los tiempos de la implementación de las reparaciones con los tiempos y procesos de toma de decisiones de las comunidades indígenas. Igualmente, las reparaciones no están estáticas en el tiempo, las demandas de la gente varían de acuerdo con sus necesidades, con los tiempos en que se ha implementado o no las diversas formas de reparación. Si una medida ha tomado mucho tiempo en implementarse, por ejemplo, es posible que las comunidades hayan encontrado mecanismos alternativos de solución y, por ende, sus necesidades hayan cambiado, haciendo necesario readaptar la reparación ordenada o su forma de implementación.

Es común oír que la cultura y el contexto “importan”, y que cualquier intervención debe ser “culturalmente sensible”. Esto ha sido más cierto a nivel retórico que en la realidad.²⁵¹ En el caso del continente americano, se necesitan estudios a profundidad en este sentido. En otros contextos, estos estudios han hecho importantes aportes para entender las connotaciones culturales en los procesos de justicia y/o reconciliación. Por ejemplo, en Bali (Indonesia) no existen en el idioma local los términos correspondientes a perdón, amnistía y testimonio. En Uganda del Norte, en idioma lwo, las ideas de amnistía, perdón y reconciliación no son conceptualmente distintas, el concepto timo-tica puede ser aplicado a todas ellas.

Existe un gran brecha de conocimiento acerca de cómo los sobrevivientes en diferentes contextos locales y culturales perciben los procesos e intervenciones de posconflicto. Las intervenciones internacionales usualmente usan un lenguaje y concepciones occidentales de justicia, verdad, reparación y reconciliación sin que exista una apropiación de los significados en los contextos locales y culturales específicos.²⁵²

Las manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho. No se trata, en absoluto, de un “relativismo cultural”, sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas.²⁵³

Los aportes de teorías de antropología legal contemporánea, específicamente pluralismo legal aportan mucho en este ámbito. Por ejemplo, Boaventura de Sousa Santos subraya la importancia de los híbridos legales, que son “entidades legales o fenómenos que combinan diferentes, y a menudo órdenes o culturas legales contradictorios, creando así nuevas formas de significación y acción”.²⁵⁴

En la práctica, esta suerte de complementación de los diversos sistemas requiere mucho trabajo y sensibilidad. Ninguna de las partes suele ver de primera la necesidad de acoplarse a los requerimientos del otro. Sin trabajo preparatorio adecuado y sin entendimiento de este tipo de dinámicas, estos esfuerzos de acompañamiento intercultural pueden convertirse en fracasos o incluso prácticas revictimizantes y de abuso de poder hacia las comunidades y sus integrantes.

249 Organización Panamericana de la Salud. *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias, Manuales y Guías sobre Desastres*, Washington D.C., 2002, p. 70.

250 Un ejemplo exitoso de esto ha sido Canada's Assembly of First Nations (AFN), que es una organización nacional que ha aportado elementos culturales muy valiosos a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá. ICTJ, p. 40.

251 Culberston, R. y Pouligny, B. “Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between an Insider and an Outsider Knowledge”, en Pouligny, B. et al (Eds.) *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*. United Nations University Press, Tokyo, 2008.

252 Huyse, L. y Salter, M. (Eds.), *op. cit.*, p. 203.

253 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

254 De Sousa Santos, B. “The Heterogenous State and Legal Plurality”, en *Law and Society Review*, n.º 40(1), p. 39, 2006.

3.1. Beneficiarios de las reparaciones

En el caso *Aloeboetoe*, existía disparidad de criterios entre las partes en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas. La CIDH reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu a la que pertenecían las víctimas, en tanto que Surinam solicitaba la aplicación de su derecho civil. De la prueba recabada, la Corte IDH comprobó que las leyes de Surinam sobre el derecho de familia no tenían eficacia respecto de aquella tribu. Sus integrantes las desconocían y se regían por sus propias reglas. El Estado no mantenía la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones. Los conflictos que ocurrían en estas materias no eran sometidos a los tribunales del Estado y la intervención de estos era “prácticamente inexistente”. Cabe señalar también que el Estado de Surinam reconoció “la existencia de un derecho consuetudinario” sobre la materia.²⁵⁵

La Corte IDH concluyó que para determinar a los sucesores de las víctimas haría uso de la costumbre de la tribu y no del derecho surinamés, puesto que este “no e[ra] eficaz en la región en cuanto a derecho de familia”. Sin embargo, la Corte IDH aclaró que la aplicación de la costumbre se haría “en la medida en que no [fuera] contraria a la Convención Americana”.²⁵⁶ La Corte IDH pasó a considerar que en la mayoría de las legislaciones nacionales los sucesores de una persona son sus hijos. Indicó también que, generalmente, el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, se reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas fueron las que la Corte IDH adoptó en el momento de identificar a los herederos, pero interpretó los términos “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes” conforme a la cultura de las víctimas y no conforme al derecho surinamés. Ahora bien, al referirse a los ascendientes, la Corte IDH advirtió que no haría “ninguna distinción de sexos, aún cuando ello [fuera] contrario a la costumbre”.²⁵⁷ Por ende, tomó como beneficiarios de las reparaciones a las esposas de los cimarrones fallecidos, a los hijos de estos con cada una de sus esposas, y al padre y madre de los fallecidos, sin hacer distinciones basadas en el género.²⁵⁸

La Corte IDH básicamente dio prioridad al derecho individual por sobre el derecho colectivo, sin explicar por qué la cultura de la tribu en este punto violentaba algún derecho humano y sin hacer algún juicio de ponderación que explicara el motivo de la preferencia de un derecho (individual) por sobre otro (colectivo). Es de notar que los familiares de las víctimas o sus representantes legales no solicitaron a la Corte IDH que desconociera la cultura de su grupo. La Corte IDH, sin petición de por medio, decidió dar prevalencia al enfoque de género en lugar del cultural.²⁵⁹ Esto puede dar lugar a muchos debates, sin embargo, un argumento interesante en este contexto es el de Culberstone y Pouligny, quienes demuestran que los grupos locales retornan a la tradición para resolver conflictos, pero también reconocen que las innovaciones parten de la realidad de cada cultura, y que tomando y ajustando ideas desde el exterior y reconfigurando viejos conceptos a nuevas experiencias se planifican y ajustan las estrategias locales.²⁶⁰

En este tipo de encrucijadas es muy importante el proceso de toma de decisiones en sí mismo: que las personas entiendan las razones que guían a entes como la Corte IDH a proceder en estos ámbitos, que haya oportunidad para la discusión de la comunidad (un acompañamiento de expertos sería deseable), pues también, como ha pasado en muchos casos, en lugar de dar espacio a la mujer, se la puede poner en una situación de vulnerabilidad y, por ende, de revictimización.

255 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 58.

256 *Idem*.

257 *Ibidem*, párr. 62.

258 *Ibidem*, párr. 66.

259 Citroni, G. y Quintana, K. I. “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en Lenzerini F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008, p. 322.

260 Culberston, R. y Pouligny, B., *op. cit.*, p. 272.

En *Río Negro*, la Corte IDH demostró sensibilidad y flexibilidad para hacer frente a las complejas circunstancias que muchas veces los casos de pueblos indígenas y/o de extrema violencia conllevan. En este caso, la Corte IDH observó discrepancias en el número total de presuntas víctimas presentadas por la CIDH y el total de presuntas víctimas identificadas e individualizadas por los representantes de las víctimas. La CIDH se refirió a la imposibilidad de identificar a todas las víctimas del caso, ya que tenía una naturaleza excepcional debido a su gravedad y a sus dimensiones masivas, así como a “las características específicas de[el] caso y además de que se trata[ba] de un pueblo indígena”. La CIDH indicó que la falta de prueba respecto a la existencia e identidad de las presuntas víctimas se debía, entre otras, a que los hechos del caso se dieron en el marco de un conflicto armado; a “que familias enteras [habían sido] desaparecidas y [...] no ha[bía] nadie que pu[diera] hablar por [ellas...]”; a la migración y desplazamiento forzoso de testigos; al hecho de que la comunidad de Río Negro estaba conformada por cinco clanes familiares, cuyos miembros compartían los mismos nombres y apellidos, así como al hecho de “que la comunidad de Río Negro se encontraba a horas de camino de la población más cercana donde se podrían haber registrado” nacimientos y muertes. La CIDH resaltó, además, que la comunidad de Río Negro tenía una tradición oral y memoria colectiva de las víctimas de las masacres pero que, sin embargo, los testigos “no necesariamente [...] han declarado a nivel interno”, ya que el Estado “no ha[bía] brindado las garantías judiciales y protección judicial suficientes en [el] presente caso”.²⁶¹

Dadas las inconsistencias entre las listas presentadas por la CIDH y los representantes, durante la audiencia pública, la Corte IDH señaló que antes de que se emitiera la sentencia, debía tenerse el “mayor nivel de concordancia posible en cuanto a [las] identificaciones y los elementos de sustentación de que esas personas existieron”. La Corte IDH precisó que ello no necesariamente debía hacerse a través del certificado de nacimiento o de defunción, pero que podía haber otros elementos o documentos que dentro del contexto pudieran ser razonables y aceptables, ya que la Corte IDH solo podría incluir en la lista de víctimas, para todos los efectos, a aquellas personas que estuvieran razonablemente identificadas. La Corte IDH también expresó que “la petición de contar con las listas no obedec[ía] a un criterio formalista que alej[ara] la justicia” sino que, precisamente el propósito era “poder acercar la justicia a las personas que eventualmente [fueran] consideradas víctimas, y para que una persona pueda ser considerada víctima y se acoja a una reparación, t[enía] que estar identificada”. Finalmente, la Corte IDH constató que los representantes presentaron prueba sobre la identidad de las personas que señalaron como presuntas víctimas en el caso, mismas que no fueron objetadas por el Estado, por lo que la Corte IDH acreditó la existencia e identidad de las presuntas víctimas indicadas por los representantes.²⁶²

3.2. Daño material

El daño material involucra todos los perjuicios económicos que son consecuencia de las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte IDH en sus sentencias. Este tipo de perjuicios pueden ser muy variados. Por ejemplo, en *Moiwana* los miembros de la comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y varios de ellos estaban en situación de desplazamiento continuo. Asimismo, sufrieron pobreza y privaciones desde su huida, y la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se vio limitada drásticamente.²⁶³

En *Yakye Axa*, la Corte IDH consideró que la indemnización por el daño material debía comprender “los gastos en que incurrieron los miembros de la comunidad Yakye Axa en las diversas gestiones que realizaron con el fin de recobrar las tierras que consideraban como propias, tales como movilizaciones y traslados a distintas dependencias estatales”.²⁶⁴ Situación similar ocurrió en *Sawhoyamaxa*,²⁶⁵ y en *Xákmok Kásek*.²⁶⁶

261 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 47-49.

262 *Ibidem*, párr. 49.

263 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 186.

264 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 194.

265 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 217.

266 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 317 y 318.

En el caso *Saramaka* se demostró que se había extraído “una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización”. Además, las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron “gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo saramaka”.²⁶⁷ Por estas razones, y con fundamento en la equidad, la Corte IDH fijó una indemnización por daño material.

En el caso *Yatama*, la Corte IDH tuvo en cuenta que los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales propuestos por la organización indígena Yatama, así como la organización en sí, incurrieron en diversos gastos durante la campaña electoral antes de que el Consejo Supremo Electoral decidiera no inscribir a esos candidatos. Del mismo modo, las comunidades de la Costa Atlántica que eligieron en asambleas a los mencionados candidatos realizaron aportes materiales para la participación de estos.²⁶⁸

En *Chitay Nech y otros*, la Corte IDH encontró que las acciones y gestiones realizadas por los familiares del señor Chitay Nech para localizarlo luego de su desaparición forzada generaron gastos que debían ser considerados como daño emergente.²⁶⁹

En *Fernández Ortega*, la Corte IDH observó que los representantes no presentaron documentación que acreditara las ganancias devengadas por la señora Fernández Ortega. No obstante, dado que tanto la señora Fernández Ortega como su esposo trabajaban en la cosecha de su parcela y ambos debieron descuidar sus tareas por los hechos del caso (violación sexual en perjuicio de la señora Fernández), la Corte IDH decidió fijar, en equidad, una cantidad por concepto de pérdida de ingresos.²⁷⁰

En el caso sobre el *Pueblo Indígena Mapuche*, relativo a varios dirigentes mapuches encarcelados y criminalmente perseguidos, la Corte IDH tomó en cuenta a la hora de valorar el daño material el periodo en que las víctimas permanecieron privadas de libertad o en clandestinidad, sin que pudieran dedicarse a sus actividades remunerativas habituales ni proveer a sus familias en la forma en la que lo hacían con anterioridad a los hechos.²⁷¹

Si las reparaciones económicas no son bien manejadas pueden causar muchas dificultades en el momento de su implementación. Más aún, en contextos rurales, donde existen altos índices de pobreza, y en muchos casos las huellas de la violencia han permeado el tejido social comunitario, se necesitan mecanismos de monitoreo y acompañamiento para que la gente tenga espacio de discutir los inevitables problemas que surgen a la hora de implementar las reparaciones. Por ejemplo, en *Plan Sánchez*, aunque lo relativo a la compensación económica se cumplió, esta ha generado muchas divisiones familiares, sentimientos de culpa, alcoholismo, y otros males entre los beneficiarios.²⁷²

Es importante que las reparaciones apunten a tener participación o representación de la comunidad en general, que los líderes tomen decisiones que benefician al grupo en general, y poner especial cuidado a las dinámicas al interior de dichos grupos, a efectos de evitar que ciertos sectores queden excluidos.²⁷³

Por supuesto, también existen casos en los que la solidaridad y el manejo equitativo por parte de los líderes y comunidades ha sido una fortaleza dentro los procesos de reparación. Un ejemplo digno de destacar se dio en *Yakye Axa*. Una de las representantes legales de la comunidad explicó:

267 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, EPFRC. 2007, párr. 199.

268 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 244.

269 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 265-266.

270 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 286.

271 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. FRC. 2014, p. 443.

272 Espinoza Cuevas, V. et al. *Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto?* Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

273 Rubio-Marín, R. et al. “Indigenous People and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala”, en Arthur, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, New York, 2011, p. 46.

[...] el monto indemnizatorio a los líderes de la comunidad se hizo muy bien, ellos lo hicieron muy bien [...]. Pudimos constatar [...] que el espíritu de compartir de manejar colectivamente este tipo de cosas se dio por iniciativa de los propios líderes. Las [compensaciones se] distribuyeron equitativamente a los jefes de familia en toda la comunidad, sin ningún tipo de conflicto.²⁷⁴

3.3. Daño inmaterial

En *Aloeboetoe y otros*, la CIDH había alegado que en la sociedad maroon tradicional, una persona no solo es miembro de su grupo familiar sino también de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituían, según ella, una familia en sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad, que tendría que ser indemnizada,²⁷⁵ más allá de la indemnización que solicitó por cada uno de los ejecutados. La Corte IDH consideró:

[...] todo individuo, además de ser miembro de su familia y ciudadano de un Estado, pertenece generalmente a comunidades intermedias. En la práctica, la obligación de pagar una indemnización moral no se extiende a favor de ellas ni a favor del Estado en que la víctima participaba, los cuales quedan satisfechos con la realización del orden jurídico. Si en algún caso excepcional se ha otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha tratado de una comunidad que ha sufrido un daño directo.²⁷⁶

Por las anteriores consideraciones, la Corte IDH no fijó una indemnización por daño inmaterial a favor de toda la tribu, aunque sí fijó una indemnización por cada una de las víctimas fallecidas.

En *Awás Tingni*, la Corte IDH consideró que debido a la situación en la cual se encontraban los miembros de la comunidad por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debía ser reparado por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. Indicó que en las circunstancias del caso era preciso “recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa”. Tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte IDH estimó que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, una determinada suma monetaria en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad awas tingni, de común acuerdo con esta y bajo la supervisión de la CIDH.²⁷⁷

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH consideró que los hechos del caso “afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y [...] se desarrollaron dentro de un patrón de masacres”, lo que causaba “un impacto agravado que compromet[ía] la responsabilidad internacional del Estado”,²⁷⁸ que debía ser tomado en cuenta al momento de resolver las reparaciones.²⁷⁹ La gravedad de los hechos y la situación de impunidad en la que estos permanecían, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, las alteraciones de sus condiciones de existencia, y las demás consecuencias de orden no pecuniario producidas, motivaron a la Corte IDH a ordenar un pago por compensación del daño inmaterial.²⁸⁰

En el caso *Moiwana*, la valoración por parte de la Corte IDH del daño inmaterial tomó en cuenta los diversos aspectos del sufrimiento de los miembros de la comunidad, entre ellos, la imposibilidad de obtener justicia, lo que provocó sentimientos de “humillación, ira e impotencia a los miembros de

274 Julia Cabello, abogada de la ONG Tierra Viva, representante legal de la comunidad Yakye Axa ante la Corte Interamericana, en Beristain, C. M. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*. Universidad Santo Tomás- PNUD-IDH, Bogotá, 2010, p. 529.

275 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 83.

276 *Idem*.

277 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 167.

278 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párr. 51.

279 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004, párr. 81.

280 *Ibidem*, párr. 83.

la comunidad”, y les infundió “temor de que los espíritus ofendidos bus[caran] vengarse en ellos”.²⁸¹ Las víctimas no sabían qué sucedió con los restos mortales de sus seres queridos y, como resultado, no pudieron honrarlos ni darles sepultura, según los principios fundamentales de la cultura n’djuka.²⁸² La conexión de los miembros de la comunidad con su territorio tradicional “fue interrumpida de forma brusca”, lesionándose emocional, espiritual, cultural y económicamente a los integrantes de la comunidad.²⁸³

En *Sawhoyamaya*, la Corte IDH notó que “la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la comunidad Sawhoyamaya, así como las graves condiciones de vida a las que se ha[bía]n visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales”, debían ser valoradas al momento de fijar el daño inmaterial.²⁸⁴

En *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no solo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto a la conexión espiritual que el pueblo tenía con su territorio. Consideró que la larga y continua lucha por el reconocimiento legal del derecho al territorio y la frustración respecto del sistema legal interno que no protegía este derecho, constituían “una denigración de sus valores culturales y espirituales”.²⁸⁵

En *Yatama*, la Corte IDH, al valorar el daño inmaterial, tomó en consideración que ser propuesto como candidato para participar en un proceso electoral revestía una especial importancia y constituía un gran honor entre los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica. Quienes asumían una candidatura debían demostrar capacidad, honestidad y compromiso con la defensa de las necesidades de las comunidades, y adquirirían la gran responsabilidad de representar los intereses de estas.²⁸⁶

En *Fernández Ortega*, la Corte IDH otorgó una compensación económica por concepto del daño inmaterial que la víctima y sus familiares sufrieron como consecuencia de la violación sexual que aquella padeció a manos de agentes estatales.²⁸⁷ En prácticamente los mismos términos, la Corte IDH ordenó compensaciones en el caso *Rosendo Cantú y otra*.²⁸⁸

En *Sarayaku*, la Corte IDH tomó en cuenta que el pueblo indígena vio afectadas sus posibilidades de uso y goce de los recursos de su territorio, particularmente por la restricción de áreas de caza, de pesca y de subsistencia en general.²⁸⁹

3.4. Identificación, demarcación, titulación, entrega, rehabilitación y saneamiento del territorio ancestral

En *Awás Tingni*, la Corte IDH ordenó al Estado que adoptara en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la CADH, “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas”.²⁹⁰ Asimismo, dispuso que Nicaragua debía:

281 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 195.a.

282 *Ibidem*, párr. 195.b.

283 *Ibidem*, párr. 195.c.

284 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 221.

285 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párr. 200.

286 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 246.

287 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 293.

288 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 279.

289 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 315.

290 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 164 y punto resolutivo 3.

