



EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.
Número 9. octubre, 2015 – marzo, 2016

**NÚMERO MONOGRÁFICO SOBRE LOS 35 AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca 1

Estudios

La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales 3

Susana Borrás

Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 26

Emanuela Cardoso Onofre de Alencar

El deber de prevención en casos de violencia de género: desde “Campo Algodonero” hasta “Veliz Franco” 49

Alan Vogelfanger

Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos 67

Andrea Catalina Zota Bernal

Foro y ágora: Amnistías y sistema interamericano de protección de derechos humanos

El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Avances y retrocesos 86

Luz Ángela Arévalo Robles

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica 105

José Elías Esteve Moltó

El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistía 124

Yolanda Gamarra

Perspectivas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en justicia transicional y su aplicabilidad a las actuales negociaciones de paz en Colombia 147

Alejandro Gómez Velásquez

El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones a derechos humanos 161

Walter Fernando Pérez Niño, Laura Sofía Zambrano Salazar, Emerson Harvey Cepeda Rodríguez

Voces de Cultura de la legalidad

Asier Garrido: «Amnistía» 178

Natalia Torres Zúñiga: «Control de convencionalidad» 186

José María Sauca, Isabel Wences: «Derechos colectivos» 195

Macarena Iribarne: «Feminicidio» 205

Pablo Sánchez-Molina: «Margen de apreciación» 224

Jaime Gajardo: «Pueblos indígenas» 232

Gonzalo Candía: «Restitutio in integrum» 240

Helena Olea: «Migrantes (derechos de)» 249

Catherine Romero, Adriana Muro: «Derechos sexuales y reproductivos (discriminación en razón de)» 273

María Díaz Crego: «Diálogo judicial» 289

Releyendo a...

Theodore Roosevelt: Extracto del mensaje anual del presidente al Congreso de los Estados Unidos de América (6 de diciembre de 1904) y extracto del discurso sobre el Estado de la Unión (5 de diciembre de 1905) 300

Corolario de Theodore Roosevelt a la Doctrina Monroe: Estados Unidos, gendarme internacional

Javier Redondo Rodelas

Rincón de lecturas

Debatiendo: Transparencia y derecho de acceso a la información pública: análisis de la sentencia de la CIADH en el asunto Claude Reyes c. Chile (2005)

La posible (o no) conciliación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal, según la Sentencia "Claude Reyes contra Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Daniel Quesada 313

La influencia de la sentencia de la CIDH "Claude Reyes contra Chile" en la jurisprudencia del TEDH
Yolanda Fernández 321

Book fórum: Comentario a Felipe González Morales, *Sistema interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y desafíos*, 2013

Felipe González Morales (2013): "Sistema interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y desafíos"
Florabel Quispe 334

Felipe González Morales (2013): "Sistema interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y desafíos"
Carmen Pérez González 340

Respuesta a Florabel Quispe y Carmen Pérez González
Felipe González Morales 346

Recensiones

López Guerra, L. y Saiz Arnaiz, A. (2015), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*
Claudia I. Sánchez Ayala 352

Aguiar, Asdrúbal (2012), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia (1987-2012)*
Mónica Arenas Ramiro 357





Presentación

Entregamos puntualmente a nuestros lectores un nuevo número *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*. En esta ocasión lo hacemos con dos peculiaridades importantes. Por un lado, procedemos a readecuar su periodicidad semestral dentro de cada anualidad. De esta manera, aunque efectivamente seguimos publicando los números impares de la revista durante el mes de septiembre de cada año, en adelante computarán como publicados formalmente en los respectivos meses de octubre. Asimismo, la publicación de los números pares de la revista seguirá siendo verificada en los meses de marzo aunque formalmente se considerarán publicados en los respectivos meses de abril. De esta manera, la nueva periodicidad semestral de *Eunomia* corresponderá al semestre octubre-marzo, para los números impares y al semestre abril-septiembre, para los números pares. Con ello, mantenemos la regularidad conseguida desde la fundación de la revista y satisfacemos de manera estricta los requisitos de continuidad temporal promovidos por los procedimientos de indexación de revistas.

Por otra parte, el presente número 9 tiene un carácter íntegramente monográfico en cuanto a sus contenidos aunque mantiene fidedignamente la estructura ordinaria de la revista. El tema monográfico se refiere a las aportaciones que a la doctrina de la Cultura de la Legalidad ha realizado una institución de influencia determinante en el ámbito hispanohablante. Nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica. Esta institución ha cumplido recientemente treinta y cinco años de funcionamiento y esta circunstancia ha resultado determinante para diversas iniciativas académicas de notoria importancia. Entre ellas, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, bajo la coordinación de los profesores Pablo Santaolaya e Isabel Wences y la colaboración de la profesora Carmen Pérez -secretaria de *Eunomia*-, Sabrina Ragone y Jaime Gajardo, celebró las Jornadas Internacionales sobre 35 años de funcionamiento de la Corte IDH el pasado mes de marzo. De entre los resultados de la misma, se han seleccionado una serie de trabajos que se enmarcaban en la temática de la línea editorial de la revista y, en los casos que han superado el proceso de evaluación, se incorporan al presente número de *Eunomia*. Asimismo, se han incorporado otros trabajos de diferente y variado origen que complementan y completan esta entrega. De esta manera, presentamos un número monográfico que sirve de reconocimiento a las aportaciones realizadas por esta Institución en materia de Cultura de la Legalidad y lo afronta de la mejor manera en que la tarea académica puede actuar: sometiendo a examen riguroso y crítico sus sentencias.

La sección de *Estudios* recoge trabajos que versan sobre dimensiones especialmente avanzadas o novedosas de la actividad de la Corte. El trabajo de Susana Borrás aborda la cuestión de los derechos medioambientales y las aportaciones de Emanuela Cardozo, Alan Vogelfanger y Andrea Catalina Zota diversas perspectivas sobre la cuestión de las mujeres, con especial atención a las dimensiones de discriminación y violencia. La sección de *Foro y Ágora* asume un carácter monográfico dentro de la especialidad del número. Se trata del estudio de la actividad de la Corte en una materia sumamente relevante para una Cultura de la Legalidad: la doctrina elaborada por aquella en relación con la adecuación al Pacto de San José de las amnistías en casos de vulneraciones graves de los derechos humanos. Recoge las aportaciones de Luz Ángela Arévalo, José Elías Esteve, Yolanda Gamarra y Alejandro Gómez. Tanto la aproximación general a la cuestión como un especial énfasis en la situación colombiana se reparten en estas cuatro contribuciones.

La sección de *Voces en Cultura de la Legalidad* ha seleccionado algunas de las cuestiones en las que la aportación de la Corte ha resultado más relevante y trascendente respecto de la materia, pretendiendo ofrecer, por demás, un amplio espectro de aquéllas. De esta manera, se han seleccionado, por un lado, dimensiones institucionales como el control de convencionalidad, margen de apreciación, la *restitutio in integrum*, el diálogo judicial y la amnistía con, por otro lado, aproximaciones a derechos específicos como los de los migrantes, los pueblos indígenas, los sexuales y reproductivos, los de la mujer en

perspectiva de feminicidio y los derechos colectivos. Se han incorporado en esta sección las plumas de Gonzalo Candia, María Díaz, Jaime Gajardo, Asier Garrido, Macarena Iribarne, Helena Olea, Pablo Sánchez, Natalia Torres y Catherine Romero y Adriana Muro, y José M^a Sauca y M^a Isabel Wences.