[...] delimitar, demarcar y titular las tierras que correspond[iera]n a los miembros de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efect[uara] esa delimitación, demarcación y titulación, actos que p[odía]n llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que act[uaba]n con su aquiescencia o su tolerancia, afect[ara]n la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad.²⁹¹

En *Moiwana*, la Corte IDH dispuso de manera similar que el Estado debía “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios”. Estas medidas debían incluir “la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales”.²⁹² Para realizar esta tarea, el Estado debía contar “con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes”, y de los miembros de las demás aldeas y las comunidades indígenas vecinas.²⁹³

En *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH también dispuso que el Estado debía delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales.²⁹⁴

En *Yakye Axa*, la Corte IDH señaló que las violaciones a los derechos humanos ocasionadas a los miembros de la comunidad tenían “como base común primordialmente la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de los miembros de la comunidad”.²⁹⁵ Consecuentemente, la Corte IDH ordenó al Paraguay que identificara el territorio tradicional y lo entregara de manera gratuita a la comunidad yakye axa, en un plazo máximo de tres años.²⁹⁶ En el supuesto que tal territorio tradicional estuviera en manos privadas, la Corte IDH consideró que el Estado “deb[ía] valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. Para ello, “deb[ía] tomar en cuenta las particularidades propias de la comunidad indígena yakye axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario”, y si por motivos “objetivos y fundamentados” la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la comunidad yakye axa no fuera posible, “el Estado deb[ía] entregarle tierras alternativas, que ser[ía]n electas de modo consensuado con la comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres”. La Corte IDH aclaró que en uno u otro caso, “la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la comunidad”.²⁹⁷

Para que el Estado cumpliera con las obligaciones señaladas, la Corte IDH le ordenó crear un fondo para la adquisición de las tierras, que debía ser destinado “bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según correspond[iera]”.²⁹⁸

En *Sawhoyamaya*, la Corte IDH consideró que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la comunidad sawhoyamaya era la medida de reparación “que más se acerca[ba] a la *restitutio in integrum*”, por lo que dispuso que el Estado debía adoptar “todas las medidas legislativas,

291 *Ibidem*, punto resolutivo 1.

292 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 209.

293 *Ibidem*, párr. 210.

294 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, EPFRC, 2007, párr. 194.

295 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 211.

296 *Ibidem*, párr. 217.

297 *Idem*.

298 *Ibidem*, párr. 218.

administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce”.²⁹⁹

En el tercer caso sobre tierras indígenas en el Paraguay, caso *Xámkok Kásek*, contrario a lo que señalaba el Estado, las tierras a entregarse a los miembros de la comunidad no era cualquier inmueble dentro del territorio histórico de sus ancestros, sino el territorio que los miembros de la comunidad habían demostrado que era su territorio tradicional específico y más apto para el asentamiento indígena. Consecuentemente, el Estado debía devolverles tal territorio tradicional específico, identificándolo plenamente, a través de los medios técnicos especializados para tal fin, con la participación de los líderes de la comunidad y sus representantes libremente elegidos.³⁰⁰

En prácticamente los mismos términos, la Corte IDH se pronunció en los casos *Pueblos Kuna y Emberá*,³⁰¹ *Triunfo de la Cruz*,³⁰² y *Pueblos Kaliña y Lokono*. En este último caso, la Corte IDH dispuso que hasta que el Estado delimitara, demarcara y otorgara título colectivo del territorio de los miembros de los pueblos indígenas, el Estado debía desarrollar “reglas de convivencia pacífica y armoniosas en el territorio en cuestión”, entre los pueblos kaliña y lokono y los otros pueblos tribales de la zona, así como de terceros privados, que respetaran los usos y costumbres indígenas y garantizaran su relación con sus áreas tradicionales, incluyendo un río.³⁰³ El Estado debía, además, adoptar las medidas suficientes y necesarias para que el mantenimiento de reservas naturales no constituyera un obstáculo desmedido en el acceso, uso y participación efectiva de los pueblos kaliña y lokono en las mismas.³⁰⁴ Finalmente, el Estado debía rehabilitar la zona del territorio tradicional que fue afectada por la actividad extractiva que allí se llevó a cabo.³⁰⁵

La Corte IDH también ha ordenado a los Estados que rehabiliten el territorio indígena que fue afectado por actividades extractivas. Por ejemplo, en *Sarayaku*, la Corte IDH ordenó al Ecuador el retiro del territorio tradicional de los explosivos que se sembraron durante la exploración petrolera y nunca fueron completamente retirados.³⁰⁶ En *Pueblos Kaliña y Lokono*, se ordenó al Estado rehabilitar la zona del territorio tradicional que fue afectada por la actividad minera que allí se llevó a cabo y que contaminó el lugar.³⁰⁷

En *Xucuru*, la Corte IDH fue más allá de ordenar demarcación y titulación del territorio indígena. La Corte ordenó al Estado proceder con el saneamiento del territorio indígena xucuru que permanecía en posesión de terceros no indígenas. Dicha obligación de saneamiento “correspond[ía] ejercerla al Estado de oficio y con extrema diligencia”. En este sentido, el Estado “deb[ía] remover cualquier tipo de obstáculo o interferencia sobre el territorio en cuestión. En particular, a través de garantizar el dominio pleno y efectivo del pueblo xucuru sobre su territorio”.³⁰⁸

3.5. Creación de un mecanismo eficaz de reclamación de tierras

En el caso *Yakye Axa*, la Corte IDH dispuso que el Estado debía adoptar en su derecho interno “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que [fuera]n necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que h[iciera] cierto su derecho de propiedad y que t[uviera] en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y

299 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 210.

300 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 282 y 283.

301 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 232.

302 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 259-264.

303 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 279-285.

304 *Ibidem*, párr. 286.

305 *Ibidem*, párr. 290.

306 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párrs. 293-294.

307 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 290.

308 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 194.

costumbres”.³⁰⁹ Esta medida de reparación fue ordenada en términos idénticos en *Sawhoyamaxa*.³¹⁰ En *Xámkok Kásek*, la Corte IDH dio más detalles sobre cómo debería diseñarse el mecanismo eficaz de reclamación de tierras, indicó que el mecanismo debía consagrar normas sustantivas que garantizaran: “a) que se tom[ara] en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no bast[aba] que las tierras reclamadas est[uvieran] en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación”. Una autoridad judicial debía ser la competente para resolver los conflictos que se presentaren entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.³¹¹

En el caso *Saramaka*, la Corte IDH decretó que el Estado debía eliminar o modificar las disposiciones legales que impedían la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo saramaka, así como:

adoptar en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales.³¹²

Además, la Corte IDH ordenó al Estado “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal”.³¹³

3.6. Garantizar el derecho de consulta

En *Saramaka*, la Corte IDH dispuso que el Estado debía adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que fueran necesarias para:

[...] reconocer y garantizar el derecho del pueblo saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que pu[diera]n afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo.³¹⁴

En *Sarayaku*, la Corte IDH reconoció que el Ecuador tenía una de las constituciones más avanzadas en cuanto a la protección al derecho a la consulta, no obstante, “los derechos a la consulta previa no ha[bía]n sido suficientes y debidamente regulados mediante normativa adecuada para su implementación práctica”. Por ende, ordenó al Estado:

[...] adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que [fuera]n necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impid[iera]n su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades.³¹⁵

309 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 225.

310 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 235.

311 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 310.

312 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

313 *Ibidem*, párr. 194.

314 *Ibidem*, párr. 194.

315 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 301.

Adicionalmente, la Corte IDH señaló que en vista de que las violaciones de los derechos a la consulta previa y a la identidad cultural del pueblo sarayaku ocurrieron por acciones y omisiones de diversos funcionarios e instituciones públicas, ordenó al Estado implementar “programas o cursos obligatorios” para funcionarios públicos sobre los derechos de los pueblos indígenas.³¹⁶

3.7. Estudios de impacto ambiental

En *Saramaka*, la Corte IDH ordenó a Surinam asegurar que se realizaran estudios de impacto ambiental y social, mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes. Además, dichos estudios debían realizarse previo al otorgamiento de concesiones dentro del territorio tradicional saramaka. El Estado también debía implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que pudiesen tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo.³¹⁷

3.8. Entrega de suministros básicos

En *Yakye Axa*, la Corte IDH dispuso que mientras la comunidad se encontrara sin tierras, “dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia”, el Estado debía suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable; brindar atención médica periódica y medicinas; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario; y dotar a la escuela de la comunidad con materiales bilingües.³¹⁸ Una medida de reparación prácticamente idéntica fue ordenada en los otros casos paraguayos, *Sawhoyamaxa*³¹⁹ y *Xámkok Kásek*.³²⁰

3.9. Reconocimiento de la personalidad jurídica

En *Saramaka*, la Corte IDH dispuso que el Estado estaba en la obligación de “otorgar a los miembros del pueblo saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones”.³²¹ Idéntica medida de reparación fue dictada en *Pueblos Kallina y Lokono*.³²²

3.10. Otorgamiento de becas para educación

En *Escué Zapata*, la Corte IDH reconoció el sufrimiento de la hija de la víctima (un líder comunitario ejecutado), y las dificultades que afrontó a lo largo de su vida estudiantil. Por ello, ordenó al Estado que le otorgara una beca para realizar estudios universitarios en una universidad pública colombiana escogida entre ella y el Estado. La Corte IDH especificó que la beca debía costear, entre otros, el transporte desde la ciudad donde estudiaba la beneficiaria hasta su comunidad “para que pu[diera] mantener sin dificultades los vínculos con ella, sus tradiciones, usos y costumbres, así como el contacto con su familia de manera periódica”.³²³ Reparaciones similares se otorgaron en *Fernández Ortega*³²⁴ y *Rosendo Cantú y otra*.³²⁵

316 *Ibidem*, párr. 302.

317 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

318 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 221.

319 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 230.

320 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 301-305.

321 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

322 Corte IDH. *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 279.a).

323 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 170.

324 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 264.

325 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 257.

3.11. Atención médica y psicológica

En *Escué Zapata*, la Corte IDH estimó que era preciso “disponer una medida de reparación que bus[car] reducir los padecimientos físicos y psíquicos de los familiares de la víctima”, producidos como consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor Escué Zapata. Con tal fin, la Corte IDH ordenó al Estado que proveyera, sin cargo alguno, el tratamiento especializado de carácter médico, psiquiátrico y psicológico adecuado que requieran los familiares de la víctima, previa manifestación de su consentimiento, por el tiempo que fuera necesario, incluida la provisión de medicamentos. La Corte IDH aclaró que tal tratamiento debía considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, en especial sus costumbres y tradiciones.³²⁶ Una medida de reparación similar fue ordenada en los casos *Chitay Nech y otros*,³²⁷ *Fernández Ortega*,³²⁸ y *Norín Catrimán y otros*.³²⁹

En *Xámkok Kásek*, la Corte IDH, dadas las dificultades que los miembros de la comunidad tenían para acceder a centros de salud, ordenó al Estado que estableciera en el lugar donde se asentaba la comunidad un puesto de salud permanente, con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada.³³⁰

En *Rosendo Cantú y otra*, la Corte IDH consideró que los hechos del caso (violación sexual de la víctima) habían evidenciado la necesidad de fortalecer la atención y los centros de salud para el tratamiento de mujeres que hubieran sufrido violencia. Observó que existía un centro de salud en la localidad donde se encontraba la víctima, y ordenó que dicho centro fuera “fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me’paa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado”.³³¹

Es necesario resaltar que los grupos étnico-culturales tienen derecho a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los servicios de salud públicos fueran apropiados desde el punto de vista cultural.³³² Un buen ejemplo de esto sería el Acuerdo de las Escuelas de Residencia de Canadá que estableció un *Healing Fund* que sería administrado por la *Aboriginal Healing Foundation*, que acuerda apoyar las necesidades de sanación de los pueblos aborígenes afectados por el legado de las antiguas Escuelas Residenciales Indias,³³³ y que incluye impactos intergeneracionales, de una manera holística, basado en la comunidad.³³⁴

Los procesos o actividades de acompañamiento o apoyo psicosocial, así como las medidas de rehabilitación que se tomen en estas áreas deberían ser culturalmente apropiadas. El personal encargado tendría que investigar y conocer de antemano la historia, valores, costumbres y tradiciones de las poblaciones. Es importante, asimismo, tomar medidas en cuanto a la utilización y capacitación de intérpretes en contextos psicoterapéuticos de acompañamiento psicosocial.

326 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 173.

327 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 256.

328 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 252.

329 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, FRC. 2014, párrs. 425-426.

330 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 306.

331 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 260.

332 Ruiz Chiriboga, O. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5, 2006, p. 52.

333 Estas escuelas fueron internados que existieron en Canadá para tratar de asimilar a los niños indios prohibiéndoles las manifestaciones propias de su cultura y en las cuales fueron frecuentes los abusos físicos, sexuales y emocionales. La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá, constituida en junio de 2008, tiene como mandato descubrir qué ocurrió realmente en los internados e informar a todos los canadienses de sus hallazgos. Para mayor información sobre el trabajo de la Comisión y acceder a su reporte final, visitar el siguiente vínculo electrónico: <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=3> (fecha de último acceso: 15 de mayo de 2018)

334 Vrdoljak, A. “Reparations for Cultural Loss”, en Lenzerini, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008, p. 223.

La asistencia psicosocial es parte de un resarcimiento integral y, en este sentido, se deberían reconocer las creencias y prácticas indígenas, así como el papel de los líderes tradicionales y curanderos para tratar con los problemas de salud. Habría que explorar la forma en que se pueden fortalecer los conocimientos acerca de la curación indígena, e instar a las organizaciones de la sociedad civil involucradas a respetar e incluir conocimientos de la medicina indígena y sus proyectos.

La cultura indígena entiende la salud y la enfermedad en términos de equilibrio y desequilibrio del universo. Para ellos, los tratamientos de salud deben ser integrales, atendiendo la parte física, pero además los elementos afectivos, espirituales y del medio ambiente. Por otro lado, las formas de curación en estas culturas incluye el uso de plantas medicinales, ceremonias y rituales, sobre todo colectivos. Las prácticas indígenas no implican un abandono de los tratamientos médico/farmacológicos usados a nivel del Estado, pero sí la búsqueda de formas complementarias para solucionar los problemas de salud. La salud, desde una perspectiva occidental, es referida generalmente a una concepción médico-clínica, a la cura de síntomas y órganos del cuerpo que son tratados de manera aislada. Lo afectivo, religioso y ambiental usualmente quedan por fuera de cualquier concepción médica de tratamiento y atención.³³⁵

En el SIDH, las prácticas de salud indígenas fueron reconocidas en *Río Negro*. La Corte IDH aceptó la declaración de la perita Rosalina Tuyuk, quien se refirió a la solicitud de atención psicosocial a las víctimas en los siguientes términos:

[...] la atención psicosocial debe ser con identidad propia, o sea, los pueblos mayas nunca va[n] a los psicológicos, sino [que su] psicología l[a] hace[n] con el fuego sagrado [y...] con las plantas medicinales. [...] La política del Estado no incluye las prácticas ancestrales de [sus] pueblos; por lo tanto, [...]esta es una ocasión para que el Estado pueda reconocer tod[a] esa práctica [...] para que [...] en realidad este proceso de atención psicosocial pueda apoyar a todos los que fueron víctimas de violencia sexual y de otro tipo [...] de violaciones.³³⁶

La Corte IDH aceptó estas sugerencias y ordenó al Estado brindar gratuitamente tratamiento médico y psicológico a las víctimas. La Corte IDH dio la opción de que dicho tratamiento pudiera brindarse por personal e instituciones estatales, pero también a través de los sanadores de la comunidad maya achí, de acuerdo con sus propias prácticas de salud y mediante el uso de medicinas tradicionales, para lo cual el Estado debía acordar con los representantes de las víctimas la forma en que esta reparación se llevaría a cabo.³³⁷

Ahora bien, la Corte IDH no ha aceptado en todos los casos las solicitudes que las partes le han hecho. En *Acosta y otros*, las representantes de las víctimas solicitaron de manera explícita que se ordenara al Estado garantizar una adecuada atención psicológica a las víctimas.³³⁸ Sin embargo, la Corte IDH consideró que, “dado el tiempo transcurrido, no correspond[ía] en [el] caso ordenar al Estado que brind[ara] un tratamiento adecuado, pudiendo considerarse ese rubro comprendido dentro de las indemnizaciones compensatorias dispuestas a favor de las víctimas”.³³⁹ La Corte IDH estimó que la indemnización por daño inmaterial contemplaba “los sufrimientos ocasionados a las víctimas en su esfera moral y psicológica”.³⁴⁰ Dicho sufrimiento, que la propia Corte IDH catalogó como grave, se produjo por el homicidio del esposo de la señora Acosta, la falta de investigación adecuada del crimen; la falta de sanción a los responsables, y la estigmatización social. Todo ello generó impactos tanto psicosociales como económicos en la señora Acosta y sus familiares.³⁴¹ Aun así, la Corte IDH no dispuso como medida de reparación la atención psicológica de las víctimas, lo cual sorprende.

335 Gómez, N. “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities”, en Lenzirini, F. (Ed.), *op. cit.*, p. 159.

336 *Ibidem*, párr. 288.

337 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 289.

338 Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. EPFRC. 2017, párr. 225.

339 *Idem*.

340 *Ibidem*, párr. 239.

341 *Ibidem*, párr. 238.

El tema de las medidas de rehabilitación es complejo, pero la Corte IDH ha mostrado apertura y flexibilidad para otorgar estas medidas de acuerdo con el contexto y necesidades de cada caso. Por ejemplo, en los casos en los que el Estado carecía de la experticia necesaria para implementar estas medidas, se decidió recurrir al apoyo de ONG especializadas. En otros casos, las mismas víctimas preferían buscar sus propias opciones de atención psicológica porque no tenían confianza hacia el Estado y no deseaban depender de las instituciones estatales. Asimismo, en ciertos casos las medidas de atención psicosocial llegaron muchos años después de los hechos, por lo que algunas personas no sintieron la necesidad de apoyo psicosocial. Otras, las consideraron innecesarias, como una forma de protección y deseo de sentirse fuertes, autónomas y resistentes.³⁴² También han existido personas cuyas experiencias en las consultas psicoterapéuticas fueron frustrantes o incluso revictimizantes, sea porque los psicólogos no tenían experiencia o conocimiento del tema y contextos específicos, o porque se emplearon enfoques clínicos tradicionales que no son los más adecuados para trabajar el nivel de impacto y complejidad que suponen las violaciones de derechos humanos³⁴³. Por ello, es de vital importancia el hecho de que la Corte IDH mantenga un rol activo en las medidas de rehabilitación, proporcionando lineamientos y principios que las medidas psicosociales deben tener para ser efectivas y adecuadas en su tratamiento específico para violaciones de derechos humanos.

Por otro lado, desde una punto de vista psicoterapéutico, las vivencias traumáticas como las sufridas por la familia Acosta, conllevan un daño psicosocial que no solo no es aliviado por “el tiempo transcurrido” sino que, sin un adecuado tratamiento y seguimiento psicológico, sin mencionar las condiciones judiciales y sociopolíticas favorables, las consecuencias de vivencias traumáticas pueden no solo empeorar sino extender sus impactos sobre otras áreas como la salud, familia, trabajo.³⁴⁴ Lo relevante aquí es que las víctimas sintieron la necesidad de recibir atención psicosocial y así lo solicitaron expresamente a la Corte IDH, pero esta desoyó sus pedidos.