El *Releyendo a...* recoge la traducción y análisis a cargo del profesor Javier Redondo de dos extractos de discursos del presidente Theodore Roosevelt al Congreso y sobre el Estado de la Unión de 1904 y 1905 respectivamente). En ellos se revitaliza la decimonónica doctrina Monroe y adquiere carta de naturaleza doctrinal una visión imperialista de los Estados Unidos de América sobre el conjunto del Continente. No parece difícil adivinar la sombra que esta dimensión política ha proyectado sobre la creación y funcionamiento de una de las instituciones americanas más importantes y a la que, significativamente, la potencia en cuestión no reconoce jurisdicción.

La sección del *Rincón de Lecturas* mantiene su subclasificación tripartita. En la primera, el *Debatiendo*, recoge los análisis críticos de los juristas Daniel Quesada y Yolanda Fernández sobre la sentencia de la Corte IDH, probablemente, más relevante en materia de transparencia y acceso a la información pública: el asunto Claude Reyes vs. Chile de 2005. La doctrina avanzada por la Corte en esta sentencia fue asumida por el Comité de Derechos Humanos y ha tenido una influencia determinante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la segunda, el *Book fórum*, con el análisis de las profesoras Florabel Quispe y Carmen Pérez a la reciente monografía del profesor Felipe González Morales titulada *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* y que, a su vez, son contestadas por el citado miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, en la tercera, *Recensiones*, incluyen las facilitadas por Claudia I. Sánchez y Mónica Arenas, respectivamente, sobre la amplia monografía editada por Luis López Guerra Alejandro Saiz Arnaiz de este año y el trabajo de Asdrúbal Aguiar.

En definitiva, hemos conseguido entregar, como señala la jerga forense, en tiempo y forma un nuevo número y hemos ensayado una fórmula novedosa de trabajo que esperamos resulte útil y, en alguna medida, original. Como siempre, esto sólo ha sido posible gracias a la desinteresada aportación de autores y evaluadores así como a los miembros de los comités científico, editorial y de redacción. Entre todos ellos, me permito concluir con un explícito reconocimiento de la revista a la labor desarrollada por su secretaria, la profesora Carmen Pérez González quien ha sido el verdadero motor eficiente que ha propulsado este número monográfico. Asimismo, agradecemos muy sinceramente a los profesores Isabel Wences, Sabrina Ragone y Jaime Gajardo sus contribuciones fundamentales a la edición del número en su conjunto así como, institucionalmente, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por habernos brindado la oportunidad de colaborar en esta ocasión.

José María Sauca
Director



La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales

Susana Borràs
Universidad Rovira y Virgili
susana.borras@urv.cat

Resumen

Los defensores ambientales son personas que, por su actividad de defensa del medio ambiente y denuncia de las injusticias ambientales, sufren hostigamientos, amenazas, persecuciones e inclusive asesinatos. Los defensores ambientales son defensores de los derechos humanos, personas que actúan individual o colectivamente para contribuir a la protección ambiental y defender los derechos humanos de las víctimas de la degradación del medio ambiente. Su situación en Latinoamérica es especialmente alarmante: es por este motivo importante analizar la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este ámbito, por una parte, por ser el primer tribunal en reconocer y proteger a los defensores ambientales contribuyendo a visibilizar su situación, y por otra, por defender de los grupos más vulnerables frente la degradación ambiental. El objetivo del presente artículo es analizar la jurisprudencia elaborada por la Corte en defensa de los defensores de derechos humanos en general y de los defensores ambientales, en particular.

Palabras clave

Defensores de derechos humanos, defensores ambientales, medio ambiente y derechos humanos, Corte Interamericana de Derecho Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

The contribution of the Inter-American Court of Human Rights to protect environmental defenders

Abstract

Environmental defenders are people, who, by their activity in defense of the environment and the reporting of environmental injustices, suffer harassment, threats, victimization and even murder. Environmental defenders are defenders of human rights, persons acting individually or collectively to contribute to environmental protection and defending human rights of victims of environmental degradation. Their situation is particularly alarming in Latin America: therefore is this important to analyze the work of the Inter-American Court of Human Rights in this field, first, as the first court to recognize and protect environmental defenders, contributing to visualize their situation, and secondly, to defend the most vulnerable groups against environmental degradation. The aim of this paper is to analyze the case law developed by the Court in defense of human rights defenders in general and environmental defenders, in particular.

Keywords

Human Rights Defenders, Environmental Defenders, Environment and Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: hacia una matriz conceptual para la gobernanza global", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español, para el período 2014-2016 (DER2013-44009-P).

1. Introducción: la situación de los defensores ambientales

La demanda mundial de recursos naturales, que se están agotando, ha provocado una mayor competencia entre las empresas multinacionales, que a menudo provoca daños sociales y ambientales irreparables y respuestas desmesuradas frente a quienes se oponen, como la criminalización de los defensores ambientales y de los derechos humanos.

Cuando se habla de las violaciones cometidas contra defensores ambientales se hace referencia a individuos o grupos, que son víctimas de violaciones a los derechos humanos debido a su actividad de defensa del medio ambiente, como la gente que se opone a los proyectos destructivos en el sector extractivo, de infraestructura y desarrollo; los derechos de las comunidades indígenas y de las minorías; los derechos de las mujeres, los comunicadores, los abogados y los académicos; o simplemente quienes defienden sus propios derechos a proteger su modo de vida sostenible. Los defensores ambientales son individuos que no necesariamente se identifican como activistas por la justicia ambiental, sino que mediante sus acciones están defendiendo la justicia ambiental o a los pueblos afectados por las injusticias ambientales, ya sea a nivel comunitario, nacional o internacional (Bellver Capella, 1996: 327-347; Agyeman, 2014: 188-204; Bullard, 2005: 108-124).

En el contexto latinoamericano, especialmente grave es la frecuencia de asesinatos y amenazas a los defensores ambientales, de la vulneración de los derechos de sus pueblos y la subsiguiente impunidad de los autores de estas graves violaciones, que en la mayoría de los casos, afectan a la protección del medio ambiente y de los derechos humanos más fundamentales (Wakild, 2013: 163 ss.)¹. Las violaciones de los derechos humanos de estos defensores ambientales, generalmente, tienen relación directa con sus actividades de reivindicación, defensa y protección de los territorios y los recursos naturales, la defensa del derecho a la autonomía y el derecho a la identidad cultural. Al enfrentarse a élites políticas económicas sumamente poderosas y cuestionar sus intenciones, estas personas corren graves riesgos, pero el peligro se ve acrecentado por la ausencia de instituciones estatales o la carencia de recursos de dichas instituciones en las zonas rurales y por la judicatura débil o sumisa que a menudo actúa a favor de los intereses políticos y económicos (Amnistía Internacional, 2001: 26)².

Este no es un problema limitado a una determinada actividad o a un país particular. Por el contrario, existe una creciente tendencia regional hacia la violencia en contra de defensores ambientales, básicamente promovida por la ausencia del Estado, en cuanto garante de los derechos de las personas, quien frecuentemente es corrompido o cooptado por intereses económicos.

El derecho de participación y el derecho de información en los temas ambientales constituyen dos pilares fundamentales para la actividad desarrollada por los defensores ambientales. Estas personas proporcionan información a la sociedad civil que emplaza al Estado a asumir su obligación de garante de los derechos. Los defensores ambientales también organizan a la comunidad para luchar por sus derechos y la justicia ambiental (Amigos de la Tierra, 2014; Manzini y Bigues, 2000: 59 ss).

¹ Véase también Orozco Henríquez (2012), Frontline Defenders (2012), CEDHA (2003) y Global Witness (2012; 2014a y 2014b).

² Véase también Amnistía Internacional (2003: 24) y Olagbaju y Mills (2004: 32-35).

Precisamente por estos motivos, los defensores ambientales han sido el blanco de la violencia porque se han enfrentado a los impactos ambientales de distintas actividades, en especial, los de la industria extractiva³. Estos impactos incluyen la contaminación de las aguas, el aire y los suelos, así como la relocalización forzada, la corrupción, y la prostitución y el alcoholismo. Queda en evidencia que los impactos sociales y ambientales afectan a derechos humanos fundamentales, como son el derecho a la vida y al hogar, el derecho al agua y a la comida, el derecho a la propiedad, y el derecho al consentimiento libre, previo e informado (Gleason, 2009: 267-299).

La omisión del propio Estado de investigar agresiones y crímenes cometidos a los defensores ambientales, facilita el camino a las empresas para continuar denostando y agrediendo a éstos y debilitar su rol defensor. Así, una práctica constante de las autoridades en materia ambiental es su mala fe respecto a los denunciantes, al no proporcionar la posibilidad del derecho de queja, favoreciendo a los inversionistas. En muchas ocasiones también la autoridad, en contra de la ley, no reconoce el derecho a impugnar y exigir la revocación de las concesiones y en consecuencia permite la violación a las normas ambientales. Otra tendencia de las autoridades es su falta de diligencia en las denuncias ambientales, argumentando no contar con presupuesto para ejecutar inspecciones. De manera que es recurrente, que los juicios se pierdan en razón de: la falta de personalidad de los afectados, menoscabo de pruebas o el simple retardo injustificado de las autoridades en la resolución del caso, provocando que los daños se causen y sea demasiado tarde la resolución. Aunado a ello, de darse una resolución a favor de los afectados, a menudo no hay autoridad que cumpla el fallo (Observatory for the Protection of Human Rights Defenders, 2014: 147). En consecuencia, el sistema judicial favorece la impunidad y se ha convertido en una instancia de encubrimiento de las violaciones a derechos humanos. No se investigan las denuncias, aun cuando se presentan pruebas. Y en casos de denuncias ambientales, fiscales y jueces que han intentado realizar su trabajo de manera correcta, son obstaculizados, trasladados y hasta removidos de sus cargos⁴.

Todos estos obstáculos parecen haber sido superados por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), el único tribunal internacional que ha reconocido la labor de estas personas y ha reparado las injusticias contra ellas. A través la intensa y reciente labor jurisprudencial, la Corte ha contribuido no sólo al reconocimiento y protección de los defensores ambientales, sino también a aminorar su estado de indefensión y de inseguridad personal y jurídica.

En este orden de ideas, el presente artículo expone, en primer lugar, la existencia de la relación innegable entre la protección al medio ambiente y el goce efectivo de los derechos humanos y como el trabajo de los defensores ambientales es clave para la promoción de los derechos humanos, en especial del derecho humano al medio ambiente, a pesar que su identificación, reconocimiento y protección, como se estudiará, no esté lo suficientemente desarrollada. A continuación, se analizará cuál es la situación en el ámbito regional latinoamericano y cuál ha sido la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reconocimiento y protección de los defensores ambientales, que como garantes de los derechos de las poblaciones que sufren las consecuencias de la degradación

³ Un estudio de la ONU en 2005 observó que la presencia de industrias de extracción ejerce presión en los derechos humanos, en particular en situaciones de gobiernos débiles y en donde las comunidades locales cuentan con los recursos de la tierra y el agua. Véase: Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (2005), también Agyeman (2002: 31-53).

⁴ Consultar Quintero (2001: 115 ss.) y Lynch, Sinclair, Kolasíńska e Ineichen (2011: 23 ss.).



ambiental, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y alto riesgo, en particular en el ámbito regional latinoamericano.

2. El reconocimiento y protección internacional de los defensores ambientales

El trabajo de defensores y defensoras ha sido recogido y garantizado en diferentes instrumentos adoptados por la comunidad internacional y que integran el denominado *corpus juris* de los derechos y libertades contenidos en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos. En algunos de estos instrumentos jurídicos internacionales se reconoce el derecho a un ambiente sano, directa o indirectamente, sin embargo ninguno aun que reconozca, expresamente, el derecho a defender el medio ambiente. En realidad, la falta de conciencia tanto de los organismos internacionales como de la sociedad civil organizada de que los activistas ambientales son defensores de derechos humanos agudiza seriamente su situación de indefensión.

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, adoptada por Naciones Unidas en diciembre de 1998, en el marco del 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece en su artículo 1 que *Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional* (Asamblea General de Naciones Unidas, 1998). Por lo tanto, toda persona que, de cualquier forma, promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional debe ser considerada como defensora de derechos de humanos, incluidos los defensores ambientales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006: pág. 13).

Algunas organizaciones u organismos internacionales de protección de los derechos humanos han adoptado definiciones operativas sobre lo que son los/las defensores y defensoras de derechos humanos, como Amnistía Internacional que se refiere a estas personas como aquéllas que (...) *a título individual o colectivo intentan promover y proteger la universalidad y la indivisibilidad de todos los derechos humanos* (Amnistía Internacional, 2013) y que están (...) *comprometidos con la realización del ideal que proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos de liberar a todas las personas del temor y la miseria*. (Amnistía Internacional, 1999: 9).

La Organización Mundial Contra la Tortura (2010) también ha definido a los defensores de los derechos humanos como: *Toda persona que corra el riesgo o que sea víctima de represalias, de hostigamiento o de violación de sus derechos a causa de su compromiso, de conformidad con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, individualmente o en asociación con un tercero, a favor de la promoción y de la puesta en marcha de derechos reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por los diferentes instrumentos internacionales*.

Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera que *Un defensor de los derechos humanos es toda persona que, individual o colectivamente, promueve y procura la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sea en el nivel nacional o en el internacional, sin importar su cargo, función o tarea que cumplan en la sociedad*

(Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002: 11).

Incluso, desde la misma Unión Europea también se concibe a los defensores de los derechos humanos como *aquellos individuos, grupos y organismos de la sociedad que promueven y protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. Los defensores de los derechos humanos persiguen la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos, así como la promoción, la protección y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Los defensores de los derechos humanos promueven y protegen asimismo los derechos de los miembros de grupos tales como las comunidades indígenas. La definición no incluye a los individuos o grupos que cometan actos violentos o propaguen la violencia.* (Consejo de la Unión Europea, 2004).⁵

En este sentido, parece observarse cierta convergencia sobre de lo que debe entenderse como defensor/a de los derechos humanos. Este consenso se amplía a la situación de vulnerabilidad a la que se enfrentan los defensores y defensoras de derechos humanos, que en muchas ocasiones, es decir al riesgo tanto para los individuos como para los grupos que los conforman, de ser víctimas de criminalización de su protesta, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones sumarias, entre otras, tanto por funcionarios o agentes del Estado así como por instituciones o personas privadas que actúan con permiso o aprobación del propio Estado.