3.12. Programa de registro y documentación

En *Sawhoyamaxa*, la Corte IDH consideró que la forma más adecuada de reparar la violación al derecho a la personalidad jurídica de varios miembros de la comunidad era que el Estado realizara un programa de registro y documentación, de tal forma que los miembros de la comunidad pudieran registrarse y obtener sus documentos de identidad.³⁴⁵ Idéntica medida de reparación fue ordenada en el caso *Xámkok Kásek vs. Paraguay*.³⁴⁶

3.13. Sistema de comunicación para casos de emergencia

En *Sawhoyamaxa*, la Corte IDH, dadas las dificultades que los miembros de la comunidad tenían para acceder a los centros de salud, ordenó que el Estado estableciera en los asentos de la comunidad un sistema de comunicación “que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia”. El Estado también estaba en la obligación de proveer el transporte.³⁴⁷ Idéntica medida de reparación fue ordenada en *Xámkok Kásek*.³⁴⁸

342 Beristain, C.M., *op. cit.*

343 Donoso, G. “I have never worked with victims so victimized. Political Trauma and the Challenges of Psychotherapy in Ecuador” (Por publicarse en 2018).

344 Van Der Kolk, B. A. *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*. New York: Viking, 2014. Herman, J. L. *Trauma and recovery: The aftermath of violence from domestic abuse to political terror*. New York, Basic Books, 1992.

345 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 231.

346 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 308.

347 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 232.

348 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 306.

3.14. Reformas a la legislación interna para garantizar la participación política de los pueblos indígenas

En *Yatama*, la Corte IDH consideró indispensable que, para atender los requerimientos del principio de legalidad en materia electoral, el Estado debía reformar su Ley Electoral de manera que se:

[...] regule con claridad las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de participación electoral, los procedimientos que debe observar el Consejo Supremo Electoral al determinar tal incumplimiento y las decisiones fundamentadas que al respecto debe adoptar dicho Consejo, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado.³⁴⁹

Asimismo, el Estado debía reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral declarados violatorios de la CADH y adoptar:

[...] las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas pu[diera]n participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática. [Los requisitos que se establecieran para tal fin debían] permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades c[ontara]n con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que conciernen a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deber[ía]n constituir obstáculos a dicha participación política.³⁵⁰

3.15. Educación

En el caso *Aloeboetoe*, la Corte IDH ordenó al Estado reabrir una escuela que había sido cerrada en el asentamiento de las víctimas, y que la dotara de personal docente y administrativo para que funcionara permanentemente.³⁵¹

En *Fernández Ortega*, la Corte IDH destacó la importancia de implementar reparaciones que tuvieran un alcance comunitario y que permitieran reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, además de restablecer el tejido comunitario. Es por ello que la Corte IDH consideró pertinente ordenar al Estado que facilitara los recursos necesarios para que la comunidad indígena me'phaa de Barranca Tecoani, a la que pertenecía la víctima, estableciera un centro comunitario, que se constituyera como centro de la mujer, en el que se desarrollaran actividades educativas en derechos humanos y derechos de las mujeres, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo deseara.

El Estado debía facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brindaran asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales debían adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena.³⁵²

La Corte IDH recordó que las hijas de la señora Fernández Ortega, así como muchas de las niñas me'phaa no contaban con seguridad en los caminos hacia sus escuelas. La Corte IDH ordenó al Estado que adoptara medidas para que las niñas contaran con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas, de manera que pudieran continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asistían. Esta medida podía ser cumplida por el Estado “optando por la instalación de una escuela secundaria en la comunidad”.³⁵³

349 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 258.

350 *Ibidem*, párr. 259.

351 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, punto resolutivo 5.

352 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 267.

353 *Ibidem*, párr. 270.

3.16. Búsqueda de la persona desaparecida

En *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH dispuso como medida de reparación que el Estado debía localizar los restos mortales de la víctima, exhumarlos en presencia de su viuda y familiares, así como entregarlos a estos.³⁵⁴

De igual manera, en *Tiu Tojín*, la Corte IDH comprobó que María y Josefa Tiu Tojín se encontraban aún desaparecidas y su paradero se desconocía. Al respecto, indicó que “[l]a investigación efectiva de su paradero o de las circunstancias de su desaparición, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado deb[ía] satisfacer”. Por ello, ordenó al Estado que procediera de inmediato a la búsqueda y localización de las víctimas. En caso de que las víctimas fueran halladas sin vida, la Corte IDH dispuso que el Estado debía, en un tiempo breve, “entregar los restos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación”. Los gastos que dichas diligencias generaren debían ser cubiertos por el Estado. Asimismo, el Estado debía cubrir los gastos fúnebres, “respetando las tradiciones y costumbres de los familiares de las víctimas”.³⁵⁵ Similar medida de reparación fue ordenada en *Chitay Nech y otros* y en *Río Negro*.³⁵⁶

3.17. Sanción a los responsables de violaciones a derechos humanos

En *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH indicó que el Estado debía investigar los hechos que generaron las violaciones de la CADH y de la CIPST, identificar y sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación.³⁵⁷

De manera similar, en *Moiwana*, la Corte IDH sostuvo que la deficiente investigación conducida por Surinam sobre el ataque a la aldea de Moiwana, la violenta obstrucción de justicia por parte del Estado y el prolongado periodo que transcurrió sin un esclarecimiento de los hechos y la sanción de los perpetradores incumplían los estándares de acceso a la justicia y debido proceso establecidos en la CADH.³⁵⁸ A la luz de lo anterior, la Corte IDH ordenó a Surinam que realizara inmediatamente “una investigación y un proceso judicial efectivos y prontos sobre las ejecuciones extrajudiciales” cometidas en perjuicio de varios miembros de la comunidad moiwana. Dicha investigación debía llevar “al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la compensación adecuada a las víctimas”. Los resultados de estos procesos debían ser “públicamente divulgados por el Estado, de manera tal que la sociedad surinamés pudiera conocer la verdad”.³⁵⁹

3.18. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

Los actos de reconocimiento público de responsabilidad del Estado tienen como objetivo dar satisfacción y dignificar a las víctimas, sus familias y/o comunidades. Estas medidas tienen un alto componente simbólico, pues representan, muchas veces, el cambio de relaciones de poder entre víctimas y Estados. Como afirma Beristain, cuando las medidas de reconocimiento han sido implementadas de

354 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, punto resolutivo 1.

355 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 103.

356 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 240. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

357 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, punto resolutivo 2.

358 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 202.

359 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 205. Medidas similares de reparación se ordenaron en Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 165. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 77. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 235. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 228-230. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 211-213. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 257. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

manera correcta, tomando en cuenta aspectos sensibles y la participación de las víctimas, estas medidas han tenido un impacto y una importancia de especial interés para las víctimas.³⁶⁰

En *Plan de Sánchez*, el Estado, durante la audiencia pública del caso, manifestó “su profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por la comunidad de Plan de Sánchez” y pidió perdón a las víctimas, a los sobrevivientes y familiares, como una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición. Sin embargo, la Corte IDH consideró apropiado que “para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición”, el Estado debía realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y en desagravio de las víctimas. El acto debía realizarse en la aldea de Plan de Sánchez, donde ocurrió la masacre, con la presencia de altas autoridades del Estado y las víctimas del caso, acto en el cual se debía dar participación a los líderes comunales. El Estado debía disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto mencionado. Además, Guatemala debía realizar dicho acto tanto en el idioma español como en el idioma maya achí, y difundirlo a través de los medios de comunicación.³⁶¹ En ese mismo acto, el Estado debía honrar públicamente la memoria de las personas ejecutadas y tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas.³⁶²

En *Fernández Ortega y otros*, la Corte IDH tuvo a la vista un informe pericial en el que se indicó que para las comunidades indígenas de Guerrero, estado en el que la víctima vivía, tenía una especial importancia que el autor de una falta reconociera públicamente su acción. En particular, en tales comunidades indígenas el reconocimiento era el primer paso para la “sanación” de las afectaciones al tejido comunitario. Lo anterior fue determinante para que la Corte IDH ordenara al Estado la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.³⁶³

Desde un punto de vista más epistemológico, la participación de las víctimas y comunidades en los procesos de reparación, así como la incorporación de elementos y prácticas culturales en la implementación de los diversos tipos de medidas, potencian el re-posicionamiento de las identidades y saberes indígenas marcados por la exclusión. Estos procesos nacen y a la vez fortalecen los movimientos que promulgan la re-apropiación de la cultura y la identidad en contra del neo-colonialismo de los saberes en América Latina. A partir de estos movimientos se está recuperando el valor y sentido de aquellos que han sido, en palabras de teóricos críticos poscolonialistas como Escobar,³⁶⁴ Mignolo,³⁶⁵ Said,³⁶⁶ “subalternizados”, pero es justamente desde este pensamiento y epistemologías de la periferia que nuevas concepciones se están gestando en contra de las grandes narrativas y sistemas de pensamiento eurocentristas, logocentrismo y antropocentrismo propios de occidente.

Sin embargo, notamos existe cierto nivel de inconsistencia en la sentencia de la Corte IDH en cuanto a los actos de reconocimiento. No existe claridad en cuanto a las condiciones que el caso debe tener para que la Corte IDH ordene dicha medida de reparación, lo que puede generar falsas expectativas entre las víctimas y familiares. Por ejemplo, en *Acosta y otros*, los representantes solicitaron que

360 Beristain, C.M., *op. cit.*, p. 73.

361 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 101.

362 *Ibidem*, párr. 101.

363 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 243-244. Esta medida de reparación también fue ordenada en Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 216; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 226; Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 177; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 297; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 248; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 226; Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 219; Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 273-274.

364 Escobar, A. “Worlds and Knowledges Otherwise”, en *Cultural Studies*, n.º 21(2), p. 179, 2007.

365 Mignolo, W. “Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking”, en Mignolo, W. Escobar, A. *Globalization and the Decolonial Option*. Routledge, London-New York, 2010, pp. 1-21.

366 Said, E. “From Orientalism”, en Williams, P. y Chrisman, L. (Eds.) *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*. Harvester Wheatsheaf, New York-London, 1993, pp. 132-48.

el Estado reconociera públicamente que los derechos humanos de los familiares del señor García Valle fueron violados, que el acto público fuera llevado a cabo por un representante estatal del más alto nivel y en el mismo debían estar presentes representantes de las instituciones involucradas en los hechos, que las características del acto fueran consensuadas con los familiares y que se garantizara cobertura nacional del evento. Los representantes también solicitaron que se ordenara al Estado levantar un monumento en memoria del señor García Valle en la ciudad de Bluefields.³⁶⁷ La Corte IDH estimó que “la emisión de la sentencia y las reparaciones [...] resultaban suficientes y adecuadas para el presente caso, por lo cual no consideró pertinente ordenarlas”.³⁶⁸ La sentencia no provee más justificación o razonamiento para esta decisión.

De igual forma, en *Pueblos Kaliña y Lokono*, los representantes requirieron que el Estado “pid[iera], oficial y públicamente, disculpas por violaciones de los derechos de los pueblos Kaliña y Lokono y que se compromet[iera] en público al aseguramiento de que tales derechos se respet[ara]n en el futuro”.³⁶⁹ Y aunque ni la CIDH ni el Estado se pronunciaron al respecto o manifestaron oposición alguna, la Corte IDH estimó que la emisión de la sentencia y las reparaciones ordenadas en la misma eran medidas suficientes y adecuadas para el caso, y en virtud de ello, no estimó necesario ordenar la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad.

3.19. Publicación y difusión en idioma indígena

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH estimó que el Estado debía traducir al idioma maya achí la CADH, así como las sentencias de fondo y reparaciones. Guatemala también debía disponer de los recursos necesarios para facilitar la divulgación de dichos textos y hacer entrega de los mismos a las víctimas del caso.³⁷⁰

En *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH señaló que, como medida de satisfacción, el Estado debía publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, ciertas secciones de la sentencia emitida. Asimismo, el Estado debía financiar la transmisión radial del contenido de la sentencia, en idioma enxet y guaraní o español, en una radio a la cual tuvieran acceso los miembros de la comunidad yakye axa. La transmisión radial debía efectuarse al menos por cuatro ocasiones con un intervalo de dos semanas entre cada una.³⁷¹

En *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH ordenó la publicación y difusión de la sentencia en términos idénticos a los expuestos en el caso anterior, solo que también incluyó la orden de que el fallo se publicara íntegramente en el sitio web oficial del Estado.³⁷²

Las sentencias de reparaciones deberían asegurar un máximo de difusión posible entre las comunidades indígenas, incluyendo técnicas estratégicas y pedagógicas como recursos audiovisuales. La traducción a los idiomas nativos debe cuidarse, igualmente. La difusión debe también alcanzar de manera adecuada a sectores no indígenas, para asegurar su reconocimiento.³⁷³

367 Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. EPFRC. 2017, párr. 227.

368 *Idem*.

369 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 314.

370 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 2004, párr. 102.

371 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 227.

372 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 252. Asimismo, la Corte IDH ordenó publicaciones en idioma indígena y difusión por radio en los siguientes casos: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 236. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 174. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 197. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párrs. 106-108. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 298-299. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 244-245. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 247. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 229.

373 International Center for Transitional Justice (ICTJ), *Truth and Memory: Strengthening Indigenous Rights through Truth Commission: A Practitioner's Resource*. New York, 2012, p. 53.

3.20. Recuperación de la memoria colectiva

En *Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte IDH dispuso que el Estado debía entregar una cantidad determinada de dinero “para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez”. Según la Corte IDH, “[e]llo contribu[ía] a despertar la conciencia pública, para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el [...] caso, y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas”.³⁷⁴

En *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH ordenó que, con el propósito de preservar la memoria de Florencio Chitay Nech, víctima de desaparición forzada, en la comunidad a la que perteneció, el Estado debía colocar, en coordinación con las víctimas, en un lugar público significativo para los familiares, una placa conmemorativa en la que constara el nombre de Florencio Chitay y se hiciera alusión a las actividades que realizaba.³⁷⁵

En *Moiwana vs. Surinam*, la Corte IDH ordenó al Estado construir un monumento que, según el propio Estado, estaría diseñado para conmemorar los hechos que ocurrieron en la aldea de Moiwana y para ser “un recordatorio para la nación entera de lo que sucedió y no deberá repetirse en el futuro”. El diseño y la ubicación del monumento debían ser resueltos en consulta con los representantes de las víctimas.³⁷⁶

Cuando se habla de la declaración de las víctimas en los procedimientos judiciales, sean estos nacionales o internacionales, hay que tener en cuenta que la recolección del testimonio de las víctimas, si es realizada de manera adecuada y sensible a su cultura y situación personal, se traduce en fuente válida para establecer los hechos y contribuye de manera efectiva a la identificación de posibles responsables, sin caer en la *revictimización* del declarante. El mismo principio se aplica para los ejercicios de participación de las víctimas en las reparaciones, principalmente en aquellas de carácter colectivo. Para ello, sería necesario una adecuada preparación del personal, con respecto a la cultura y prácticas de la comunidad; acompañamientos psicosociales culturalmente sensibles también pueden ayudar mucho a nivel práctico, así como metodologías pedagógicas participativas adecuadas a la cultura, especialmente en los casos en que hay muchas víctimas involucradas.

Usualmente, estos procesos requieren fases de contacto en los que la confianza es un elemento crucial y, por ende, deben existir también fases o actividades de cierre, en las que se ofrezca una retroalimentación de los procesos. El acompañamiento psicosocial es fundamental en muchos casos, ya que puede servir además como intérprete cultural y apoyar en la creación de lazos de confianza para un trabajo más efectivo.³⁷⁷

3.21. Programas de vivienda, salud, producción, infraestructura y desarrollo

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH consideró que, dado que los habitantes de Plan de Sánchez perdieron sus viviendas como consecuencia del ataque que sufrieron, el Estado debía implementar un programa habitacional, mediante el cual se proveyera de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que residían en dicha aldea.³⁷⁸ En consideración al daño ocasionado, la Corte IDH dispuso que el Estado debía desarrollar los siguientes programas: 1. estudio y difusión de la cultura maya achí; 2. mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial; 3. sistema de alcantarillado y suministro

374 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 104.

375 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 251.

376 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 218.

377 Por ejemplo, Beristain recoge el siguiente testimonio de una psicóloga: “[e]stamos trabajando en Rabinal, en el caso del destacamento militar, y la Fundación quiere realizar análisis de ADN y esto ha generado conflictos culturales, porque la gente no entiende por qué le van a quitar un pedacito a su muerto y ese pedacito va a desaparecer para siempre y su muerto ya no va a ser enterrado completo”. Susana Navarro Psicóloga ECAP en Beristain, *op. cit.*, p. 522.

378 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 105.

de agua potable; 4. dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe, y 5. establecimiento de un centro de salud, así como la formación del personal de dicho centro.³⁷⁹

En *Moiwana*, en atención a que la operación militar realizada en la aldea de Moiwana destruyó la propiedad de sus habitantes y forzó a los sobrevivientes a huir, la Corte IDH estimó que Surinam debería crear un fondo de desarrollo, que sería destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas debían ser determinados por un comité de implementación conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado y el tercer miembro sería designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado.³⁸⁰

En *Yakye Axa*, la Corte IDH ordenó al Estado la creación de un programa y el establecimiento de un fondo de desarrollo comunitario que serían implementados en las tierras que se entregaran a los miembros de la comunidad. El programa comunitario consistiría en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. El fondo de desarrollo comunitario estaría compuesto por una suma de dinero, cuyo fin sería la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos proyectos debían ser determinados por un comité de implementación que, al igual que en el *Caso Moiwana*, estaría integrado por un representante de los indígenas, otro del Estado y un tercero de común acuerdo.³⁸¹

En *Escué Zapata*, la Corte IDH indicó que “el rescate de la memoria del señor Escué Zapata debe hacerse a través de obras en beneficio de la comunidad en la que él ejercía cierto tipo de liderazgo”. Para ello, la Corte IDH estimó que el Estado debía destinar, una cantidad de dinero a un fondo que llevara el nombre de la víctima, para que la comunidad lo invirtiera en obras o servicios de interés colectivo, “de conformidad con sus propias formas de consulta, decisión, usos, costumbres y tradiciones, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región”.³⁸²

En *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, los representantes solicitaron a la Corte IDH que ordenara al Estado crear un fondo de desarrollo como consecuencia de los daños materiales e inmateriales causados por las violaciones sufridas por dichos pueblos; argumentaron que “[ese] fondo de desarrollo comunitario no deb[ía] ser creado en los términos establecidos en los casos de la comunidad Moiwana y del pueblo saramaka, ambos contra Surinam [resuelto con anterioridad por la Corte IDH], pues, a su juicio, estos no ha[bía]n funcionado adecuadamente”. Los representantes solicitaron de manera específica que se ordenara al Estado transferir cualquier monto de indemnización concedida a una entidad elegida libremente por las víctimas, que sea controlada y administrada autónomamente por las propias víctimas, y que se puedan utilizar los fondos a su discreción para invertir, por ejemplo, en la salud, la educación, gestión de recursos y otros proyectos en su territorio. Los representantes destacaron que los pueblos kaliña y lokono tenían plena capacidad para administrar el fondo, pues llevaban décadas administrando fondos a través de sus instituciones tradicionales y organizaciones representativas.³⁸³ Por su parte, el Estado afirmó que la participación estatal en el fondo de desarrollo era fundamental, “con la finalidad de asegurar que los fondos no se utili[zara]n de forma inadecuada”.³⁸⁴ La Corte IDH dispuso la creación del fondo, y le dio al Estado la administración del mismo. La participación de las víctimas

379 *Ibidem*, párr. 110.

380 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 214-215.

381 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 203. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 205-206. En los siguientes casos la Corte IDH ordenó medidas de reparación similares: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 224-225. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 323; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 201; Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 333. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFRC. 2018, párrs. 211-212.

382 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 168.

383 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 292.

384 *Ibidem*, párr. 293.

se limitó a elegir una representación para la interlocución con el Estado, a fin de que la implementación del fondo se realizara conforme lo dispusieran dichos pueblos.³⁸⁵

3.22. Garantías de seguridad

En *Moiwana*, los miembros de la comunidad no deseaban regresar a sus tierras tradicionales hasta que el territorio fuera “purificado”, de acuerdo con los rituales culturales, y ya no tuvieran temor de que se presentaran nuevas hostilidades en su contra. Al respecto, la Corte IDH indicó que “[n]inguna de estas dos condiciones se presentar[ía]n sin que h[ubiera] una investigación y proceso judicial efectivos, que t[uviera]n como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables”. Mientras se realizaran estos procesos, hasta su culminación, “solo los miembros de la comunidad p[odía]n decidir cuándo [era] apropiado el regreso a la aldea de Moiwana”, y hasta que los miembros de la comunidad estuvieran satisfechos de que se hubiera realizado lo necesario para que pudieran regresar, el Estado debía garantizar su seguridad. A tales efectos, la Corte IDH dispuso que cuando los miembros de la comunidad regresaran a dicha aldea, el Estado debía enviar representantes oficiales cada mes a la aldea durante el primer año, para realizar consultas con los residentes de Moiwana. Si durante esas reuniones mensuales, los miembros de la comunidad expresaren preocupación en relación con su seguridad, el Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serían diseñadas en consulta estricta con los destinatarios de las medidas.³⁸⁶

3.23. Programas de capacitación a funcionarios públicos

En el caso *Fernández Ortega vs. México*, relativo a la violación sexual de una mujer indígena, la Corte IDH dispuso que el Estado debía continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual, que incluyeran una perspectiva de género y etnicidad. Dichos cursos debían impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, estado en el que residía la víctima, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones constituyeran la línea de atención primaria a mujeres víctimas de violencia.³⁸⁷ Asimismo, la Corte IDH consideró importante “fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, a fin de evitar que hechos como los ocurridos en el [...] caso se repit[ieran]”. Para ello, el Estado debía implementar un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos que incluyera, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos.³⁸⁸

3.24. Riesgos

Hasta aquí se han analizado todos los posibles beneficios que tiene adecuar las medidas de reparación a los contextos y perspectivas culturales donde se llevan a cabo. Sin embargo, es imprescindible tener en cuenta algunos de sus potenciales riesgos o elementos que se deben cuidar en este tipo de procesos.

El diseño e implementación de reparaciones culturalmente sensibles conlleva estudios especializados y adecuados a los contextos propios donde se produjeron las violaciones, de lo contrario existe el riesgo de generalizar las medidas de reparación, y pretender aplicar “recetas culturales”, (*si esto*

385 *Ibidem*, párr. 297.

386 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 212.

387 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 260.

388 *Ibidem*, párr. 262. Estas órdenes fueron reiteradas por la Corte IDH en el caso Corte IDH. *Caso Rosendo Cantí y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 246 y 249.

funcionó en la comunidad tal, aquí también funcionaría), es preciso que exista una adecuación de las medidas según el contexto y las necesidades de cada caso.

Los elementos culturales en muchas situaciones de violación de derechos humanos, e incluso en ausencia de esta, son susceptibles de ser manipulados, tergiversados y hasta politizados. Muchas veces ciertos argumentos que se basan en cuestiones de pluralidad cultural pueden convertirse en elementos que promueven una cultura de impunidad. En otros casos, se pueden tomar y dar por sentados ciertos aspectos culturales como si fueran estáticos en el tiempo, corriéndose el riesgo de perennizarlos; o se utilizan características culturales como estereotipos y de forma discriminatoria, sin analizar las causas estructurales de los problemas.

Otro riesgo puede ser que muchos de estos grupos mantienen formas de participación y toma de decisiones que dejan por fuera total o parcialmente a subgrupos que pueden quedar en situaciones de vulnerabilidad, como niños, niñas y mujeres.

El cuadro a continuación sintetiza los principales beneficios de incorporar reparaciones culturalmente sensibles, así como los potenciales riesgos o los aspectos que es necesario cuidar en su proceso de implementación.

Reparaciones culturalmente sensibles	
Beneficios	Aspectos que cuidar
Enfoques participativos e integrales	Riesgo de generalizar, requiere especificidad, adecuación de medidas según el contexto y las necesidades de cada caso.
Mayor legitimidad	Requiere estudios cualitativos y cuantitativos bien realizados (peritajes, análisis etnográficos, encuestas, etc.)
Mayor eficacia de las medidas reparativas	Puede re-victimizar, si no son adecuadas o se las usa para estigmatizar y discriminar.
Pueden servir para alcanzar reconciliación	Perennizar y justificar impunidad.
Enfoques complementarios culturalmente (visión occidental- cosmovisiones indígenas)	Mujeres, niños, niñas y otros subgrupos pueden quedar invisibilizados.

4. Conclusiones

Esta sección ha descrito toda la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y tribales, clasificándola en dos grandes apartados. El primero dedicado a la jurisprudencia en cuanto al fondo, es decir, las violaciones decretadas por la Corte IDH de los derechos consagrados en la CADH. El segundo, relativo a las medidas de reparación que se han dispuesto para mitigar, subsanar o indemnizar las violaciones decretadas, así como para prevenir futuras violaciones.

Las sentencias de la Corte IDH, por la manera en que han abordado los complejos casos de pueblos indígenas, y por la innovación y sensibilidad cultural de las reparaciones que ha ordenado, constituyen *per se* una forma de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, de la historia de violencia de la que han sido y continúan, en muchos casos, siendo víctimas. La flexibilidad y apertura por parte de la Corte IDH para desarrollar una interlocución válida con los sistemas consuetudinarios ha permitido posicionar al SIDH como uno de los sistemas pioneros y que mayores desarrollos ha alcanzado en este tipo de problemáticas. No en vano, la Corte Penal Internacional y el Sistema Africano de Derechos Humanos han tornado su interés hacia las sentencias que produce la Corte IDH, a manera de guía en cuanto buenas prácticas y desafíos que se esperan en casos de violaciones colectivas y con componentes étnicos de gran complejidad.

Como se indicó al inicio de este capítulo, la jurisprudencia de la Corte IDH es de suma importancia para los jueces y tribunales nacionales, no solo porque sus decisiones son de obligatorio cumplimiento para los Estados condenados, sino que todas las instancias judiciales de la región deben ejercer un control de convencionalidad, que tome en cuenta tanto la CADH como la interpretación que la Corte IDH ha hecho de este instrumento convencional.

Es de resaltar nuevamente que la interpretación que la Corte IDH ha realizado de las cláusulas convencionales ha pretendido traer a tiempo presente un tratado internacional que no estuvo diseñado para proteger concretamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. La Corte IDH ha buscado, con éxito, integrar la CADH a los nuevos avances que se han producido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales de los Estados de la región. Temas como tierras y territorios indígenas, identidad cultural, recursos naturales, lengua propia, y demás, han sido reconocidos por la Corte IDH como elementos fundamentales para preservar y promover las culturas originarias y tribales de nuestro continente.

Estos esfuerzos de la Corte IDH no son cuestiones acabadas (y no podrían serlo), sino que deben continuar realizándose en los futuros casos que lleguen a presentarse. Temas como el derecho o la justicia indígena, el vestuario, acceso o repatriación de objetos de culto indígena, y demás, son cuestiones en torno a las cuales la Corte IDH no se ha pronunciado hasta este momento.

Las reparaciones a los pueblos indígenas nos confrontan con los cuestionamientos ético-políticos más profundos que como sociedades atravesamos. En nada sorprende que las violaciones de derechos humanos a pueblos indígenas se den en contextos de exclusión social, estigmatización y discriminación. Estos son problemas que aquejan al continente americano desde su misma “fundación” y su pasado de violencia. Confrontar al derecho, a los Estados, a las personas en general, a reconocer que ese pasado no está tan lejos, sino que se hace presente en cada uno de estos casos, sin duda no es tarea fácil. El dolor y el horror sufrido por las comunidades indígenas de los casos analizados nos muestran una vez más la penosa realidad de la exclusión y el racismo. Es obvio que la diferencia en el “otro” aún nos asusta y nos violenta, quizá nos duele reconocer que compartimos el pasado y las raíces con estos pueblos. América Latina es una: mestiza, negra, canela, de maíz, mar y montaña.

Índice temático

A

Aborto 129, 499
Acceso a la justicia 49, 53, 84, 86, 94, 95, 98,
207, 217, 250, 262, 264-268, 273, 274,
282, 286, 293, 298, 299, 301, 318, 552,
558, 559, 581, 585, 586, 590, 676, 695,
744, 748, 753, 763, 765, 767, 771-773,
775, 782, 788, 791, 798-800, 809, 814,
816, 893, 992, 1016, 1034, 1046, 1064,
1088, 1089, 1150, 1190, 1195
derecho de ~ 84, 217, 250, 264, 266, 268, 274,
282, 676, 744, 748, 767, 773, 816, 1034,
1046
Acción 38, 41, 44, 53, 56, 1150, 1181, 1196
de inconstitucionalidad 85, 695
de protección 939
por incumplimiento 939
positiva 383
Acogimiento familiar 510, 511
Activismo judicial 1039
Adhesión 505, 857, 922, 934, 993, 1043, 1113,
1116-1118, 1120, 1121-1123, 1125
Adopción 317, 482, 486, 488, 493, 503, 508,
509, 511-513, 515, 519, 521-523, 529,
530, 532, 544, 566, 893
Agente estatal 237, 363, 364
Alimentación 53, 151, 251, 255, 356, 379, 483,
656, 804, 826, 831, 1146, 1147, 1194
derecho a la ~ 8 150, 806
Amicus curiae 603, 626, 631, 643, 984, 1001,
1012, 1016
Amnistía 60, 76, 77, 83, 86-89, 122, 314, 338,
777-779, 1058, 1061, 1181
Amparo 5, 83, 95, 121, 342, 433, 437, 438, 440,
464, 502, 543, 564, 589, 695, 696, 713,
744, 746-748, 755-758, 778, 847, 1163
juicio de ~ 696
Véase también hábeas corpus
Apátrida 55, 565, 566, 570, 575-582, 588, 596,
598
Apatridia 559, 561, 563, 566, 570-572, 575-582,
598
Apología 405, 891, 919
Asilo 55, 240, 319, 321, 322, 7, 557, 559, 560,
570, 576, 581, 589-597, 645, 646, 647,
649, 650
derecho de ~ 560, 576, 589, 592, 647, 659-
663, 669, 670, 907, 1070
Asociación 7, 67, 227, 236, 407, 446, 452, 541,

553, 602, 617, 802, 818-820, 826, 832,
1005, 1133, 1184

Véase libertad de asociación 9, 443

Autoamnistía 60, 87, 88, 777

Autocensura 413, 422, 427

Autodeterminación 228, 365, 385, 561, 604,
605, 628, 685, 1166, 1179

derecho a la ~ 365, 604, 605, 628, 1166

Autonomía de las partes 883

Véase principio de autonomía de las partes
883

Autoridades indígenas 1181

B

Beneficios compartidos 642

Bien común 26, 42, 270, 398, 399, 434, 459,
500, 504, 567, 597, 610, 714, 841, 876,
879-881, 885, 887, 892-895, 1157, 1159,
1174

Bien jurídico 272, 273, 333, 371, 400, 551, 660

Bloque de constitucionalidad 688, 1102

Buena fe 25, 40, 42, 49, 60, 100, 417, 530, 633,
639, 640, 776, 799, 871, 873, 880, 997,
1014, 1048, 1050, 1052, 1121, 1158,
1159, 1162, 1164, 1167, 1170, 1171,
1173, 1174

Véase principio de buena fe 640, 873, 880,
1171

C

Cadena de custodia 790, 796

CADHP 13, 36, 67, 110, 205, 858

Véase Carta de Banjul 13, 105, 110, 326,
484, 679, 708, 889, 966, 970, 990

Carta Árabe sobre Derechos Humanos 326, 708

Carta Democrática Interamericana 379, 674,
679, 680-682, 697, 921, 1011

Carta Internacional Americana de Garantías
Sociales 205, 448, 463, 464

Carta OEA 13, 909, 923

CCT 13, 669, 875

CDN 13, 119, 204, 213, 214, 263, 385, 449,
467, 555, 571, 841, 873, 875

CEDAW 13, 108, 119, 204, 486, 490, 492, 496-
499, 503, 522, 544, 558, 566, 575, 577,
582, 673, 701, 841, 875, 883

CEDH 13, 65, 110, 113, 114, 127, 205, 217,
236, 253, 228, 325, 326, 328, 337, 338,
341, 342, 344, 346, 355, 367, 380, 400,
449, 470, 482, 484, 486, 522, 535, 567,

- 571, 595, 604-606, 611, 618, 708, 710, 713, 715, 716, 722, 727, 728, 837, 846, 858, 874, 883, 970, 990, 991, 1009, 1027, 1028, 1035
- Censura previa 89, 101, 405, 408, 410, 411, 424, 425, 429, 435, 563, 879, 891, 1034
- Centro clandestino de detención 145
- CER 13, 467
- CIDFP 13, 88, 98, 99, 234, 841, 857, 890, 909, 919, 932
- CIEFDR 13, 449, 467, 708, 733, 734
- CIJ 13, 100, 108, 110, 115, 202, 206, 226, 337, 557, 560, 561, 646, 660, 851, 855, 856, 870, 872, 873, 876, 1024, 1028, 1121
- CIPPDP 14, 567
- CIPST 14, 98, 99, 236, 239, 241, 245, 361, 363, 364, 593, 669, 857, 890, 932, 1148, 1149, 1195
- Circulación 9, 26, 116, 207, 210, 227, 230, 263, 313, 320, 356, 391, 405, 411, 413, 419, 451, 452, 458, 460, 491, 534, 558, 560, 563, 575, 577, 580, 581-588, 597, 598, 645, 647-659, 663, 664, 666, 668, 676, 683, 691, 878, 880, 881, 1044, 1049, 1104, 1197
- Véase* derecho de circulación y de residencia 9, 645
- Ciudadanía 89, 351, 372, 379, 412, 442, 563, 570, 575, 576, 581, 598, 677, 680, 687, 698, 779, 936, 1032, 1157
- Cláusula 10, 849
- de igualdad autónoma 710
- de no discriminación 39, 51, 52, 54, 64, 65, 66, 567
- Véase también* principio de igualdad federal 10, 849
- Código Bustamante 203
- Código de Lieber 203
- Comisión de la Verdad 8, 1181, 1191
- Comité Jurídico Interamericano 23, 108, 120, 464, 911
- Competencia 19, 22, 38, 40, 48, 50, 52, 55-57, 59, 62, 81, 85, 93-95, 98, 101, 102, 129, 151-153, 217, 231, 239, 249, 263, 270, 271, 273, 274, 280, 307, 330, 364, 381, 409, 457, 466, 467, 503, 511, 561, 562, 563, 578, 582, 611, 636, 672, 695, 753, 754, 757, 760, 762, 770, 807, 808, 810, 811, 813, 815, 821, 822, 824, 842, 854, 855, 856, 862, 865, 877, 888, 899, 901, 904, 908, 911, 915, 918, 922, 927, 930, 932-936, 940, 946, 949, 950, 952, 960, 963, 965, 967, 968, 970, 976, 981, 989-991, 993-996, 998-1000, 1008-1012, 1018, 1025, 1026, 1035, 1041-1043, 1050, 1061, 1080, 1081, 1092, 1094, 1099, 1102, 1105, 1106, 1108, 1111, 1116, 1119, 1124-1127, 1129, 1130, 1141, 1145, 1200
- ratione loci* 55, 933, 936
- ratione materiae* 151, 936, 995
- ratione personae* 611, 935
- ratione temporis* 926, 932, 994
- Comunicaciones 6, 36, 67, 926, 934, 976
- interestatales 926, 934, 976
- inviolabilidad de las ~ 352, 354, 359, 372
- Comunidad política 377, 560, 561, 563, 568, 573
- Conciencia 22, 27, 200-202, 204, 205, 219, 220, 373, 375-385, 389, 390, 392, 395-404, 489, 505, 524, 563, 675, 683, 718, 838, 846, 879, 909, 911, 914, 1079, 1150, 1198
- Véase* libertad de conciencia 219, 373, 376, 377, 379, 380-383, 392, 395-400, 402-404, 524, 563, 838, 1150
- Condena 5, 92, 139, 152, 216, 218, 244, 258, 246, 248, 250, 289, 292, 304, 306-309, 314, 326, 327, 334-337, 341, 343, 345, 372, 390, 418, 420, 422, 423, 425, 427, 441, 444, 461, 563, 576, 593, 606, 620, 671, 672, 678, 679, 681, 694, 695, 696, 698, 699, 733, 775, 790, 880, 941, 1027, 1038, 1040, 1044, 1067, 1069, 1082, 1083, 1088-1090, 1152
- conmutación de la pena 93, 122, 314
- sentido de la pena 265
- Condenado 90, 91, 138, 140, 295, 306-310, 314, 323, 336, 342, 344, 418-420, 422-424, 441, 578, 720, 776, 1004, 1016, 1018, 1035, 1043, 1054, 1062, 1068
- Confederaciones 448, 464-467, 928, 930, 931
- Conferencia Regional de las Américas 207
- Confinamiento 652, 731
- Conflicto armado interno 355, 357, 656, 777, 779, 921, 1065, 1145, 1176
- Constituciones políticas 222, 231
- carta política 233
- orden constitucional 332, 452, 680, 921
- reforma constitucional 37, 61, 101, 103, 104, 410, 416, 438, 665, 666, 723, 818-820, 851, 866, 1061
- Consulta previa 603, 626, 630, 631, 637- 639, 643, 676, 681, 703, 1047, 1136, 1166, 1168-1170, 1189, 1190

Véase derecho a la consulta 602, 603, 626, 629, 631, 637-639, 642, 643, 681, 702, 813, 1034, 1136, 1166, 1168, 1189

Control de convencionalidad 29, 30, 38-40, 59-62, 67, 69, 87, 89, 92, 99, 100, 101, 103, 104, 265, 338, 432, 436, 623, 682, 683, 689, 746, 769, 990, 1010, 1011, 1061, 1103, 1139, 1202

Control difuso 37, 38, 40, 60-62, 75-77, 101

Control efectivo 55, 764

Control judicial inmediato 242

Control migratorio 238-241, 244, 245

Convención de Belém do Pará 14, 53, 98, 133, 134, 242, 362, 378, 467, 498, 544, 679, 700, 701, 708, 797, 857, 932, 995

Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres 872

Convención sobre la Diversidad Biológica 872

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad 858

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 110, 205, 566, 568

Convenio sede 980, 981

Cosa juzgada 62, 273, 305, 310, 311, 343, 761, 777, 781, 782, 949, 1058

Véase también ne bis in idem

Cosmovisión indígena 391

Costas 19, 20, 31-35, 43, 45-47, 59, 71-74, 80, 81, 89, 99, 106, 107, 113, 122-125, 127, 130-132, 134-136, 141, 145, 200, 214, 215, 222-225, 227, 230, 232, 236-238, 239-241, 244, 246, 247, 255, 256, 249, 256-261, 263, 265, 283, 285, 303, 323, 324, 332, 335, 339, 349, 350, 353-355, 373, 374, 405, 406, 431, 443, 477, 478, 500, 518, 521, 533, 535, 538-540, 545-548, 551, 556, 557, 562-564, 568, 570, 578, 579, 584, 585, 598-601, 607, 608, 645, 646, 648, 653, 655, 656, 671, 672, 705, 706, 708, 717, 721, 735-743, 751, 753, 768, 769, 771-773, 784, 788, 791, 793, 798, 799-802, 806, 835, 849, 850, 869, 874, 877, 878, 885, 886, 923, 924, 947, 952, 953, 961, 962, 973, 985-987, 996, 997, 1019, 1020-1023, 1083, 1087, 1088, 1090, 1115, 1131, 1132