El concepto de defensor/a ambiental parece ciertamente novedoso y no está lo suficientemente definido, si bien comparte el concepto y muchas de las realidades de los defensores de derechos humanos. En todo caso, los defensores ambientales cumplen una trascendental función social, ya que proteger el medio ambiente conlleva también avanzar en la protección de los derechos humanos.

Precisamente, la relación entre protección ambiental y protección de los derechos humanos, que defienden los defensores ambientales, ha sido expresamente reconocida por la reflexión de la señora Hina Jilani, Representante Especial de Naciones Unidas para los Defensores de Derechos Humanos, según la cual el término defensores derechos humanos no está restringido exclusivamente a aquellos que promueven y protegen los derechos civiles y políticos. Es decir, según Jilani, se reconocen como defensores de derechos humanos a aquéllos que luchan por la promoción, protección, e implementación de los derechos sociales económicos y culturales. En consecuencia, aquéllos que defienden el derecho a un medio ambiente sano, o que promueven los derechos de los pueblos indígenas se encuentran sin duda alguna dentro de la definición de defensores de derechos humanos (Organización de Naciones Unidas, 2004 y Ruiz, 2000). Además, cualquier actividad pacífica por parte de los defensores destinada a señalar que el Estado no ha creado las condiciones sociales, económicas y políticas requeridas para que las personas puedan disfrutar en la práctica de todos sus derechos y libertades es legítima y está comprendida en el ámbito de la protección que concede la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos (Asamblea General de

⁵ Véase también las Directrices de la Unión Europea para la protección de los defensores de los derechos humanos, adoptadas en junio de 2004 y revisadas en 2008, y las Directrices de la Unión Europea en materia de diálogo sobre derechos humanos, adoptadas el 13 de diciembre de 2001 y revisadas en 2009.

Naciones Unidas, 1999), adoptada por las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998⁶.

En el marco de las Naciones Unidas "defensor de los derechos humanos" es un término usado para describir a las personas que, individual o con otros, actúan para promover o proteger los derechos humanos. Estos incluyen todo tipo de derechos, incluyendo los derechos a la salud y la alimentación, o los derechos a la tierra y los recursos naturales, por lo que los defensores del medio ambiente son un subgrupo específico de los defensores de los derechos humanos en general (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2004: 3).

Entre diciembre de 2006 y mayo de 2011, se enviaron un total de 106 comunicaciones, en las que se denunciaban presuntas violaciones contra defensores y activistas, que trabajan en cuestiones de la tierra y medioambientales. De acuerdo con la información recibida, este grupo es bien heterogéneo. Incluye defensores llevan a cabo una amplia gama de actividades relacionadas con la tierra y el medio ambiente los derechos, incluidos los que trabajan en temas relacionados con las industrias extractivas y proyectos de construcción y desarrollo; los que trabajan por los derechos de las comunidades indígenas y de las minorías; las defensoras de derechos humanos; y periodistas" (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011: pár. 64).

Los defensores ambientales sufren la violación de sus derechos más fundamentales, como consecuencia de la existencia de una degradación ambiental previa. La mayoría de los casos, por lo tanto, están relacionados con la degradación ambiental del hábitat de comunidades indígenas y/o pobres. Estos defensores del medio ambiente no siempre corresponden a "activistas" o a miembros de organizaciones en defensa del medio ambiente, sino que muy frecuentemente son personas, que simplemente se enfrentan a decisiones importantes que afectan su medio ambiente, o pueblos indígenas cuyo uso tradicional de sus tierras es amenazado (CEDHU, Acción Ecológica, 2010: 23).

En este sentido, la indefensión de las víctimas de degradación ambiental como víctimas de violaciones de derechos humanos provoca que sean principalmente los defensores ambientales quienes intentan defender los grupos más vulnerables⁷. De ahí que los abusos de derechos humanos de defensores ambientales están ocurriendo como consecuencia adicional de la violación de otros derechos humanos representados por estos activistas.

Las empresas nacionales y multinacionales, especialmente las dedicadas a la industria extractiva, son las que principalmente han cargado el estigma a los defensores ambientales, con la complicidad de las autoridades estatales, quienes enjuician a los defensores, atribuyéndoles cargos civiles y penales injustificados, con la pretensión de detener la protesta social y que el movimiento ambientalista se enfoque en la excarcelación de sus líderes (Naciones Unidas, 2010).

Así los defensores ambientales se encuentran en una situación particular de doble vulnerabilidad: por enfrentarse a los intereses del propio Estado y a poderosos grupos económicos, que en la mayoría de los casos presupone la connivencia con el Estado.

⁶ Consultar: Asamblea General de Naciones Unidas (2007: párs. 27-30).

⁷ Consultar: Trujillo Orbe (2010: 16 ss.).

3. El derecho a defender el derecho humano al medio ambiente en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos humanos

La importancia de proteger y defender a los defensores ambientales radica en la función que desempeñan en la protección no sólo del medio ambiente, sino también de las personas y sus derechos, y muy especialmente, sobre su derecho a disfrutar un medio ambiente sano, como condición fundamental para la realización de los demás derechos y libertades fundamentales (Gleason, 2009: 270 ss. y Sachs, 1996: 5-9).

Al margen de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho humano a un medio ambiente sano⁸, es importante hacer referencia al reconocimiento de este derecho en el ámbito regional latinoamericano, con el fin de analizar la contribución de la Corte IDH en la protección y defensa de los defensores ambientales. Así, si bien la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que se adoptó en 1969 y que entró en vigor en 1978⁹, no contempló inicialmente la relación entre medio ambiente y derechos humanos, el artículo 26 de la Convención exige que los Estados Partes desarrollen medidas en forma progresiva con el fin de *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...* La ampliación de tales derechos se logró con la adopción –en 1988– del Protocolo adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como Protocolo Adicional de San Salvador al Convenio Americano sobre Derechos Humanos en el área de los derechos económicos, sociales y culturales de 1969, de 17 de noviembre de 1988¹⁰, cuyo artículo 11.1 dispone el derecho de todos a vivir en un ambiente saludable¹¹, para lo cual los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejora del medio ambiente (art. 11.2)¹². El Protocolo no incluye, sin embargo, el derecho a un medio ambiente sano entre los derechos justiciables ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión o CIDH) y la Corte Interamericana.

⁸ A nivel internacional, si bien el reconocimiento del derecho a un medio ambiente adecuado no ha sido reconocido de forma expresa, se ha entendido comprendido en otros derechos humanos, como por ejemplo, a través del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se reconoce el derecho de todas las personas a un adecuado nivel de vida y a una mejora continua de las condiciones de vida; o el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando se hace referencia al derecho universal a la vida.

⁹ Se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica, entre el 7 al 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 [suscrita en el mes de noviembre de 1969] [en adelante Convención Americana].

¹⁰ Se trata del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 11, de 17 de noviembre de 1988, O.A.S.T.S. No. 69, 28 I.L.M. 161, inciso 63.

¹¹ El artículo 11 del Protocolo de San Salvador Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales establece: *Derecho a un Medio Ambiente Sano: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.* Este artículo no ha sido objeto de ninguna reserva. Este Protocolo entró en vigor el 16 de noviembre del 1999 y en marzo del 2000 contaba sólo con 18 Estados Parte, sin contar con la participación de Estados Unidos que no ha firmado el Protocolo. Los Estados que, en marzo del 2000, habían depositado el instrumento de ratificación eran: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay. Y los Estados firmantes eran: Argentina, Bolivia, República Dominicana, Guatemala, Haití, Nicaragua y Venezuela.