Véase pago de costas 1073, 1088, 1089, 1090

Costumbre internacional 337, 598

CPI 15, 243, 326, 337, 348

Crímenes continuados 338

Crímenes de guerra 15, 16, 207, 337, 660, 780

Crímenes de lesa humanidad 15, 60, 86, 207, 243, 311, 337, 780, 841, 889

Cultura 22, 28, 53, 84, 150, 230, 294, 354, 391, 393, 491, 492, 513, 564, 575, 596, 626, 628, 632, 637, 681, 686, 801, 806, 817, 822, 823, 825-827, 829, 909, 1051, 1053, 1054, 1060, 1086, 1139, 1141, 1145, 1149, 1153, 1154, 1156, 1159, 1160, 1161, 1162, 1166, 1168, 1175, 1176, 1181, 1182, 1186, 1191, 1192, 1196, 1198, 1201

Véase derechos culturales 389, 826, 1038

beneficios de la cultura 150, 806

CVDT 15, 24, 99, 100, 214, 638, 708, 855, 856, 858, 859, 861, 871, 872, 873, 875, 880, 883, 931, 932, 1014, 1029, 1060, 1104, 1117-1123, 1126, 1128, 1130

CVRC 15, 298, 299

D

DADDH 15, 110, 112, 120, 129, 152, 204, 207, 219, 377, 378, 389, 391, 395, 397, 403, 404, 448, 465, 482, 484, 485, 487, 499, 542, 543, 564, 568, 569, 575, 577, 581, 583, 584, 589, 590, 597, 617, 657, 659, 660, 662, 663, 664, 674, 676, 677, 708, 745, 810, 814, 815, 817, 819, 824, 826, 827, 840, 852, 876, 877, 889, 909-912, 918, 921, 923, 932, 933, 1011, 1028, 1128, 1130

Daño 48, 53, 64, 94, 133, 136, 149, 153, 154, 211, 238, 239, 242, 250, 260, 314, 347, 371, 392, 421, 440, 501, 509, 553, 555, 609, 616, 619, 620, 622, 625, 634, 642, 643, 691, 790, 792, 794, 863, 918, 919, 1002, 1028, 1029, 1030, 1031, 1036-1039, 1041-1046, 1051, 1056, 1068-1071, 1074-1086, 1098, 1142, 1146, 1180, 1183-1186, 1192, 1193, 1198

al proyecto de vida 153, 392, 1068, 1078, 1082, 1084, 1098

emergente 136, 620, 1041, 1069-1071, 1184

Véase también lucro cesante

espiritual 392

material 238, 616, 625, 1002, 1041-1045, 1068, 1083, 1085, 1086, 1183, 1184

moral 48, 392, 1002, 1028, 1037, 1041, 1056, 1074-1083, 1085, 1086

Véase daño inmaterial 347, 616, 1029, 1030, 1031, 1041-1044, 1051, 1074, 1075,

- 1077-1083, 1085, 1086, 1098, 1185, 1186, 1192
- patrimonial 1069, 1070
- Deber 9, 71, 227, 248, 262, 286, 449, 468, 632, 633, 634, 639, 641, 642, 682, 1162
- Véase obligación* 37, 39, 40-66, 69, 74, 76,-90, 92, 94-96, 98-100, 102-105, 115, 118, 121, 126, 127, 129-136, 140, 141, 145-151, 153, 212, 215, 220, 227, 229, 236-238, 240-242, 244-255, 257-260, 263-265, 269, 270, 285, 286, 292-294, 296, 302, 303, 309, 310, 313, 314, 317, 322, 337, 340, 345, 348, 358, 360, 362, 367, 368, 383, 389, 393, 412-415, 422, 426, 433, 437, 447, 453, 471, 472, 475, 494, 497, 501-509, 511, 516, 517, 533-536, 543, 548, 551, 552, 555, 564, 569, 571, 577-579, 587-590, 593-595, 598, 609, 628, 629, 631-633, 638, 639, 641, 642, 649, 655, 657, 658, 661, 662, 664, 669, 677, 680, 690, 691, 700, 701, 703, 709, 712, 732-735, 744-751, 760, 761, 763, 764, 766-776, 778-781, 783, 784, 785, 787, 788, 791-797, 800, 803, 806, 807, 808, 818, 819, 828-834, 838, 839, 841, 842, 846-848, 851, 854-856, 858, 860-864, 866-868, 872, 889-891, 893, 926, 928, 939, 942, 945, 960, 988, 996, 998, 1002, 1006, 1013-1015, 1017, 1018, 1024-1033, 1035-1038, 1041, 1044-1046, 1049, 1052, 1054, 1056-1058, 1060-1064, 1066, 1068, 1071, 1073, 1074, 1091, 1092, 1095-1099, 1117, 1124, 1126, 1128, 1143, 1147, 1150-1153, 1156, 1160, 1165, 1166, 1169, 1171, 1173, 1175, 1180, 1185, 1188, 1190, 1193
- de colaboración internacional 246
- de garantía 53, 60, 134, 143, 145, 246, 249, 260, 229, 254, 263, 322, 413, 744, 746, 766, 767, 862, 863, 1063
- de no generar obstáculos 40
- Véase también* ~ de abstención
- de prevención 45, 133, 134, 135, 246, 255, 862
- de respetar los derechos 31, 42, 62, 389, 453, 516, 709, 860, 863, 891, 1126
- de sufragio 677
- Deberes alimentarios 222, 254
- Deberes de las personas 10, 885
- Debido proceso 38, 40, 44, 50, 54, 58, 75, 78, 83, 94, 107, 116, 117, 125, 126, 129, 138, 139, 217, 225, 231, 241, 261-271, 273-275, 278, 279, 281, 285-289, 293, 295, 298, 299, 301, 302, 305, 307, 311-314, 320-322, 328, 330, 331, 342, 346, 374, 377, 378, 388, 440, 452, 478, 481, 493, 502, 540, 543, 551, 576, 581, 592, 594, 595, 603, 620, 666, 669, 677, 696, 698, 699, 743, 745, 746, 753-755, 762, 764, 765, 767, 768, 775, 781, 783, 788, 800, 810, 847, 850, 855, 869, 872, 893, 922, 942, 947, 949, 950, 987, 992, 1010, 1035, 1111, 1129, 1163, 1171, 1195
- Véase también* garantías judiciales
- Declaración de Filadelfia 463
- Declaración de los Derechos de Virginia 1776
- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos 281
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano 281
- Declaraciones interpretativas 344, 1119, 1122, 1124
- Defensa 15, 16, 21, 22, 24, 91, 100, 138, 142, 219, 239, 241, 242, 252, 256, 262-264, 266, 276, 281, 287, 288, 290, 293-306, 308, 318, 329, 355, 369, 370, 418, 428, 434, 448, 449, 451, 452, 461, 463, 464, 468, 471-473, 484, 524, 526, 553, 594, 629, 666, 668, 677, 683, 687, 690, 691, 695, 700, 717, 756, 800, 815, 825, 846, 886, 889, 898, 903, 909, 910, 912, 913, 918, 927, 931, 938, 944-946, 954, 958, 960, 980, 997, 1006, 1067, 1073, 1087, 1110, 1152, 1179, 1186
- derecho de ~ 91, 276, 281, 288, 295, 296, 299, 304-306, 329, 846, 946, 958, 1067, 1087
- Defensor interamericano 978, 999, 1005
- Defensor público 254, 296, 302, 984
- Véase* defensorías públicas 301
- Defensores de derechos humanos 5, 471, 472, 673, 690, 770, 907, 910, 917-919 1018, 1179
- Delito 68, 201, 214, 235, 255, 375, 387, 445, 461, 858, 1121
- común 660, 662
- continuado 88, 784, 933
- político 139, 591, 660, 783
- Democracia 15, 23, 27, 89, 201, 210, 275, 332, 366, 379, 398, 409, 428, 435, 445, 446, 452, 459, 471, 601, 629, 648, 649, 673, 674-676, 678, 680-683, 687, 697, 698, 703, 704, 825, 826, 876, 886, 889, 894, 897, 921, 1132, 1166, 1169, 1176, 1177

- representativa 23, 398, 459, 675, 676, 680, 681, 687, 825, 894, 921
Véase también procedimiento electoral
Véase sociedad democrática 26, 89, 95, 110, 261, 236, 279, 286, 355, 359, 366, 376-378, 380, 387, 389, 397-400, 409-412, 416, 417, 420, 421, 425, 429, 430, 434, 435, 443-451, 458-460, 465-468, 471, 476, 484, 500, 583, 597, 610, 623, 634, 640, 645, 651, 658, 685, 693, 719, 746, 755, 773, 832, 877, 880, 881, 885, 887-889, 892-895, 1157, 1158, 1160-1162, 1171, 1174, 1187, 1194
- Denuncia 11, 784, 785, 793, 918, 919, 926, 928, 932, 936, 939, 942, 949, 954, 955
Véase denuncia del tratado 966
- Deportación 140, 238, 239, 244, 253, 302, 320, 321, 336, 357, 594, 595, 596, 664, 667, 670, 841
- Derecho 3-9, 13, 15, 17, 19, 20, 22, 23, 25-29, 599, 602, 603-644, 736, 743-774, 776-779, 781-783, 785, 787-789, 791-793, 798-800, 899, 900, 908, 909, 922, 926-933, 935-939, 941-943, 945-950, 954, 955, 957-960
 a fundar una familia 368, 487, 496
 a la verdad 3, 69, 268, 391, 744, 772-774, 788
 comparado 388, 404
 de asilo 560
 de gentes 81, 100, 206, 578, 1028
- Derecho Internacional Humanitario 5, 15, 608, 789, 936
Véase también conflicto armado interno
 principio de distinción 140, 229, 609
 prisioneros de guerra 203
- Derecho Internacional Público 5, 6, 8
- Derecho del mar 872, 1122
- Derechos 3-10, 14-16, 19-30, 601-619, 622, 624-644, 736, 743-751, 754-756, 758-784, 787, 791, 793, 798-800
 carácter progresivo de los ~ 617
 adquiridos 603, 607, 612, 615, 616, 618
 colectivos 4, 636, 1051, 1142, 1157
Véase titularidad colectiva 388, 389
 conculcados 1026, 1032-1036, 1038, 1056, 1068
Véase goce de los derechos conculcados 1026, 1032, 1033, 1034, 1056
 de autor 625
 fundamentales 6, 22, 28, 29, 40, 42, 62, 112, 214, 234, 238, 239, 267, 271, 288, 292, 298, 366, 383-385, 388, 398, 402, 429, 452, 459, 463, 468, 512, 516, 520, 531, 533, 537, 550, 562, 563, 571, 594, 656, 679, 736, 744, 747, 749, 750, 761, 846, 881, 886, 889, 893, 911, 921, 929, 1011, 1027, 1057, 1063, 1103, 1105, 1158
- inderogables 86, 402, 777, 780, 838, 893
Véase también *jus cogens*
- núcleo 846
Véase también suspensión de garantías
- políticos 9, 26, 27, 671, 674, 700, 748, 756, 880, 1138, 1176
lato sensu 674, 679, 683
 restricción de los derechos políticos 696, 700
stricto sensu 674, 679, 686
- reproductivos 7
 sexuales 130, 364, 549
- Desacato 89, 90, 408, 423-426, 616
- Desaparición forzada 3, 5, 69, 75, 88, 95, 98, 99, 109, 117, 118, 127, 134, 136, 143-147, 226, 232-237, 240, 246, 252-255, 357, 363, 364, 391, 416, 531, 654, 684, 757, 772, 781, 783-785, 787, 788, 893, 919, 933, 939, 948, 995, 997, 1027, 1031-1033, 1035, 1040, 1041, 1046, 1052, 1057-1060, 1064, 1069-1074, 1076, 1077, 1084, 1135, 1145, 1149, 1150, 1153, 1175, 1178, 1179, 1184, 1198
Véase también crímenes de lesa humanidad
- Desarrollo 4, 10, 22, 23, 27, 109, 111, 119, 203, 210, 262, 284, 285, 444, 470, 479, 495, 496, 550, 608, 691, 743, 774, 801, 823
- integral 22, 481, 681, 823, 825, 826
 progresivo 10, 801
- DESC 151-153, 494, 812, 930
Véase derechos económicos, sociales y culturales 10, 801
- DESCA
Véase derechos económicos, sociales, culturales y ambientales 150, 644, 882
- Desplazamiento 141, 201, 211, 227, 230, 251, 259, 356, 468, 508, 566, 585, 586, 634, 653-657, 691, 959, 1047-1049, 1051, 1080, 1087, 1146, 1175, 1176, 1183
 forzado 201, 211, 251, 585, 65-657, 1047-1049
 interno 585, 656
 masivo 653, 1047
- Diálogo jurisprudencial 37, 38, 63, 67, 101
- Dictadura 60, 343, 391, 416, 514
Véase también amnistía y autoamnistía
- Dignidad 9, 22, 27-29, 41, 68, 69, 110, 115, 116,

- 120, 141, 148, 150, 151, 200, 218, 222, 227-229, 232, 236, 242, 244, 254, 256, 257, 261, 262, 298, 320, 334, 337, 349, 352, 361, 363, 366, 369-372, 378, 383, 384, 422, 432-435, 441, 450, 452, 463, 487, 492, 502, 508, 510, 514-516, 521, 526, 527, 531, 535, 537, 545, 551, 580, 594, 648, 654, 680, 683, 714-716, 721, 726, 889, 898, 899, 970, 1031, 1058, 1078, 1079, 1107, 1146, 1149, 1152
- protección de la ~ 228
- Véase también* honra
- Discapacidad 69, 98, 110, 115, 153, 205, 230, 240, 243, 250, 258, 259, 284, 318, 319, 368, 379, 387, 566, 567-569, 572, 579, 580, 581, 585, 590, 619, 679, 703, 728, 731, 732, 734, 735, 800, 809, 1007, 1064
- mental 115, 230, 240, 243, 387, 1064
- personas con ~ 13, 69, 259, 314, 387, 679, 703, 800, 858
- situación de ~ 728, 731, 734, 735
- Discrecionalidad 96, 264, 276, 318, 333, 334, 346, 428, 555, 562, 586, 624, 651, 660, 664, 666, 724, 807, 820, 840, 969, 1028, 1029, 1036, 1097, 1101, 1102, 1105, 1106
- Véase* grado de ~ 276, 660, 1097
- Discriminación 4, 27, 31, 37-39, 49, 51-55, 62, 64-67, 69, 79, 85, 98, 112, 115, 118, 119, 121, 127, 128, 132, 133, 136, 137, 216, 230, 235, 236, 237, 242, 249-251, 257-259, 293, 320, 321, 353, 364-366, 378, 379, 381, 383, 385, 389, 390, 394, 407, 439, 446, 449, 452, 453, 467, 477, 479-482, 484, 486-488, 490-497, 502, 503, 509, 514, 516, 522, 531, 533-536, 546, 547, 558, 562, 563, 566, 567, 569, 570-572, 574, 575, 579, 580, 584, 587, 594, 595, 598, 627, 632, 651, 656, 661, 665-667, 674, 678, 681, 683, 686, 688, 689, 692-694, 700, 702, 703, 705-724, 726-735, 763, 765, 796, 798, 800, 803, 811, 813, 821, 828, 830, 835, 838, 841, 853, 856, 858, 889, 933, 988, 1010, 1038-1040, 1046, 1060, 1064, 1066, 1067, 1135, 1136, 1143, 1150-1152, 1164, 1176, 1177, 1180, 1202
- Véase* principio de igualdad 52, 55, 85, 293, 490, 491, 656, 676, 687, 689, 692, 707-710, 712, 713, 715, 721, 728, 733, 734, 841, 1143, 1152
- categorías sospechosas 52, 366, 681, 727, 728, 730
- estructural 49, 54, 137, 534, 571, 735, 1038, 1039, 1040, 1066, 1180
- Véase* grupos históricamente relegados 700
- interseccional 729
- Véase* trato arbitrario 53, 713, 715, 735
- Diversidad religiosa 379
- DUDH 15, 26, 28, 110-112, 151, 204, 217, 326, 377, 379, 381-383, 448, 450, 465, 483, 487, 499, 542, 564, 568, 569, 577, 581, 583, 584, 587, 589, 590, 597, 659, 708, 713-715, 745, 889, 890
- ## E
- Educación 22, 53, 98, 151, 213, 216, 256, 373, 378, 380, 386, 390, 395, 403, 466, 483, 486, 488, 490, 492, 496-499, 505, 533, 534, 543, 558, 571, 572, 577, 580, 581, 591, 616, 694, 716, 722, 730, 801, 806, 811, 812, 817, 822, 823, 825-827, 829, 831, 909, 930, 1046, 1047, 1053, 1067, 1084, 1138, 1146, 1175, 1190, 1194, 1199
- derecho a la ~ 151, 543, 558, 581, 722, 811, 812, 825, 930, 1146
- religiosa 373, 380, 386, 395, 403
- Efecto útil 61, 100, 104, 132, 436, 437, 761, 776, 781, 862, 864, 868, 941, 954, 1014, 1054, 1091
- Ejecuciones 43, 86, 126, 140, 141, 232, 247, 253, 391, 473, 608, 780, 789, 791, 799, 893, 995, 1052, 1063, 1064, 1077, 1078, 1138, 1195
- Véase* ejecuciones extrajudiciales 43, 126, 140, 141, 232, 247, 253, 391, 473, 608, 788, 799, 893, 995, 1052, 1063, 1077, 1078, 1138, 1195
- Véase* ejecuciones sumarias 86, 780, 1064
- Elecciones 27, 85, 149, 386, 419, 438, 451, 561, 563, 580, 671, 676-681, 686-689, 692, 696, 698, 699, 701, 709, 719, 813, 880, 903, 921, 963, 966, 967, 969, 1141, 1147, 1176, 1177, 1178
- Enemigo interno 369, 684, 1178
- Enmienda 11, 1113
- Erga omnes* 49, 120, 131, 226, 235, 245, 251, 523, 709, 775, 935, 1091
- Error judicial 339, 341-346, 725, 1027
- Esclavitud 9, 28, 112, 118, 200-215, 396, 488, 524, 713, 838, 841, 846, 890, 1050, 1052
- prohibición de la ~ 9, 200
- Véase también* *jus cogens*
- contemporánea 215

- Véase* formas contemporáneas de esclavitud 201, 202, 205-208, 210, 212, 213
trata de esclavos 200, 203, 204, 206-208, 212, 488
- Especialidad 5, 782
Véase principio de especialidad 782
- Espiritualidades indígenas 381
- Estado de acogida 252, 652
Véase Estado receptor 254, 298, 299, 591, 1104
- Estado de derecho 524, 579, 680, 838
- Estado de sitio 228, 582, 921
- Estudio de impacto ambiental 641
Véase también derecho a la consulta
- Exclusión social 581, 631, 644, 1202
Véase también discriminación estructural
- Expectativa legítima 606
- Expresión 5, 9, 20, 22, 28, 29, 35, 41, 54, 55, 64, 66, 69, 76, 77, 83, 89-91, 100, 102, 110-112, 114, 120, 128, 205, 207, 209, 224, 228, 232, 242, 263, 268, 271, 275, 293, 294, 309, 313, 315, 324, 326, 329, 330, 332, 351, 352, 354, 358, 362, 364-366, 369-372, 374, 381, 382, 385, 395, 396, 397-400, 402, 405-415, 417-430, 432-435, 440, 441, 443, 446, 451-453, 459, 460, 463, 469, 470, 472, 487, 489, 511, 524, 528, 531, 536, 549, 551, 560, 563, 567, 568, 591, 598, 601, 610, 612, 613, 625, 648, 651, 669, 671, 675, 678-681, 685, 686, 696, 699, 704, 712, 714, 715, 728, 729, 744, 763, 783, 799, 813, 829, 831, 836, 837, 877-879, 881, 886, 891, 892, 894, 895, 929, 930, 976, 987, 1010, 1026, 1034, 1035, 1038, 1040, 1045, 1071, 1073, 1074, 1081, 1098, 1099, 1108, 1118, 1124, 1126, 1148, 1152, 1153, 1177, 1181
- libertad de ~ 3, 7, 351, 366, 375, 402, 406, 407, 408, 414, 461, 602, 629, 639, 907
Véase también libertad de pensamiento
- Expulsión 230, 252, 239, 243, 245, 302, 319-322, 357, 567, 576, 577, 580, 586, 588, 593-595, 597, 645, 647, 649, 650, 652, 658, 663-670, 677, 732, 841
- prohibición de ~ 663, 664
- Extradición 49, 88, 140, 251, 252, 253, 247, 593, 664, 669, 776, 782, 783, 784
- 230, 245, 247, 250, 259-261, 264, 312, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 347, 349, 353, 357, 358, 367, 368, 370, 383, 385, 399, 413, 418, 477, 480-488, 490-493, 495-517, 520, 521, 524, 525, 528, 529, 531, 532, 534, 535, 537-540, 543-547, 550, 554-558, 562, 569, 570, 572, 578, 579, 584-586, 588, 592, 594, 596, 607, 619, 646, 651, 654, 658, 667-670, 677, 683, 691, 709, 718, 722, 733, 740, 741, 775, 799, 800, 803, 809, 815, 821, 825, 838, 844, 885, 888, 889, 987, 997, 1001, 1006, 1041, 1042, 1048, 1070-1072, 1075-1078, 1083, 1084, 1086, 1098, 1137, 1153, 1175, 1182, 1185, 1190, 1193
- derecho a fundar una ~ 368, 487, 496
- co-maternal 491, 537
- Federación 3, 6, 94, 373, 390, 432, 433, 489, 672, 673, 677, 689, 695, 696, 701, 702
- Federaciones 448, 464-467, 854, 858, 859, 865, 928, 930, 931
- Federalismo 852, 853, 854, 865, 867, 868
- cláusula federal 10, 849
- unidades federativas 862
- Fertilización *in vitro* 128
- Fondo de asistencia legal 926, 933, 934, 990, 1006
- Fuero 3, 77, 93-95, 102, 103, 217, 271-274, 431, 472, 943, 1018, 1093
- Funcionario consular 240, 241, 299
- ## G
- Garantías 10, 26, 35, 45, 46, 48, 51, 54, 62, 68, 70, 81, 82, 86, 89, 91, 96, 97, 100, 102, 104, 107, 111, 116, 117, 125, 126, 138-140, 217, 222, 225-229, 231, 234, 237, 239-245, 247, 250-256, 258, 261-269, 271-273, 275-279, 282, 286-290, 293, 295, 296, 299-302, 305, 307, 309-316, 319-322, 326, 329-331, 348, 350, 357, 363, 374, 377, 378, 400-402, 422, 426, 432-434, 437, 453, 455, 456, 464-466, 473, 478, 481, 482, 493, 502, 507, 511, 516, 518, 524, 526, 540-543, 545, 548, 551-554, 557, 562, 576, 582, 585, 592, 594-597, 617, 621, 632, 637, 646, 649, 650, 652, 653, 654, 661-664, 666-669, 677, 683, 685, 695, 698, 709, 711, 713, 743, 744-748, 754-758, 764, 766, 768, 770, 772, 777, 779, 781, 783, 787, 792, 795, 809, 813, 815-817, 828, 835-839, 841-848, 850, 855, 861, 862, 864, 868,

- 869, 872, 876, 877, 891, 894, 916, 921,
934, 943-947, 950, 987-999, 1008, 1010,
1011, 1025, 1029, 1030-1036, 1038,
1041, 1044, 1050, 1056-1058, 1065,
1068, 1074, 1079, 1083, 1088, 1096,
1099, 1101-1104, 1106-1109, 1124, 1126,
1150, 1152, 1163, 1171, 1183
- de no repetición 48, 253, 348, 1025, 1030-
1032, 1035, 1038, 1041, 1056-1058,
1065, 1068, 1079, 1083, 1096, 1099
- Véase también* reparación
- de protección 654, 815, 934, 1034
- deudas ~ 256, 267-269, 271, 286, 311, 321,
526, 595, 617, 781, 815, 934, 950, 1171
- suspensión de ~ 10, 835
- conflicto armado interno 3, 7, 56, 140, 207,
243, 236, 355, 357, 425, 585, 586, 608,
655, 656, 684, 774, 777, 779, 780, 789,
834, 839, 841, 921, 959, 1004, 1052,
1065, 1145, 1176, 1183
- estado de excepción 243, 252, 758, 759,
836, 837, 839, 840, 841, 846, 847, 848
- estado de guerra 582
- estado de sitio 228, 582, 921
- orden público 20, 25, 133, 140, 148, 249,
292, 377, 379, 380, 385, 401, 405, 416,
429, 437, 448-450, 455-459, 462, 465-
467, 470, 475, 506, 567, 571, 584, 586,
587, 597, 610, 645, 648, 650, 651, 693,
708, 838, 839, 845, 873, 879, 881, 889,
891, 892, 893, 894, 895, 935, 979, 997,
998, 1001
- rebeliones internas 839
- situaciones de emergencia 257, 378, 508,
509, 661, 755, 837, 839, 1124
- Garantías diplomáticas 252
- Garantías judiciales 9, 107, 117, 225, 252, 256,
261, 264-266, 743, 745, 752, 836, 846,
987, 1010, 1137, 1150
- Véase también* debido proceso
- Véase* apelación 17, 264, 275, 322, 341, 662,
669, 867, 1004
- contradictorio 296, 303, 411, 756, 938,
939, 946, 992, 1005, 1009
- principio del contradictorio 296, 1005
- control judicial inmediato 242
- Véase* debidas garantías 256, 267-269, 271,
286, 311, 321, 526, 595, 617, 781, 815,
934, 950, 1171
- defensa técnica 288, 297, 300-302
- defensor público 254, 296, 302, 984
- derecho a ser juzgado 138, 218, 234, 247,
280, 286, 972
- derecho a ser oído 141, 240, 247, 252, 269,
308, 316, 366, 510, 592, 667, 1150,
1151
- derecho de defensa 91, 276, 281, 288, 295,
296, 299, 304, 305, 306, 329, 846, 946,
958, 1067, 1087
- inmediatez 1062
- ne bis in idem* 263, 273, 310, 311, 777, 781,
782, 1058
- plazo razonable 83, 92, 93, 101, 222, 225,
234, 243, 247, 248, 253, 256, 262, 268,
282-286, 322, 345, 423, 606, 622, 657,
666, 751, 756, 765, 768, 844, 944, 945,
947, 948, 951, 957, 1032, 1163, 1189
- presunción de inocencia 138, 236, 238, 242,
248, 249, 251, 263, 290-293, 301, 308,
330, 331, 621, 698, 699, 840, 944
- principio de presunción de inocencia 290,
291, 292, 293, 330, 331, 698
- previa notificación de los cargos
- protección judicial 44, 88, 95, 114, 250,
263-265, 320, 322, 342, 363, 473, 481,
542, 552, 594, 615, 619, 698, 744-750,
754, 755, 759, 763, 766, 767, 769, 777,
778, 782, 809, 810, 813, 867, 943, 947,
1032, 1033, 1057, 1126, 1144, 1145,
1183
- Véase* derecho a la protección judicial
- 95, 264, 265, 322, 615, 619, 744-746,
748-750, 755, 763, 767, 778, 947, 1057,
1145
- Véase también* amparo y hábeas corpus
- Véase* traductor 241, 256, 263, 293
- intérprete 29, 60, 62, 87, 100, 241, 256,
263, 293, 321, 433, 530, 596, 667, 669,
770, 805, 810, 812, 823, 872, 1007,
1097, 1103, 1105, 1148-1151, 1198
- Género 53, 119, 133, 136, 241, 242, 363-367,
372, 379, 391-393, 479, 481, 494, 497,
498, 519, 526, 527, 536, 544, 547, 580,
585, 592, 594, 596, 673, 700-702, 706,
707, 714, 729, 730, 755, 795, 796, 798,
899, 917, 963, 967-969, 988, 1010, 1025,
1037-1039, 1046, 1064, 1066, 1104,
1182, 1194, 1200
- cuotas de ~ 700-702
- estereotipos de ~ 53, 730, 798, 1064
- perspectiva de ~ 136, 242, 363, 497, 498, 795,
796, 1039, 1046, 1064, 1066, 1200
- violencia de ~ 53, 242, 798

Genocidio 15, 17, 243, 324, 325, 337, 841,
1118, 1145
Véase también crímenes de lesa humanidad
Golpe de Estado 428, 429, 452, 461, 672, 674,
681, 704, 839

H

Hábeas corpus 107, 116, 225, 234, 251-253,
266, 433, 437, 518, 524, 743, 744, 746,
747, 753, 755-759, 836-838, 847, 939,
940, 1033
recurso de ~ 251, 753, 757, 758, 939, 1033
Véase también amparo y protección judicial
Hogares de guarda 508, 510, 512, 519, 521, 522,
544
Honra 9, 28, 90, 117, 349, 352, 353, 354, 368,
369, 370, 371, 372, 422, 424, 431, 432,
434, 439, 441, 442, 484, 499, 527, 563,
683
protección de la ~ 9, 349, 352
Véase también dignidad
Huelga 117, 119, 206, 230, 342, 446, 463, 465,
466, 817, 825, 930
Véase derecho de ~ 465, 466

I

Identidad 53, 143-145, 207, 229, 230, 271, 294,
295, 303, 304, 360, 364-367, 372, 379,
387, 389, 391-394, 404, 479, 491, 494,
498, 504, 513-515, 519-522, 525-527,
529-533, 536, 537, 565-567, 569, 571,
573, 577, 580, 581, 588, 608, 615, 626,
627, 634, 636, 637, 665, 706, 707, 717,
728, 729, 765, 797, 916, 930, 948, 950,
954, 959, 988, 1032, 1051, 1053, 1054,
1067, 1086-1088, 1133, 1142, 1143,
1145, 1146, 1150-1153, 1155, 1159,
1161, 1166, 1175, 1176, 1181, 1183,
1185, 1190-1193, 1196, 1202
derecho a la ~ 108, 109, 119, 120, 389, 513,
514, 515, 520, 522, 527, 530-533, 537,
580, 627, 1133, 1146, 1155, 1161, 1166,
1191
cultural 53, 294, 379, 389, 391-393, 404, 626,
627, 634, 636, 637, 765, 1053, 1133,
1146, 1150, 1151, 1153, 1155, 1161,
1166, 1175, 1190, 1191, 1202
Véase orientación sexual 54, 118, 364, 365,
366, 372, 379, 479, 481, 489, 493, 494,
500, 501, 519, 526, 527, 700, 706, 707,
718, 726-730, 732, 813
Igualdad 22, 23, 28, 38, 51-55, 59, 64, 66, 84,

85, 91, 108, 112, 115, 119, 205, 250, 259,
256, 275, 277, 278, 287, 288, 293, 298,
301, 303, 308, 318, 321, 340, 345, 364,
366, 378, 381, 384, 394, 401, 407, 414,
449, 452, 463, 467, 468, 477, 479, 480,
481, 483, 485-494, 496, 497, 503, 517,
522, 527, 558, 563, 566, 571, 573, 575,
579, 584, 587, 592, 607, 632, 649, 656,
666, 671, 674, 676, 678, 679, 682, 683,
686-693, 695, 697, 698, 701, 707-718,
720-728, 730-735, 800, 809, 825, 841,
878, 880, 898, 917, 937, 946, 979, 988,
1006, 1010, 1104, 1126, 1136, 1143,
1151-1153, 1164, 1166, 1167, 1177
derecho a la ~ 51-54, 364, 366, 394, 517, 607,
689, 709-711, 713-718, 722-725, 727,
809, 1153, 1166
ante la ley 9, 705
de género 701, 917
formal 689, 713
principio de ~ 37, 52
Imparcialidad judicial 280, 945
Imprescriptibilidad 780, 783
Impunidad 3, 37, 49, 50, 53, 61, 86, 88, 134-
136, 144, 235, 242, 247, 249, 312, 370,
472, 664, 743, 744, 753, 767-770, 774-
779, 781-783, 798, 800, 854, 921, 995,
1017, 1048, 1058, 1067, 1077, 1080,
1094, 1149, 1179, 1185, 1201
Indemnización 9, 48, 136, 137, 154, 238, 339,
341, 342, 344-347, 392, 394, 599, 606,
619, 622-625, 635, 637, 642, 643, 655,
809, 814, 863, 867, 940, 941, 1014-1016,
1019, 1027, 1028, 1030, 1035-1038,
1041-1044, 1046-1049, 1054, 1056,
1057, 1068-1074, 1076, 1077, 1079,
1080, 1083, 1085-1087, 1089, 1090,
1162, 1165, 1173, 1180, 1183-1185,
1187, 1192, 1199
derecho a ~ 9, 339
Véase también derecho a la propiedad y
error judicial
Independencia judicial 96, 97, 275, 276-278,
697, 704, 762, 944, 1105
Indígenas 3-5, 7, 37-39, 52, 53, 57-59, 75-77,
83-85, 101, 113, 114, 150, 210, 214, 294,
356, 361, 379, 381, 384, 389, 391, 392,
394, 461, 505, 534, 558, 572, 573, 581,
585, 602-607, 610, 614, 615, 622, 626-
641, 643, 644, 666, 673, 676, 681, 684-
689, 692, 699, 702, 703, 719, 720, 724,
729, 732-734, 744, 763-765, 803, 806,

- 813, 814, 821, 877, 886, 888, 890, 917,
928, 930, 967, 1007, 1017, 1018, 1029,
1030, 1033, 1039, 1051, 1054, 1060,
1063, 1066, 1067, 1068, 1073, 1079,
1080, 1132-1148, 1150-1183, 1186-1192,
1194, 1196, 1197, 1199, 1200-1202
mujeres indígenas 361, 917, 1137, 1138
Indulto 93, 122, 314, 342, 345
Información 49, 76, 77, 83, 88-91, 107, 116,
125, 136, 138, 143, 144, 236, 238, 248,
252, 225, 239, 240-242, 253-255, 261,
274, 281, 287, 293-295, 298-300, 310,
312, 320, 322, 337, 352, 374, 377, 378,
402, 405-409, 411, 412, 414- 417, 419,
422, 424-431, 433-435, 438, 440-442,
446, 478, 481, 486, 491, 495-499, 502,
509-512, 528, 540, 543, 545, 554, 565,
575, 586, 588, 592, 596, 602, 619, 629,
630, 639, 658, 667, 691, 726, 744, 763,
769, 773, 782-784, 786, 790, 792, 799,
813, 818, 829, 830, 833, 842, 847, 850,
855, 858, 869, 872, 894, 895, 901, 906,
912, 915-917, 920, 921, 938, 939, 941,
944, 946, 951, 954, 955, 957, 959, 960,
966, 971, 974, 981, 987, 993, 995, 998-
1002, 1006, 1007, 1010, 1012-1017,
1033, 1036, 1050, 1053, 1055, 1058,
1065-1067, 1104, 1145, 1152, 1170,
1173, 1191
derecho a la ~ 107, 116, 125, 138, 225, 241,
261, 287, 293, 298, 299, 374, 377, 378,
417, 478, 481, 502, 540, 543, 850, 855,
869, 872, 894, 987, 1010, 1036
Véase también información agravante
confidencialidad de la ~ 416, 799
derecho de acceso a la ~ 241, 406, 408, 415,
416, 763, 813
inexacta 434, 435, 438, 442
Informe artículo 50 957, 958, 960, 998, 999,
1005
Inmunidades 431, 439, 898, 900, 964, 980, 981,
1100, 1103, 1104, 1105
diplomáticas 1104
privilegios e inmunidades 900, 981, 1105
Instituciones democráticas 19, 21-23, 26, 27, 30,
471, 839, 876, 894
Integridad cultural 230, 394, 1138, 1166
derecho a la ~ 1166
Integridad personal 4-46, 75, 78, 118, 126, 128,
129, 134, 136, 144, 147, 149, 151, 222,
227-230, 232,-234, 236-242, 244-247,
249, 250-256, 258, 260-266, 281, 299,
313, 314, 361, 362, 363, 370, 388, 393,
404, 413, 460, 498, 516, 534, 542, 551,
552, 563, 593, 595, 649, 657, 669, 691,
743, 746, 758, 773, 778, 783, 788, 792,
793, 796, 798, 809, 810, 813, 838, 847,
855, 920, 955, 1032, 1036, 1044, 1051,
1052, 1054, 1092, 1095, 1122, 1125,
1137, 1147, 1149, 1150, 1153
derecho a la ~ 9, 222, 1137, 1147
Interés público 7, 90, 219, 248, 292, 320, 336,
337, 415-418, 420-423, 425, 427-430,
460, 472, 583, 610, 623, 639, 645, 653,
668, 689, 724, 725, 731, 791, 799, 879,
880, 881, 894, 895, 1159, 1177
Véase también derecho a la propiedad
Interés superior del niño 45, 313, 316, 365, 485,
493, 494, 504-507, 510-513, 541, 552-
554, 570-572, 579, 595, 596, 726, 1175
principio del ~ 570
Véase medidas de protección 46, 234, 303,
315, 413, 491, 499, 502, 504, 538, 542,
543, 546, 547, 554, 575, 596, 655, 661,
806, 1015, 1069, 1091, 1092, 1095,
1096, 1175
Interpretación 10, 24-26, 29, 30, 38, 46, 50,
56-60, 62-65, 67, 75, 78-80, 86, 87, 95,
100, 103, 117, 127-129, 152, 153, 206,
214, 228, 229, 239, 240, 243, 265, 268,
320, 327, 334, 338, 342-344, 352, 366,
368, 372, 392, 400, 401, 409, 423, 425,
428, 430, 432, 436, 437, 441, 442, 453,
457, 459, 468, 481, 502, 532, 544, 546,
561, 565, 572, 605, 606, 610, 617, 618,
627, 637-639, 655, 659, 660, 667, 674,
678-680, 682, 683, 688, 690, 693-695,
697, 699, 715, 746, 755, 757, 760, 770,
778, 794, 806, 807, 809, 812, 814, 815,
818, 820, 822, 823, 824, 826-829, 832,
853, 855, 856, 859, 860, 861, 864, 865,
868-877, 880, 881, 892, 894, 895, 898,
903, 912, 915, 919, 928, 931, 935, 940,
941, 945, 959, 972, 975, 988, 991, 993,
995, 1004, 1008-1012, 1048, 1051, 1069,
1075, 1086, 1098, 1102,-1104, 1106-
1109, 1125, 1126, 1135, 1138, 1139,
1141, 1153, 1168, 1175, 1202
effet utile 82, 100, 132, 759
Véase principio del *effet utile* 82
conforme 37, 61
Véase principio de interpretación conforme
688

evolutiva 57, 58, 127, 153, 214, 532, 638, 655,
812, 874, 877, 1138, 1153
Véase dinámica 153, 372, 384, 872, 873,
1053
teleológica 872
pro personae 453
Véase pro homine 30, 244, 870
regla de prevalencia 873
Intimidación 313, 352, 354, 365, 372, 387, 428,
479, 485, 499, 530, 537
derecho a la ~ 313, 372, 428, 499
Irretroactividad 325, 326, 328, 331, 335, 338,
473, 777, 841, 846, 873, 932, 1058
principio de ~ 331, 335, 338, 846, 873, 932
Iura novit curia 50, 364, 813, 946