¹² Esta obligación de los Estados a adoptar las medidas necesarias para la realización de los derechos contenidos en el Protocolo se encuentra limitada por lo dispuesto en el artículo 1, en el que se establece que se tendrán en cuenta los recursos disponibles y el grado de desarrollo.



Posteriormente, en el marco de la Conferencia Hemisférica sobre Desarrollo Sostenible¹³, celebrada por la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), se adoptó la Declaración de Santa Cruz (Organización de Estados Americanos, 1996), un documento no vinculante que reafirma los objetivos establecidos tanto en la Declaración de Río como en la Agenda 21, específicamente, pone especial énfasis en el Principio I de la Declaración. Adicionalmente, declaraciones como la Carta Democrática Interamericana (2001) tratan los intereses ambientales como aspectos esenciales para el desarrollo integral.

Desde 2001, la Asamblea General de la OEA ha destacado la importancia de estudiar la relación que pueda existir entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno disfrute de todos los derechos humanos. Con dicha finalidad, solicitó a la Secretaría General que, en colaboración con otros órganos del sistema interamericano, preparara un estudio sobre la posible interrelación entre la protección ambiental y el pleno goce de los derechos humanos¹⁴. Precisamente, el reconocimiento de la vinculación entre los ámbitos de los derechos humanos y el medio ambiente se produce, por primera vez en el ámbito regional interamericano por medio de la Resolución AG/RES. 1819, aprobada por la Asamblea General de OEA en el año 2001¹⁵, relativa a los “Derechos humanos y medio ambiente”, en la que se destaca la importancia de estudiar el vínculo que puede existir entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de todos los derechos humanos. Al año siguiente, en la Resolución AG/RES. 1896 (XXXII-O/02)¹⁶, se refuerza la tímida terminología de la AG/RES. 1819 y se reconoce explícitamente el vínculo protección del medio ambiente y derechos humanos, por cuanto la Asamblea específicamente establece que alentará *la colaboración institucional en materia de derechos humanos y medio ambiente en el ámbito de la Organización, particularmente entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Unidad de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente*¹⁷.

En su período ordinario de sesiones, celebrado en 2003, en Santiago de Chile, la Asamblea General adoptó la Resolución AG/RES. 1926, de 10 de junio, conocida como “Declaración de Derechos humanos y medio ambiente”¹⁸ y por medio de la cual se continuó alentando la cooperación institucional en la esfera de los derechos humanos y el medio ambiente con otras organizaciones multilaterales, como las Naciones Unidas, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, así como al interior de la Secretaría General. Esta Resolución encomienda a la Secretaría General que mantenga un diálogo permanente con los Estados miembros y organizaciones de la sociedad civil sobre el tema. También promueve la cooperación entre las instituciones de derechos humanos y las

¹³ Celebrada en Bolivia, el 7 y 8 de diciembre de 1996. En esta Conferencia asistieron 34 estados miembros, incluyendo Estados Unidos, además de Brasil, Argentina, México y Canadá. Véase: Organización de Estados Americanos (1997: 1).

¹⁴ Véase: Resoluciones de la Asamblea General AG/RES. 1819 (2001), 1896 (2002) y 1926 (2003). También Martín Quintana y Eguren Fernández (2009: 1).

¹⁵ Se trata de la Resolución AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), “Derechos humanos y medio ambiente”, aprobada en la tercera sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2001.

¹⁶ Se trata de la Resolución AG/RES. 1896 (XXXII-O/02), “Derechos humanos y medio ambiente”, adoptada en el Trigésimo segundo período ordinario de sesiones Bridgetown, Barbados, del 2 al 4 de junio de 2002.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Consultar: Organización de Estados Americanos – Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (2003), el informe fue elaborado de conformidad con el mandato del párrafo resolutivo 4 de la Resolución AG/RES. 1926 (XXXIII-O/03).

instituciones ambientales de la OEA, esto es, la Comisión Interamericana de Derechos humanos y la Unidad de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, respectivamente. Finalmente, también se solicita un informe sobre la situación ambiental dentro de los Estados miembros de la OEA, a ser elaborado por el Secretario General para la Asamblea General.

Finalmente, la OEA, al igual que Naciones Unidas, ha trabajado durante muchos años en la redacción de una Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que actualmente incluye el Artículo XVIII, que analiza la protección de un medio ambiente sano. Si bien todavía no hay bastante consenso sobre aspectos esenciales de este artículo, este proyecto de Declaración analiza una amplia gama de derechos para los pueblos indígenas que abarcan desde, por ejemplo, el derecho a contar con un medio ambiente seguro y sano, la gestión sostenible de la tierra, la participación efectiva en actividades que afecten sus tierras, la prohibición estatal de la existencia de materiales peligrosos en tierras indígenas hasta la creación de sus propias áreas de protección (Organización de Estados Americanos – Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, 2007).

Desde la primera resolución de la Asamblea General sobre este tema en 2001, los Estados miembros han venido realizando esfuerzos para enfocar su atención sobre el estudio de los posibles vínculos entre los derechos humanos y el medio ambiente. En efecto, la mayoría de Estados miembros de la OEA, proporcionan garantías constitucionales por un ambiente seguro o saludable, y estas garantías están reflejadas en la legislación y jurisprudencia a través de la región¹⁹.

A pesar que, como ya se ha mencionado, el derecho a un medio ambiente sano no se encuentra entre los derechos justiciables ante la Comisión y la Corte IDH, no ha sido un obstáculo para que los defensores ambientales puedan promover la defensa de los derechos humanos a través de la protección del derecho a un medio ambiente sano. Además, más allá de su reconocimiento formal y justiciabilidad, la Comisión y la Corte IDH han interiorizado la protección efectiva del medio ambiente a través de los demás derechos humanos para procurar, precisamente, la protección de los defensores ambientales²⁰.

4. La protección de los defensores ambientales en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos

En el ámbito del sistema interamericano, como ya se ha mencionado anteriormente, el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, reconoce expresamente el derecho de toda persona a *vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*²¹. En este sentido, la Comisión ha observado con especial atención la persecución contra

¹⁹ Hay 109 constituciones nacionales que hacen mención de la protección del medio ambiente y los recursos naturales; 53 de éstas prevén el derecho a un ambiente saludable. Ver Boyd (2012: 153 ss.).

²⁰ Consultar: Borràs (2013: 291 ss.); también, Olagbaju y Mills (2004: 32-35).

²¹ A pesar de que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no incluyen referencias expresas a la protección del medio ambiente, la CIDH ha señalado que varios derechos de rango fundamental requieren como precondition necesaria para su ejercicio la existencia de un medio ambiente sano, y se ven afectados profundamente por la degradación de los recursos naturales. La Comisión ha entendido que tanto la Declaración como la Convención Americanas reflejan una preocupación prioritaria por la preservación de la salud y el bienestar del individuo, bienes jurídicos protegidos por la interrelación entre los derechos a la vida, la seguridad de la persona, la integridad física, psíquica y moral, y en esa medida refieren al derecho a un medio ambiente sano. Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009: párs. 190 y 191).



los defensores ambientales, especialmente en lo que se refiere al vínculo existente entre el medio ambiente, los defensores y defensoras y los derechos humanos²². Asimismo, se ha pronunciado sobre diversas peticiones²³ y solicitudes de medidas cautelares²⁴ enfocadas en la protección de defensoras y defensores que procuran un medio ambiente sano.