J

Jerarquía normativa 30, 875
Juez 27, 30, 45, 52, 58, 59, 61, 63, 76, 77, 79,
85, 91, 93, 94, 99, 111, 112, 120, 139,
151-153, 200, 216-218, 222, 225, 230,
242-247, 249, 251-256, 262, 263, 268-
271, 273, 274-282, 284, 288-291, 294,
298, 305, 307, 308, 312, 316, 332, 333,
336, 354, 382, 385, 386, 391, 392, 395,
418, 421-423, 434, 435, 438-440, 463,
469, 514, 531, 532, 535, 545, 563, 606,
620-624, 671, 675, 678-680, 682, 683,
687, 689, 692, 696-698, 713, 714, 724,
731, 733, 745, 746, 751, 754, 757, 759,
768, 778, 779, 807, 810-812, 822, 842,
844-847, 854, 872, 873, 875, 880, 927,
937, 938, 944, 965, 966, 968, 969-977,
984, 992, 993, 1003, 1004, 1018, 1030,
1056, 1088, 1091, 1100, 1104, 1105,
1107, 1108, 1111, 1112, 1141, 1142,
1151, 1152, 1181
ad hoc 29, 30, 270, 682, 925, 937, 971-973,
976, 977, 984, 1030
constitucional 279
provisorio 278
Juicio 103, 144, 222, 229, 233, 238, 240, 242,
245, 247, 250, 256, 261, 263, 266, 269,
270, 273, 278, 279, 281, 286, 289, 291,
295, 301, 303, 307, 309-313, 316, 317,
334, 337, 340, 345, 367, 371, 385, 386,
429, 510, 526, 529, 553, 554, 618, 619,
662, 688-691, 695-697, 699, 718, 721,
723, 730-732, 790, 809, 812, 813, 824,
840, 844, 938, 941, 945, 970, 973-975,
1034, 1037, 1061, 1065, 1073, 1093,
1102, 1108, 1140, 1160, 1161, 1182, 1199

de constitucionalidad 730
oral 307, 313, 945
político 278, 279, 281, 289, 303
Jurisdicción penal militar 94, 102, 217, 272,
274, 303, 718, 1018
Véase fuero militar 3, 77, 93, 94, 102, 103,
271-274, 943, 1018
tribunal militar 207, 210, 718
Jus cogens 112, 117, 144, 202, 206, 226, 228,
229, 235, 248, 251, 681, 689, 708, 780,
784, 841, 846, 872, 1102
Véase normas imperativas 840
Jus sanguinis 533, 569-571, 578, 581
Jus soli 569, 570, 578, 581
Justicia 3, 4, 7, 15, 17, 19, 22, 23, 26-28, 30, 37,
38, 48, 49, 53, 58, 61, 62, 69, 75, 80, 83,
84, 86, 88, 90, 93-95, 98, 100, 115, 132,
149, 201, 205, 207, 214, 217, 218, 226,
233, 235, 236, 248-250, 254, 256, 262-
275, 282, 283, 285, 286, 292, 293, 295,
298, 299, 301, 302, 304, 308, 311-313,
318, 334, 338, 340, 345, 371, 378, 406,
425, 428, 438, 440, 448, 463, 479, 485,
502, 506, 540, 541, 544, 552-555, 558,
559, 576, 581, 585, 586, 590-592, 594,
606, 647, 649, 659, 673, 676, 680, 683,
692, 695-697, 714-716, 744, 746, 748,
749, 752, 753, 756, 757, 763-773, 775,
776, 778, 780-783, 788, 791, 798-800,
804, 809, 813, 814, 816, 825, 826, 829,
836, 837, 839, 840, 862, 876, 881, 893,
912, 917, 918, 926, 933, 943, 948, 960,
989, 992, 994, 997, 998, 1006, 1015,
1016, 1018, 1025, 1034, 1039, 1041,
1042, 1046, 1048, 1054, 1058, 1060-
1062, 1064, 1070, 1073, 1079, 1080,
1082, 1088, 1089, 1098, 1099, 1105,
1106, 1132, 1136, 1142, 1149, 1150, 1169,
1181, 1183, 1185, 1190, 1195, 1202
derecho de acceso a la ~ 263, 554
Véase principio de justicia especializada 554
ordinaria 93-95, 205, 217, 272, 274, 1058
penal juvenil 555
social 19, 22, 23, 26, 27, 226, 463, 606, 825,
826, 876
Justiciabilidad 152, 616, 644, 695, 804-806,
809, 810, 812, 831

L

Laicización del Estado 376
Legado cultural 58, 392, 1154
Legalidad penal 325, 328, 332

- Véase* principio de legalidad 9, 323
 taxatividad legal 325, 331-334
- Ley formal 29, 325, 398, 436-438, 459, 881
- Libertad 5, 9, 19, 22, 23, 26-28, 38, 42, 44, 45, 47, 48, 50, 57, 67, 75, 77, 78, 83, 89-91, 102, 107, 111, 114, 116, 118, 126, 129, 130, 136, 143, 144-148, 150, 151, 200, 201, 204, 205, 207, 209-211, 214-219, 222, 225-255, 259-266, 274, 286, 288, 292, 293-295, 298, 299, 301-303, 313-315, 321, 325, 331, 332, 336, 341, 342, 346, 348, 351, 354, 356, 361, 362, 366, 369, 370, 371-373, 375-392, 394-415, 417-430, 432-435, 441, 445-465, 467-475, 487, 489, 491, 495, 498, 502, 515, 520, 524, 534, 544-548, 550, 551, 558, 560, 563, 566, 567, 575, 577, 580-598, 612, 613, 616, 621, 625, 645, 647, 648, 650-659, 663, 666, 668, 669, 674, 681, 685, 688, 698, 700, 704, 710, 732, 743-746, 751, 755, 757-759, 763, 780, 783, 785, 786, 787, 794, 795, 797, 799, 812, 813, 815, 825, 838, 840, 842-847, 858, 869, 876, 877, 879, 880, 889, 891, 892, 894, 895, 898, 929, 930, 949, 954, 996, 1019, 1029, 1030, 1032-1036, 1041, 1052, 1057, 1069, 1073, 1074, 1078, 1081, 1096, 1104, 1108, 1122, 1126, 1138, 1150, 1152, 1153, 1160, 1184
- de conciencia 219, 373, 376, 377, 379, 380-383, 392, 395, 396-400, 402-404, 524, 563, 838, 1150
- de prensa 431, 434
- de religión 376-384, 387, 388, 389, 391, 392, 394-396, 398-400, 402-404, 577
- negativa 469
- personal 9, 19, 26, 27, 38, 44, 45, 47, 48, 75, 78, 118, 222-129, 136, 144, 230-239, 242, 243, 247-249, 251-255, 286, 299, 321, 325, 387, 498, 515, 563, 583, 592, 594, 595, 621, 645, 651, 669, 743, 745, 746, 751, 755, 757, 759, 795, 842, 844, 845, 876, 895, 1032, 1052, 1122
- Véase* derecho a la libertad personal 9, 222, 225, 227, 228
- positiva 469
- sindical 444, 445, 454-457, 470, 475, 949
- Véase* detención ilegal 145, 237, 238, 243, 348, 1086
- expulsión 230, 252, 239, 243, 245, 302, 319-322, 357, 567, 576, 577, 580, 586, 588, 593-595, 597, 645, 647, 649, 650, 652, 658, 663-670, 677, 732, 841
- de actuación 227
- de desplazamiento 259, 227, 566
- física 222, 226-229, 231-233, 844
- Libre convencimiento judicial 1101, 1105
- Libre desarrollo de la personalidad 151, 365, 367
- Líderes sociales 684
- Litis pendencia* 926, 948
- Locus standi in judicio* 992, 999
- Lucro cesante 136, 1041, 1042, 1069, 1071-1074, 1081, 1085
- Véase también* daño emergente
- ## M
- Margen de apreciación nacional 432, 437, 674, 692, 694
- doctrina del ~ 437
- Masacres 43, 231, 232, 356, 391, 393, 394, 608, 653, 995, 1025, 1046, 1049, 1051-1054, 1077, 1085, 1087, 1138, 1145, 1149, 1150, 1176, 1183, 1185
- Maternidad 365, 367, 482, 484, 492, 493, 496-499, 536, 542, 825
- Matrimonio 108, 119, 202, 209, 213, 386, 390, 477, 480, 482-491, 493, 496, 503, 504, 517, 522, 523, 529, 536, 537, 540, 550, 558, 565, 566, 572, 574, 575, 577, 579-582, 709, 724, 1086, 1182
- servil 202, 213
- Máxima gravedad 139
- Medidas de satisfacción 1025, 1031, 1040, 1041, 1047, 1049, 1053, 1056-1059, 1065, 1068, 1083, 1098
- Medidas provisionales 148, 154, 265, 347, 540, 547, 629, 630, 644, 681, 817, 910, 915, 919, 961, 983-985, 1013, 1017, 1019, 1025, 1026, 1090-1096
- Véase* medidas cautelares 20, 26, 236, 242, 245, 613, 620-622, 629, 630, 643, 658, 696, 817, 818, 899, 905, 916, 918-920, 1091, 1096, 1098, 1107
- Medidas urgentes 1023, 1092
- Medio ambiente 150, 806
- derecho al ~ 635, 690
- Memoria colectiva 1138, 1183, 1198
- Migrante 230, 238, 245, 253, 320, 594, 935
- Véase* estatus migratorio 116, 213, 239, 320, 568, 594, 668, 721
- migrantes indocumentados 35, 51, 107, 112, 230, 262, 302, 320, 534, 540, 552, 557, 562, 572, 601, 616, 646, 667, 672,

689, 706, 708, 714, 715, 722, 734, 802, 828, 836, 841, 850, 858, 988, 1010
 trabajadores migrantes 55
 Ministerio público 245, 274, 302, 360, 369, 371, 810, 844, 845, 1065, 1067, 1148, 1200
 Minorías 5, 57, 383, 389, 390, 394, 398, 467, 558, 572, 574, 581, 585, 628, 730, 735, 841, 881, 1039, 1133, 1137, 1191
 religiosas 5, 383, 389, 394
 Moral pública 401, 402, 448, 475, 652
 Motines 839

N

Nacimiento 21, 27, 31, 51, 121, 378, 379, 390, 453, 482, 491, 495, 502, 504, 513, 515, 520-522, 524, 526-528, 530, 533-537, 549, 564-567, 569-572, 578-580, 582, 588, 665, 677, 709-711, 717, 721, 723, 724, 727, 728, 731, 828, 933, 1064, 1117, 1143, 1144, 1183
 registro de ~ 533
 Nacionalidad 9, 22, 42, 55, 109, 116, 120, 121, 235, 319, 320, 357, 378, 379, 412, 446, 449, 483, 485, 490, 491, 496, 514, 515, 519, 521, 522, 524, 530-535, 550, 556-583, 585-596, 598, 645, 649, 651, 657, 664, 665, 668, 669, 671, 676-679, 683, 694, 711, 718, 721-724, 838, 880, 902, 922, 936, 937, 949, 965, 966, 972, 976, 977, 1008, 1033, 1063, 1071, 1151
 derecho a la ~ 9, 556
 adquisición de la ~ 519, 534, 558, 561, 569, 572-574, 579, 581, 665, 723
 Naturalización 35, 51, 52, 107, 115, 412, 431, 437, 557, 560, 562, 564, 573, 574, 576, 577, 581-583, 664, 677, 706, 711, 714, 723, 724, 802, 828, 987, 1010
Ne bis in idem 263, 273, 310, 311, 777, 781, 782, 1058
 principio ~ 1058
Véase también garantías judiciales
 Negociación colectiva 445, 463, 465, 825
 derecho de ~ 463, 825
 Niño 13, 68, 108, 119, 263, 246, 315-317, 319, 479, 480, 485, 494, 499, 501-511, 513-516, 519, 521, 530, 531, 533, 534, 536, 540-546, 548-550, 552-555, 558, 559, 564, 566, 569, 570, 572, 573, 579-581, 587, 589, 707, 708, 721, 806, 811, 814, 824, 835, 853, 857, 883, 1121
 no acompañado 596
 infractor de la ley 263

Véase tráfico internacional de menores 208, 210, 507, 545

Véase también justicia penal juvenil

Véase voluntad del menor 386, 404

Nombre 9, 23, 57, 63, 109, 111, 117, 119-121, 243, 278, 353, 363, 370, 371, 474, 491, 514, 515, 518-537, 550, 564-567, 569, 578, 588, 611, 614, 658, 721, 757, 790, 792, 797, 826, 838, 847, 894, 906, 920, 922, 927, 929, 940, 949, 954, 988, 1057, 1059, 1079, 1107, 1119, 1140, 1167, 1198, 1199

derecho al ~ 9, 518, 520, 536

Véase alias 529

apodo 528-530

de familia 520, 528, 537

patronímico 520, 528, 537

supuesto 529

seudónimo 528-530

sobrenombre 520, 528-530

O

Oposición política 685

Organización no gubernamental 927, 990, 1185, 1193

Véase ONG 990, 1185, 1193

P

Pacta sunt servanda 40, 781, 873, 1014

País de origen 298, 299, 480, 508, 509, 511-513, 558, 570, 572, 580, 582, 593, 596, 651, 663, 664, 902, 906

Véase Estado de origen 512, 513, 576

Participación 22, 23, 27, 85, 136, 141, 204, 211, 215, 220, 249, 252, 292, 316, 318, 369, 378, 379, 398, 407, 414, 428, 430, 450-453, 458, 463, 496, 505, 510, 511, 534, 544, 550, 553, 558, 574, 575, 586, 596, 631, 636-639, 642, 644, 654, 656, 670, 673-690, 692, 693, 696, 699-701, 703, 704, 719, 765, 771, 776, 791, 795, 797, 813, 887, 902-904, 920, 969, 975, 976, 978, 979, 983, 999-1001, 1005, 1033, 1045, 1048, 1054, 1081, 1094, 1095, 1098, 1109, 1117, 1121, 1128, 1138, 1151, 1152, 1165-1168, 1170, 1176-1179, 1181, 1184, 1187-1189, 1194, 1196, 1198, 1199, 1201

electoral 85, 689, 703, 704, 719, 1177, 1194

política 85, 451, 452, 463, 534, 674-677, 680, 683, 684, 686, 687, 689, 690, 692, 700-703, 1138, 1166, 1177, 1179, 1194

- Véase* derecho de participación política 683, 684
- Partidos políticos 56, 85, 369, 419, 430, 447, 676, 678, 681, 685-688, 692, 693, 694, 701, 702, 704, 719, 929, 1176, 1177
- Pasaporte 491, 568, 575, 576, 588, 657, 658
- Paternidad 365, 482, 493, 536
- Patria potestad 386, 401, 490, 504
- Pena de muerte 77, 92, 93, 122, 125, 126, 137, 138-140, 243, 251, 261, 263, 313, 314, 332, 550, 783, 836, 841, 846, 854, 884, 954, 987, 1009, 1012, 1018, 1034, 1115, 1124, 1125, 1128
- Véase* pena capital 138, 139, 314, 1129
- abolición de la ~ 137, 884, 932
- Pena de prisión 204, 250, 336
- Pensamiento 9, 89-91, 201, 219, 263, 313, 315, 375, 379-383, 385, 389, 395, 405, 407-410, 419-421, 424, 425, 429, 434, 435, 438, 469, 489, 559, 561, 576, 625, 685, 783, 799, 846, 879, 891, 1034, 1126, 1152, 1153, 1196
- libertad de ~ 89-91, 201, 219, 263, 313, 315, 375, 379-383, 385, 389, 405, 407-410, 419-421, 424, 425, 429, 434, 435, 489, 625, 685, 783, 799, 846, 879, 891, 1034, 1126, 1153
- Pensión 249, 343-345, 490, 505, 615-618, 806, 807, 819, 820, 941, 1014
- derecho a la ~ 616, 617, 820
- Véase también* derechos adquiridos
- Peritaje antropológico 686
- Personalidad jurídica 9, 54, 55, 66, 84, 106, 109-121, 144, 207, 233, 254, 255, 391, 464, 514, 521, 524, 530, 531, 533-535, 578, 592, 613, 614, 676, 683, 686, 703, 765, 838, 846, 855, 856, 866, 931, 1060, 1137, 1138, 1141-1144, 1163, 1190, 1193
- derecho al reconocimiento de la ~ 9
- PIDCP 16, 40, 42, 55, 63, 64, 66, 77, 78, 92, 104, 105, 110, 112-114, 116, 117, 119, 127, 204, 217, 220, 229, 235, 236, 262, 307, 310, 325, 326, 336-338, 341, 342, 344-346, 348, 377, 380, 381, 383, 389, 395, 403, 439, 448-450, 465, 466, 483, 486, 487, 491, 493, 499, 502, 517, 521, 522, 524, 542, 551, 564, 568, 569, 572, 575, 579, 581, 583-585, 587, 588, 597, 604, 605, 628, 650, 657, 663, 679, 683, 699, 708, 710-712, 718, 727, 734, 745-747, 759, 760, 837, 841, 846, 853, 858, 859, 874, 883, 889, 1027, 1028, 1121
- PIDESC 16, 383, 450, 465, 466, 479, 483, 493, 494, 542, 604, 628, 707, 708, 713, 729, 807, 810, 819, 823, 824, 827-834, 858
- Planificación familiar 480, 495
- Pobreza 22, 44, 463, 487, 509, 534, 535, 547, 580, 581, 585, 607, 627, 631, 644, 675, 680, 681, 707, 721, 729, 825, 839, 1025, 1038, 1039, 1097, 1176, 1183, 1184
- Véase también* discriminación estructural y exclusión social
- Ponderación 130, 240, 249, 359, 370, 400-402, 427, 694, 695, 807, 1164, 1174, 1182
- Posición de garante 131, 150, 254, 292, 429, 1146
- Presunción de inocencia 138, 236, 238, 242, 248, 249, 251, 263, 290-293, 301, 308, 330, 331, 621, 698, 699, 840, 944
- derecho a la ~ 138, 236, 621
- Véase también* garantías judiciales
- Presunción *iuris tantum* 232, 620
- Prevaricación 1105
- Principio de coherencia 295
- Véase* principio de correlación 295
- Principio de máxima divulgación 415
- Principio de no devolución 251, 590-593, 595, 663, 669, 670
- Véase non-refoulement* 251, 378, 390, 590, 591
- Principio de no injerencia 648
- Principio de no intervención 56
- Principios generales del derecho 337, 606, 623, 781, 857, 860, 867, 1158
- Prisión provisional 226, 233, 236, 247
- Véase* prisión preventiva 225, 248
- Privación de la libertad 143-145, 225, 231, 233-235, 237, 239, 243, 244, 247, 252, 253, 302, 342, 460, 515, 580, 594, 595, 843, 844, 845
- Véase* derecho a la libertad personal 9, 222, 225, 227, 228
- Procesado 93, 236, 249, 271, 294, 297, 328, 343, 418, 424, 583, 698
- Véase* persona no condenada 290
- Propiedad 9, 53, 54, 57-59, 66, 83, 84, 95, 101, 113, 114, 119, 148, 205, 208-213, 250, 348, 354-356, 358, 384, 389, 391-393, 409, 430, 458, 486, 523, 534, 577, 580, 599, 603-639, 641-644, 677, 679, 702, 703, 727, 744, 763-765, 807, 809, 813, 877, 879, 928, 929, 930, 1012, 1030,