Ya en su Informe Anual del año 1998, la Comisión destacó la importancia ética del trabajo y actividades de los defensores y defensoras, quienes llevan adelante la promoción y defensa de los derechos humanos. Dicho informe contiene recomendaciones hacia los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el sentido de que se tomen todas las medidas necesarias para la protección de la integridad física de defensores y defensoras de derechos humanos y propiciar las condiciones para que desarrollen su labor²⁵.

Dichas recomendaciones dieron lugar a que la Asamblea General de la OEA adoptara la Resolución 1671, denominada “Defensores de Derechos Humanos en las Américas”. En ella, los Estados de la OEA expresan su intención de difundir la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos aprobada por la ONU. En concreto, acuerdan: *Reconocer y respaldar la tarea que desarrollan los Defensores de los Derechos Humanos y su valiosa contribución para la promoción, el respeto y protección de los derechos y libertades fundamentales en las Américas*

²² CIDH, Informe No. 69/04 (admisibilidad), Petición 504/03, Comunidad de San Mateo Huanchor y sus miembros, Perú, 15 de octubre de 2004; Informe No. 76/09 (admisibilidad), Petición 1473-06, Comunidad de La Oroya, Perú, 5 de agosto de 2009. Consultar: Olagbaju y Mills (2004: 32-35).

²³ CIDH, Informe No. 11/04 (admisibilidad), Petición 735/01, Teodoro García Cabrera y Rodolfo Montiel Flores, México, 27 de febrero de 2004; Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel Flores vs. México, 24 de junio de 2009; Informe 67/05 (Admisibilidad), Petición 61/03 Blanca Jeanette Kawas Fernández, Honduras, 13 de octubre de 2005; Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Blanca Jeanette Kawas Fernández vs. Honduras, 4 de febrero de 2008; Informe No. 63/04 (admisibilidad), Petición 60/2003, Carlos Antonio Luna, Honduras, 13 de octubre de 2004; Informe No. 58/06 (admisibilidad), Petición 1083/05, Erwin Haroldo Ochoa López y Julio Armando Vásquez Ramírez, Guatemala, 20 de julio de 2006; Informe No. 80/07 (fondo), Caso 11.658, Martín Pelicó Coxic, Guatemala. Véase también: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011, p. 220).

²⁴ Por ejemplo: MC 240/09 – Mauricio Meza, Colombia; MC 239/09 – Héctor Antonio García Berríos y otros, El Salvador; MC 196/09 - Ampliación de Medidas Cautelares, Honduras - Andrés Tamayo.

²⁵ Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1998), especialmente las recomendaciones del Capítulo II. “Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recomendación 4. La Comisión recomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para proteger la integridad física de los defensores de los derechos humanos y propiciar las condiciones para que desarrollen su labor. La Comisión no puede dejar de destacar 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 muchos de ellos se encuentran afiliados. Se trata de personas e instituciones que como parte de la sociedad civil, cumplen un papel crucial en el proceso de control de las instituciones democráticas. Las Naciones Unidas, consciente de la importancia de esta labor, han aprobado la “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.” Este instrumento dispone que toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el plano tanto nacional como internacional. A esos efectos, las personas tienen derecho a reunirse pacíficamente, formar organizaciones no gubernamentales y participar en ellas, así como a formular denuncias relativas a las políticas o los actos de los agentes del Estado en relación con violaciones de los derechos humanos. Periódicamente, la Comisión toma conocimiento de actos de amedrentamiento y atentados, muchas veces fatales, perpetrados contra personas y organizaciones que llevan adelante esta tarea en los Estados miembros. Lamentablemente, durante 1998 estos actos han tenido como víctimas a personas de destacada labor en defensa de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional. Consecuentemente, la Comisión recomienda a los Estados miembros que promuevan los principios establecidos en la Declaración aprobada por los órganos de las Naciones Unidas y tomen las medidas necesarias para que se respete la libertad de expresión de quienes han asumido la tarea de trabajar para el respeto de los derechos fundamentales, y para que se proteja su vida e integridad personal.”

(Organización de Estados Americanos, 1999). La resolución pide a los Estados miembros que otorguen a los defensores de los derechos humanos las garantías y facilidades necesarias a fin de seguir ejerciendo libremente sus tareas de promoción y protección de los derechos humanos, así como que adopten las medidas necesarias para garantizar la vida, la libertad e integridad de los mismos²⁶.

En el año 2001, la Asamblea General solicitó a la Comisión que considerara la elaboración de un estudio sobre la materia y en diciembre de ese mismo año, la Secretaría Ejecutiva estableció una Unidad de defensores y defensoras de Derechos Humanos, con el fin de dar seguimiento a la situación de defensores y defensoras en la región americana²⁷. En junio de 2003, la Asamblea General de la OEA, aprobó una nueva resolución sobre derechos humanos y medio ambiente, en la que se hace hincapié en la importancia de *promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de los derechos humanos (...) y la importancia de la sociedad civil en la defensa de los derechos humanos y el medio ambiente*. (Organización de Estados Americanos, 2003).

El 25 de octubre de 2010 se celebró una audiencia general ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de defensores y defensoras del medio ambiente en mesoamérica²⁸, con el fin de denunciar el patrón de violencia en contra de las defensoras y los defensores ambientales en el ámbito minero en México y Centroamérica. Defensores ambientales de México, Guatemala, Honduras, El Salvador, y Panamá denuncian la violencia contra los defensores ambientales en el ámbito minero, por dos razones: primero, en el ámbito minero se han verificado asesinatos, secuestros, torturas, detenciones arbitrarias, y daños a la propiedad privada de defensores ambientales; segundo, los países de la región no cuentan con medidas legislativas adecuadas para asegurar el efectivo goce de los derechos humanos afectados por la industria minera. Por ejemplo, no ha habido procesos encaminados a obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades. Asimismo, la fiscalización y monitoreo ambiental, que son esenciales para garantizar el ejercicio de los derechos, es sumamente débil o incluso no existente. Además, no existen mecanismos efectivos para prevenir la contaminación ambiental y para asegurar la distribución equitativa de beneficios (INTERNATIONAL LAND COALITION (ILC), 2012).

Un año después, durante el 141º período de sesiones celebrado en marzo de 2011, la CIDH decidió crear una Relatoría sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos, en consideración de las denuncias recibidas y en busca de dar mayor visibilidad a la importancia del rol de las defensoras y los defensores y a los operadores de justicia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Relatoría sobre Defensoras y Defensores, 2011).

En este contexto, la Comisión observa que el rol que defensoras y defensores cumplen es esencial para garantizar el equilibrio entre la protección ambiental y el desarrollo de los países de la región, así como garantizar el goce de derechos como la vida e integridad personal de los seres humanos ante la exposición a agentes contaminantes que, provenientes de diversas fuentes, pueden afectar la calidad del aire, agua, suelo y subsuelo y perjudicar el goce de los derechos humanos. Según informaciones de la misma Comisión, los asesinatos y

²⁶ Consultar Tainana (1998: 15-34).

²⁷ Sobre esta cuestión, Wakild (2013: 163–176).

²⁸ Se llevó a cabo Audiencia General en el 140º en el Período Ordinario de Sesiones de la CIDH, el 25 de octubre de 2010, bajo el título “Situación de defensores y defensoras del medio ambiente en Mesoamérica”. Véase: Centro para el Desarrollo Internacional Ambiental (2010) y también Cárdenas Reyes, Jaramillo Mora y Nasimba Loachamín (2011: 1-90).



otras violaciones sufridas por las defensoras y defensores ambientales demuestran una tendencia regional en el contexto de la industria extractiva, la cual, no se limita tan sólo a la minería, sino que se extiende también a otros ámbitos como el de explotación maderera de los bosques.

En este sentido, la Comisión ha recibido información que indica que en Brasil cuando menos 125 activistas y líderes campesinos estarían amenazados de muerte y en tan sólo cinco días (24 al 28 de mayo de 2011) perdieron la vida 4 personas relacionadas con actividades de defensa del medio ambiente (Comissão Pastoral da Terra, 2011). En El Salvador tan sólo entre junio y diciembre de 2009 tres defensores que se oponían a las industrias mineras fueron asesinados²⁹ y uno más fue asesinado en 2011³⁰. En Guatemala, 4 defensores que procuran un medio ambiente sano habrían perdido la vida en tan sólo un mes (enero a febrero de 2010)³¹. En México, durante el período de 2006 a 2012, habrían sido asesinados cuando menos 12 personas, que incluyen tanto funcionarios públicos como personas civiles, defensoras del derecho al medio ambiente³².

En base a la información recibida, la Comisión ha tramitado denuncias de violaciones a los derechos humanos de líderes de comunidades en varios países de la región y ha solicitado a la Corte IDH la protección de líderes amenazados³³. De manera que, junto al esfuerzo de establecer un marco jurídico e institucional para la protección de los derechos humanos y el ambiente en el sistema interamericano, el papel de la Corte IDH haya sido fundamental para el reconocimiento y protección de los defensores de derechos humanos, en general y de los defensores ambientales, en particular, tal y como a continuación se procede a analizar (Greyl y Minguet, 2014: 60 ss.).

5. La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la defensa de los defensores ambientales

En efecto, la Corte IDH ha desarrollado un papel fundamental en la protección de los defensores ambientales, contribuyendo a la defensa de sus derechos y a la protección de las personas que éstos defienden³⁴. A través de los diferentes casos contenciosos resueltos por la Corte, se evidencia, por una parte, la situación de vulnerabilidad y la desprotección de estas personas sufren en su labor de proteger los derechos humanos y el medio ambiente; y, por otra, las decisiones de la Corte IDH abre un atisbo de esperanza en la prevención, sino remediación de la situación de peligro a la que se enfrentan por su defensa del medio ambiente y de los derechos humanos³⁵.

²⁹ Marcelo Rivera Moreno, de 37 años, miembro de la Asociación Amigos de San Isidro Cabañas (ASIC) activista contra las operaciones de la mina El Dorado; Ramiro Rivera Gómez de 53 años, del Comité Ambiental de Cabañas (CAC); Dora Alicia Sorto, de 32 años, y también integrante del CAC. Véase: Agencia Prensa Rural (2010).

³⁰ Véase CIDH – Prensa (2011). Puede accederse a la audiencia de la CIDH celebrada durante el 140º período ordinario de sesiones, el 25 de octubre de 2010, en el enlace: <http://www.cidh.org/audiencias/140/8.mp3>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.

³¹ Disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a7573.pdf (fecha de consulta: 23 de septiembre de 2014).

³² Consultar Amnistía Internacional (2014).

³³ Corte IDH, Caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Medidas provisionales, Resolución de 6 de marzo de 2003.

³⁴ Consultar: Burgorgue-Larsen y Úbeda Torres (2011: 630 ss).

³⁵ Consultar: McChesney (1995: 39-57). Al respecto son bastante interesante las guías de protección elaboradas por diferentes organizaciones intergubernamentales con el fin de proteger a los defensores y defensoras ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos: AIDA (2008) y Eguren (2005).

La primera línea jurisprudencial de protección de los defensores ambientales: el Caso de Kawas Fernández c. Honduras

Uno de los casos más importantes fue el presentado el 4 de febrero de 2008, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana. La Comisión sometió a la Corte una demanda en contra de la República de Honduras, la cual se basó en la denuncia presentada el 13 de enero de 2003 por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y el Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús en Honduras (FIDH, 2010).

El caso se fundamenta en el asesinato de Blanca Jeannette Kawas Fernández, presidenta de la Fundación para la Protección de Lancetilla, Punta Sal, Punta Izopo y Texiguat (en adelante “PROLANSATE”), organización creada con el objeto de mejorar la calidad de vida de los pobladores de las cuencas hidrográficas de la Bahía de Tela, (Departamento de Atlántida, Honduras). En razón de su condición, la señora Kawas denunció entre otras cosas, los intentos de personas y entidades privadas de apoderarse ilegalmente de la Península de Punta Sal, la contaminación de las lagunas y la degradación de los bosques de la región. Tras su muerte se constataron graves omisiones, que demostraron que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia, puesto que no adoptaron todas las medidas que eran necesarias para impulsar una investigación que pudiera llegar a un resultado concreto. Como consecuencia del incumplimiento estatal de sus deberes, se ha negado el derecho de los familiares de la víctima a conocer la verdad sobre lo sucedido y a que se reparen los daños y perjuicios sufridos.

Tras considerar la información aportada por las partes con posterioridad a la adopción del Informe de Fondo³⁶, y ante *la falta de avances sustantivos en el efectivo cumplimiento de [sus recomendaciones]*, la Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte³⁷. La Comisión alegó que *los efectos causados por la impunidad del caso y la falta de adopción de medidas que eviten la repetición de los hechos ha alimentado un contexto de impunidad de los actos de violencia cometidos en contra de las defensoras y defensores de derechos humanos y del medio ambiente y los recursos naturales en Honduras*³⁸. En este sentido, señaló que *el caso refleja la situación de los defensores del medio ambiente y los recursos naturales en Honduras, los ataques en contra de tales personas, y los obstáculos en la investigación de los actos de hostigamiento y persecución*. Asimismo, la Comisión consideró que *no existe mérito independiente para declarar responsabilidad estatal respecto de las alegadas violaciones al [derecho a la integridad personal] artículo 5 de la Convención Americana*. Consecuentemente, solicitó a la Corte que declarase la responsabilidad internacional del Estado por la violación de todas estas disposiciones³⁹.

Los representantes de la víctima presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, en los términos del artículo 23 del Reglamento. En dicho escrito alegaron que Blanca Jeannette Kawas fue una destacada defensora

³⁶ El 13 de octubre de 2005 la Comisión aprobó el Informe No. 67/05, mediante el cual declaró admisible la petición. En este Informe de Admisibilidad, la Comisión decidió declarar admisible la petición No. 61/03 en relación con la presunta violación de los artículos 4, 8 y 25, en concordancia con el artículo 1.1, de la Convención Americana (expediente de anexos a la demanda, apéndice 2, folio 683, párr. 45).

³⁷ Posteriormente, el 20 de julio de 2006 la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 63/06, en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Véase Informe de Fondo No. 63/06, expediente de anexos a la demanda, apéndice 1, folio 672, párr. 118.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*



ambientalista hondureña que promovió la protección de los recursos naturales en su país, principalmente en Tela, zona ubicada en la costa atlántica de Honduras y que, en esa condición, fue asesinada el 6 de febrero de 1995. Los representantes reiteraron que la muerte de la señora Kawas Fernández reviste un especial simbolismo, pues es la primera persona asesinada en Honduras por defender los recursos naturales y el ambiente. Tras su ejecución, y por la impunidad que la caracterizó, se sucedieron una serie de asesinatos contra otros defensores ambientalistas en Honduras.