- 1033-1035, 1044, 1048, 1049, 1051, 1063, 1071, 1080, 1124, 1126, 1134, 1136-1138, 1140, 1141, 1144, 1153-1166, 1168, 1172, 1184-1190, 1199
- derecho a la ~ 9, 599, 603, 620, 621, 879, 1138, 1153
- ancestral 1033, 1034, 1080
- intelectual 577, 603, 625
- privada 9, 95, 534, 354, 355, 599, 603-608, 611, 614, 616-618, 621-623, 633, 634, 877, 879, 1124, 1126, 1136, 1153, 1154, 1157-1162
- Protección internacional 19, 21, 25, 29, 35, 38, 42, 45, 46, 62, 75, 105, 113, 114, 212, 225, 228, 238, 242, 251, 262, 266, 299, 319, 322, 350, 357, 384, 459, 502, 557, 562, 577, 589, 591, 592, 594-597, 646, 662, 667, 781, 841, 854, 861, 870, 873, 882, 899, 928, 942, 943, 949, 988, 989, 992, 994, 1008, 1010, 1011
- Protección judicial 44, 88, 95, 114, 250, 263, 264, 265, 320, 322, 342, 363, 473, 481, 542, 552, 594, 615, 619, 698, 744-750, 754, 755, 759, 763, 766, 767, 769, 777, 778, 782, 809, 810, 813, 867, 943, 947, 1032, 1033, 1057, 1126, 1144, 1145, 1183
- derecho a la ~ 95, 264, 265, 322, 615, 619, 744, 745, 746, 748-750, 755, 763, 767, 778, 947, 1057, 1145
- Protesta 407, 426, 454, 455, 461, 654, 704, 1168
- criminalización de la ~ 407, 426
- pacífica 704
- social 407, 426, 454, 1168
- Protocolo de San Salvador 16, 78, 98, 107, 151-153, 374, 378, 387, 444, 466, 467, 473, 482, 502, 543, 680, 708, 807, 810-812, 817, 819, 821, 823, 824, 827, 832, 884, 923, 925, 928, 930, 932, 988, 1128
- Proyecto de vida 127, 136, 150, 153, 154, 356, 366, 392, 648, 719, 806, 1068, 1078, 1081-1084, 1098
- Véase también* reparación
- Q**
- Quórum 908, 921, 978
- R**
- Ratificación 11, 1113
- Razzias 237, 238
- Reasentamiento voluntario 654
- Reciprocidad 42, 546, 560, 677, 934, 935, 993, 1125, 1126, 1153
- principio de ~ 42, 677
- Reclutamiento militar 211
- Rectificación 9, 74, 79, 350, 352, 431-442, 522, 527, 563, 694, 850, 861, 984, 987, 1005, 1010
- Véase* derecho de rectificación o respuesta 9, 431
- Recurso 38, 44, 75, 78, 88, 91-93, 97, 102, 103, 126, 129, 141, 222, 230, 234, 244, 251-254, 265, 267, 287, 305-309, 322, 335, 341-343, 370, 419, 440, 506, 563, 595, 612, 643, 669, 695, 696, 722, 736, 743-765, 773, 778, 779, 816, 847, 867, 928, 939-947, 1018, 1027, 1029, 1032, 1033, 1050, 1056, 1088, 1162-1165
- efectivo 440, 595, 736, 746, 749-751, 753, 761, 762, 764, 773, 1018, 1027, 1029, 1032, 1033, 1050, 1088, 1162, 1164
- interno 97, 941, 945-947
- Véase* previo agotamiento de los recursos internos 614
- judicial 38, 44, 75, 78, 92, 126, 129, 251, 265, 309, 695, 736, 743, 744, 746, 747, 750, 751, 752, 754, 755, 759-761, 763, 816, 943, 1032, 1163
- Véase también* protección judicial
- sencillo 88, 253, 563, 736, 744, 746, 750, 755, 779, 1027, 1056
- Recursos naturales 148, 391, 447, 451, 462, 472, 622, 626-629, 631, 632, 635, 636, 638, 642, 644, 872, 1135, 1141, 1146, 1155, 1156, 1158, 1159, 1162, 1164, 1165, 1167, 1169, 1189, 1202
- Refugiado 319, 321, 322, 557, 560, 588-597, 646, 652, 661-663, 669
- condición de ~ 319, 321, 322, 557, 560, 589, 590, 592, 594-597, 646, 652, 662
- Refugio 387, 559-592, 648, 651, 661, 663, 669, 899, 968, 1070, 1095
- Véase también* asilo
- humanitario 1070
- Registro de detenidos 255, 1018
- Religión 5, 377, 380, 382, 516, 835
- libertad de ~ 376-384, 387-389, 391, 392, 394-396, 398-400, 402-404, 577
- Véase también* libertad de conciencia
- Reparación 43, 47-49, 64, 80, 81, 86, 94, 99, 102, 104, 126, 131, 132, 135-137, 154, 237, 248, 270, 314, 341, 345-347, 391, 419, 422, 455, 553, 606, 615, 616, 624, 625, 637, 665, 685, 719, 735, 749, 766, 770-773, 776, 791, 795, 939, 941,

- 956, 997-999, 1002, 1017, 1024-1033, 1035-1042, 1044-1060, 1068-1071, 1073-1076, 1078-1087, 1089, 1096-1099, 1133, 1137, 1142, 1180, 1181, 1183-1185, 1187, 1189-1193, 1195, 1196, 1199-1201
- derecho a la ~ 48, 341, 1025, 1026, 1028, 1036, 1048, 1052, 1056, 1085, 1097-1099
- Véase también* daño
- Véase* garantías de no repetición 48, 253, 348, 1025, 1030-1032, 1035, 1038, 1041, 1056-1058, 1065, 1068, 1079, 1083, 1096, 1099
- programas administrativos de ~ 772, 1048, 1050
- con vocación transformadora 1039
- Véase también* violencia de género
- integral 49, 126, 135-137, 154, 791, 941, 956, 1025, 1030, 1037, 1038, 1053, 1056, 1078, 1082, 1084, 1180
- Véase* concepto de reparación integral 49
- restitutio in integrum* 48, 49, 137, 344, 345-347, 606, 644, 1025, 1028, 1037, 1038, 1056, 1068, 1074, 1082, 1180, 1187
- Repatriación 576, 588, 592, 658, 668, 933, 1202
- Réplica 431-441, 978
- Representación política 684, 689, 1178
- Reputación 90, 117, 349, 352-354, 368-372, 385, 405, 416, 420, 424, 431, 434, 435, 439, 440, 442, 484, 499, 537, 576, 693, 879, 891, 892, 895, 1107
- Véase también* protección de la dignidad
- protección de la honra
- Reservas 20, 29, 291, 478, 500, 557, 567, 568, 636, 836, 846, 850, 861, 932, 956, 1105, 1107, 1108, 1113, 1115, 1116, 1118-1126, 1167, 1188
- régimen de ~ 123
- Residencia 9, 26, 116, 213, 227, 263, 313, 319, 320, 356, 391, 490, 491, 505, 508, 513, 534, 560, 563, 565, 566, 571-573, 575, 576, 579, 580, 582-586, 588, 591, 598, 645, 647-659, 663-666, 668, 671, 676-679, 683, 691, 723, 880, 1030, 1032, 1044, 1049
- Véase* derecho de circulación y de residencia 9, 645
- Res inter alios acta* 1128
- Res judicata* 62, 343
- Véase* cosa juzgada 62, 273, 305, 310, 311, 343, 761, 777, 781, 782, 949, 1058
- sentencia firme 102, 138, 256, 263, 285, 310, 311, 339, 341-343, 345, 762
- Retorno 452, 580, 583, 585, 653, 654, 655, 779, 1038, 1049, 1053
- Véase también* derecho de circulación y de residencia
- digno 654
- Retroactividad 9, 323, 325-330, 336, 338, 698, 817, 838
- principio de ~ 336
- Reunión 9, 26, 214, 390, 391, 428, 429, 443, 445-463, 465-468, 471, 472, 476, 505, 542, 563, 567, 676, 803, 804, 827, 836, 841
- derecho de ~ 9, 443
- Véase también* libertad de asociación
- ## S
- Salud 4, 8, 150, 235, 488, 797, 806, 818, 1045, 1137, 1181
- derecho a la ~ 150, 151, 152, 160, 182, 183, 806, 810, 811, 812, 817, 818, 821, 823, 826, 932, 1146
- Saneamiento 633, 1138, 1164, 1186, 1188
- Secreto de Estado 416, 799
- Secularización social 376
- Seguridad 15, 16, 23, 26, 28, 91, 97, 102, 116, 132, 133, 141, 142, 147, 148, 151, 154, 205-207, 213, 222, 226-232, 238, 246, 249, 254, 261, 274, 278, 298, 303, 306, 329, 331, 355, 369, 370, 373, 378-380, 385-397, 399, 400, 402, 405, 416, 417, 425, 434, 437, 443, 444, 448-450, 454, 456, 458, 460, 461, 465-467, 475, 483, 484, 487, 496, 497, 502, 504, 506, 508, 509, 512, 516, 523-525, 537, 567, 576, 578, 583, 584, 587, 591, 593, 595-597, 616-618, 626, 634, 636, 645, 650-653, 658, 661, 662, 684, 693, 745, 749, 762, 770, 794, 797, 799, 806, 807, 809, 810, 818-821, 825, 826, 831, 835, 838, 839, 844, 845, 879, 880, 885, 887, 889, 891-893, 895, 920, 921, 932, 946, 948, 971, 999, 1003, 1034, 1046, 1047, 1053, 1064, 1067, 1069, 1071, 1082, 1084, 1088, 1138, 1145, 1152, 1156, 1157, 1164, 1194, 1200
- derecho a la ~ 228, 512, 616, 617, 618, 806, 807, 818, 819, 820, 821, 825, 826
- jurídica 102, 329, 331, 475, 634, 749, 763, 946, 1157

- Véase* principio de seguridad jurídica 1157
- nacional 369, 385, 405, 416, 417, 425, 437, 443, 448, 449, 450, 458, 460, 465, 466, 467, 475, 484, 506, 567, 576, 578, 583, 584, 587, 593, 597, 645, 650, 651, 652, 658, 684, 693, 799, 845, 879, 880, 891, 892, 893, 895, 1145
- pública 126, 142, 228, 229, 298, 380, 397, 400, 448, 449, 456, 460, 465, 475, 484, 587, 653, 838, 893
- social 28, 151, 483, 523, 591, 616, 617, 618, 802, 806, 807, 809, 810, 818, 819, 820, 821, 825, 826, 831, 832, 932, 1064, 1071
- Sepultura 137, 391, 393, 394, 790, 1150, 1186
- Servicio militar 200, 202, 204, 205, 216, 219, 396, 516, 718
- Servicio nacional 200, 204, 219, 396
- Servidumbre 9
- Seudónimo 528, 529, 530
- Sindicatos 56, 151, 448, 449, 455, 463, 464, 465, 466, 467, 474, 722, 815, 825, 928, 929, 930, 931
- Véase* reuniones sindicales 455, 456
- Sistema de peticiones individuales 98, 466, 915, 926, 930
- Sobrenombre 520, 528, 529, 530
- Sociedad civil 6, 8, 67, 415, 451, 508, 629, 692, 898, 901, 902, 904, 905, 916, 963, 965, 966, 967, 969, 1180, 1192, 1194
- Sociedad democrática 26, 89, 95, 110, 261, 236, 279, 286, 355, 359, 366, 376-378, 380, 387, 389, 397-400, 409-412, 416, 417, 420, 421, 425, 429, 430, 434, 435, 443, 447-451, 458-460, 465-468, 471, 476, 484, 500, 583, 597, 610, 623, 634, 640, 645, 651, 658, 685, 693, 719, 746, 755, 773, 832, 877, 880, 881, 885, 887-889, 892-895, 1157, 1158, 1160-1162, 1171, 1174, 1187, 1194
- Solución amistosa 478, 498, 518, 536, 601, 629, 951, 953, 954, 956, 957, 1000, 1003, 1062, 1064, 1102
- T**
- TEDH 16, 35, 36, 56, 63, 65, 66, 108, 114, 125, 142, 147, 149, 201, 214, 226, 228, 231, 238, 240, 243, 245, 252, 253, 257, 261, 269, 276, 279, 280, 282, 283, 285, 286, 291, 292, 302-304, 309, 310, 315, 324, 328, 338, 339, 348, 351, 355, 359, 362, 367, 368, 375, 404, 407, 410, 417, 444, 452, 462, 470, 478, 481, 482, 487, 500, 503, 518, 521, 526, 535, 536, 557, 571, 572, 595, 596, 606, 611, 618, 623, 624, 625, 643, 706, 710, 713, 715, 716, 718, 720-722, 729, 731, 752, 754, 762, 808, 836, 839, 870, 872, 878, 881, 889, 930, 941, 969, 978, 989, 991, 992, 994, 1006, 1009, 1028, 1035, 1075, 1085
- Tejido comunitario 1194, 1196,
- Temporalidad 839, 840, 919, 948
- principio de ~ 840
- Tempus regit actum* 328
- Terrorista 147, 330, 331, 332, 352, 353, 652, 661, 662,
- Terrorismo 3, 228, 244, 330, 331, 332, 335, 576, 646, 660, 661, 668, 669, 699, 733, 753, 839, 844, 845, 848, 1152
- combate al ~ 177
- TPIEY 16, 226, 243, 351, 362
- TPIR 17, 226, 243
- Trabajo 4, 15, 108, 109, 118, 126, 145, 214, 218, 238, 445, 519, 529, 542, 548, 549, 602, 706, 708, 733, 858, 949, 972, 1132
- derecho al ~ 445, 457, 470, 479, 494, 616, 617, 620, 648, 803, 814-816, 821, 825, 827, 828
- Trabajo forzoso 28, 200, 203-207, 210, 212-217, 219, 220, 221, 396, 434
- Traductor 241, 256, 263, 293
- Véase* intérprete 29, 60, 62, 87, 100, 241, 256, 263, 293, 321, 433, 530, 596, 667, 669, 770, 805, 810, 812, 823, 872, 1007, 1097, 1103, 1105, 1148, 1150, 1151, 1198
- Véase también* garantías judiciales
- Trata de personas 150, 202, 208, 209, 210, 212, 687, 734, 907, 1146
- Tribunal militar 207, 210, 718
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea 63
- Véase también* jurisdicción penal militar
- U**
- Unidad familiar 319, 320, 504, 508, 586, 594, 596, 667, 668
- principio de la ~ 508
- Usos y costumbres 83, 101, 632, 686, 702, 719, 763, 765, 1033, 1053, 1060, 1163, 1164, 1186-1190, 1194
- Usura 599
- Utilidad pública 599, 610, 622-624, 634, 881

V

- Verdad 3, 47, 69, 86, 88, 94, 120, 135, 141, 145, 245, 268, 286, 295, 383, 391, 393, 417, 429, 435, 440, 523, 532, 744, 767-775, 779, 788, 791, 792, 799, 844, 997, 998, 1018, 1027, 1045, 1046, 1048, 1053, 1057, 1142, 1173, 1181, 1195
- derecho a la ~ 3, 69, 268, 391, 744, 772-774, 788
- comisión de la ~ 8, 1181, 1191
- histórica 774, 775, 1053
- judicial 774
- Veto 640, 1171, 1172, 1173, 1174, 1175
- derecho al ~ 640, 1171, 1172-1175
- Víctimas 4, 15, 45, 48, 53, 58, 86, 88, 93-97, 133, 134, 136, 141, 146, 151, 154, 202, 207, 212, 229-234, 237-240, 242, 244-247, 249, 250, 260, 265, 268, 270, 273, 283, 286, 304, 311, 326, 330, 333, 336, 341, 346-348, 353-358, 360-364, 368, 370, 391, 392, 408, 412, 413, 415-417, 426, 429, 452, 453, 471, 473, 503, 511, 533, 540, 541, 546, 549, 551-554, 606-609, 612-618, 622, 627, 629, 634, 643, 644, 654-656, 687-691, 696, 699, 700, 702, 721, 725, 745, 746, 753, 765, 767, 770-772, 774-776, 778, 779, 781, 785-790, 794-796, 798, 800, 805, 807, 808, 813, 816, 817, 844, 853, 862, 863, 873, 890, 893, 895, 899, 904, 905, 907, 912, 916, 920, 927-931, 934, 935, 937, 940, 941, 946, 958-960, 972, 976, 978, 979, 983, 984, 988, 990, 991, 992, 996-1007, 1011, 1014, 1016-1018, 1024-1033, 1035-1055, 1057-1059, 1062, 1064-1080, 1083-1099, 1102, 1107, 1140-1143, 1145, 1147, 1149-1151, 1153, 1176, 1179, 1180, 1182-1187, 1192-1201
- representantes de las ~ 353, 358, 613, 617, 634, 689, 805, 813, 816, 853, 979, 996, 1006, 1016, 1018, 1042, 1065, 1089, 1145, 1183, 1192, 1198
- Véase* revictimización 1182, 1198
- Vida 9, 22, 28, 46, 47, 54, 58, 65, 98, 110, 117, 118, 122, 126-154, 205, 214, 216, 221, 226-231, 233, 234, 241, 242, 244, 246, 247, 250, 254-259, 261, 265, 243, 252-255, 263, 274, 275, 281, 303, 313, 314, 316, 319-321, 325, 331, 332, 343, 349, 352-372, 376, 377, 379, 385-388, 390-394, 396, 401, 402, 404, 409, 413, 421, 422, 427, 428, 447, 452, 454, 460-463, 472, 473, 475, 481, 482, 484, 487, 492, 495, 496, 498-501, 503, 511, 514-517, 520, 521, 524-527, 529-532, 535, 540-542, 547, 548, 551-553, 563, 571, 577, 579, 580, 586, 589-597, 607, 615, 616, 626, 628, 629, 632, 636, 645, 648, 649, 651, 656, 662, 668-692, 701, 702, 719, 724, 728, 731, 734, 743, 746, 757, 758, 778, 783, 789, 791, 792, 806, 811, 815-817, 821, 825, 826, 838, 839, 841, 843, 846, 847, 853, 855, 866, 874, 884, 893, 894, 900, 906, 920, 955, 957, 979, 995, 1003, 1008, 1015, 1018, 1026, 1030, 1032, 1033, 1036, 1041, 1042, 1044, 1047, 1049, 1051, 1052, 1054, 1057, 1059, 1062, 1066, 1068, 1071, 1072, 1075-1084, 1092, 1095, 1098, 1112, 1124, 1137, 1142, 1145-1149, 1151, 1154, 1155, 1161, 1164, 1173-1176, 1178, 1186, 1187, 1190, 1195
- derecho a la ~ 9, 122, 126, 133, 540, 551, 1137, 1145
- condiciones de vida material 189
- privación arbitraria de la ~ 138, 139, 792, 1178
- digna 127, 149, 150-153, 188, 541, 552, 607, 636, 656, 734, 806, 1047, 1049, 1146, 1147, 1175
- familiar 358, 481, 482, 487, 499, 500, 503, 515, 516, 517, 586, 595, 1032
- Violencia sexual 136, 164, 165, 174-176, 362, 363, 580, 795, 796-798, 919, 920, 1065, 1192, 1200
- Visita *in loco* 681, 921, 1003
- Vivienda 22, 98, 151, 358, 504, 534, 607-609, 616, 654, 665, 730, 825, 826, 831, 1047, 1053, 1087, 1138, 1145, 1146, 1198, 1199
- derecho a la ~ 825, 826

La Convención Americana sobre Derechos Humanos-CADH

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer tiene el honor de presentar la segunda edición del *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. La obra se mantiene como una herramienta accesible, práctica y vigente para conocer el alcance de los derechos de este instrumento regional: con valiosos análisis y reflexiones basados en jurisprudencia actualizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre cada artículo. También se encuentran opiniones académicas relevantes, referencias al sistema internacional de los derechos humanos, a las constituciones y la jurisprudencia constitucional nacional de la región que permiten un enfoque comparado y textos que contextualizan el contenido.

El *Comentario* reúne el esfuerzo conjunto de especialistas del derecho de todo el continente americano, quienes en esta segunda edición analizan los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH hasta junio de 2016. La obra de consulta busca ser un apoyo y facilitar la labor de operadores jurídicos, académicos, estudiantes, miembros de la sociedad civil, y de todos aquellos interesados en la aplicación del derecho de manera convencional. Esperamos que el *Comentario* continúe cumpliendo con su función, y que en los próximos años se alimente con una jurisprudencia mucho más especializada que dé muestra de una nueva y más eficiente etapa en la protección de los derechos humanos en el continente.