Así, los representantes solicitaron a la Corte la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Blanca Jeannette Kawas Fernández, *por la [supuesta] participación de agentes estatales en ordenar, planificar y ejecutar su asesinato y por la falta de una investigación efectiva de su muerte*; de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Blanca Jeannette Kawas Fernández y de *sus familiares, por no haber realizado una investigación seria y efectiva tendiente al procesamiento y sanción de los responsables de la violación del derecho a la vida de Jeannette Kawas*; del artículo 16 (Libertad de Asociación) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Blanca Jeannette Kawas Fernández, *porque la ejecución de la señora Kawas se debió al ejercicio de su derecho a la libertad de asociación*, y del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los *familiares* de Blanca Jeannette Kawas Fernández, *por el sufrimiento causado a raíz de su ejecución y la falta de investigación efectiva*.

La Corte IDH emitió Sentencia el 3 de abril de 2009⁴⁰ y concluyó que el Estado era responsable por la violación del artículo 4 de la Convención Americana (Derecho a la Vida), en concordancia con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Blanca Jeannette Kawas Fernández; y de los derechos reconocidos en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conjunción con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los familiares de la señora Kawas Fernández.

Este caso es muy relevante, ya que la Corte se pronunció, por primera vez, sobre la importancia del medio ambiente para el ejercicio de otros derechos y, por lo tanto, de la especial protección que merecen los defensores y defensoras del medio ambiente. Al respecto, la Corte señala el deber especial de protección que incumbe al Estado cuando se trata de personas que asumen la defensa de derechos humanos y considera que la violación del deber de garantía, en el que se ha vulnerado el derecho a la vida, contraría la protección general de quienes dedican su vida y su trabajo a la preservación del ambiente, servicio que va mucho allá del derecho particular de alguno o algunos, ya que concierne e interesa a todos. La posición de la Corte es la de otorgar especial protección a quienes asumen la defensa de los derechos humanos, entre ellos, la defensa del medio ambiente. En este sentido, en este caso se reconoce que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos⁴¹,

⁴⁰ Consultar: Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Kawas Fernández vs. Honduras Sentencia de 3 de Abril de 2009, (Fondo, Reparaciones y Costas). Sobre el caso ver Tanner (2011: 309-326).

⁴¹ Caso de Kawas Fernández c. Honduras, Fondo, reparaciones y costos, Corte IDH, Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párrafo 148. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf. Revisado el 15 de septiembre de 2015).

considerando a los defensores ambientales dentro de la categoría de defensoras y defensores de los derechos humanos. De hecho el trabajo de los defensores ambientales los expone a violaciones de derechos humanos, así se refiere la Corte IDH cuando afirma que *El reconocimiento del trabajo realizado por la defensa del medio ambiente y su relación con los derechos humanos cobra mayor vigencia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor.*⁴²

La sentencia emitida por la Corte, a modo de reparación, condena al Estado de Honduras por concepto de indemnización a los representantes por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del fallo. Asimismo, se determina la necesidad de que el Estado concluya los procedimientos penales, o inicie los correspondientes, por los hechos que generaron las violaciones del presente caso y resolverlos en los términos que la ley prevea y dentro de un plazo razonable. Establece la obligación de Estados a prestar asistencia psicológica a los familiares de la señora Kawas y en el plazo de dos años, debe ejecutar una campaña nacional de concienciación y sensibilización sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente en Honduras y de sus contribuciones en la defensa de los derechos humanos. Y, finalmente, determina que el Estado debe realizar, en un plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.

Posteriores desarrollos jurisprudenciales: asentando el precedente de protección de los defensores ambientales

Otro caso interesante es el Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores (Caso 12.449) contra los Estados Unidos Mexicanos⁴³. Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores crearon en el año 1998, junto con otros campesinos, la Asociación Civil Organización de Campesinos Ecologistas de la Sierra de Petatlán y Coyuca de Catalán (OCESP), para detener las operaciones de tala en los bosques de las montañas de Guerrero, que, en su opinión, amenazaban el medio ambiente y el sustento de las comunidades campesinas locales. Ambos fueron víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del ejército mexicano; su falta de presentación sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales, que controlara la legalidad de la detención; las irregularidades acaecidas en el curso del proceso penal adelantado su contra; la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de los hechos y en particular la falta de investigación adecuada de las alegaciones de tortura; la falta de reparación adecuada en favor de las víctimas; y la utilización del fuero militar para la investigación y enjuiciamiento de violaciones a los derechos humanos, constituyen violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana; incumplimiento de las obligaciones generales de respeto y garantía y de adecuación del ordenamiento interno; e incumplimiento de las obligaciones bajo la Convención contra la Tortura.

En la Sentencia del *Caso Luna López Vs. Honduras*⁴⁴, de 14 de noviembre de 2013, la Corte da relevancia a la prestación adecuada de garantías a las

⁴² Caso de Kawas Fernández, párrafo 149. Consultar también a Trujillo Orbe y Pumalpa Iza (2011: 20-30).

⁴³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores (Caso 12.449) contra los Estados Unidos Mexicanos, de 24 de junio de 2009.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269.



personas defensoras del medio ambiente de manera que puedan realizar libremente sus actividades. El caso se relaciona con el asesinato de otro defensor del medio ambiente, Carlos Antonio Luna López en 1998, quien fuera defensor ambientalista y Regidor de la Corporación Municipal de Catacamas, Departamento de Olancho en Honduras, así como la investigación de los hechos y el proceso penal. La Corte consideró que el Estado tuvo conocimiento del riesgo real e inmediato contra la vida de Carlos Luna, a través de una denuncia de amenaza de muerte realizada ante el Ministerio Público, en función de su labor de defensa del medio ambiente como Regidor y Jefe de la Unidad Ambiental del Municipio de Catacamas. Frente a ello, el Estado no demostró haber adoptado medidas efectivas de protección tendientes a garantizar su derecho a la vida, ni realizó una investigación seria y exhaustiva en relación con las amenazas de muerte denunciadas, que poco tiempo después se materializaron con su muerte. En razón de lo anterior, se estableció que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida, por lo que incumplió con su obligación de garantizar su derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Carlos Luna López. Asimismo, la Corte declaró la violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de Luna López, con motivo de la falta de prevención del Estado de garantizar el derecho a la vida del señor Luna López, las secuelas a nivel psicológico, personal y emocional derivadas de su muerte, la situación de riesgo persistente en el caso, agravado por las amenazas sufridas por familiares, así como ciertas irregularidades ocurridas durante la sustanciación de las diligencias iniciales en la investigación.

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación, ya que la Corte ordenó al Estado, *inter alia*, implementar una política pública efectiva para la protección de los defensores de derechos humanos, en particular de los defensores del medio ambiente.

La consolidación de la protección: la jurisprudencia más reciente

Toda esta doctrina jurisprudencial de la situación de los defensores ambientales ha sido, recientemente, reforzada mediante la sentencia del caso *Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*⁴⁵. Este caso es importante, porque como señalarían muy acertadamente los jueces Ferrer Mac-Gregor y Caldas en su voto particular, es la primera vez que la Corte IDH desarrolla el concepto de defensores de derechos humanos, a la luz de diversas fuentes internacionales, indicando que son: aquellos que promueven y procuran la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en el plano nacional e internacionales, hecho de manera pacífica, y no necesariamente permanente. Además, la Corte, siguiendo sus pronunciamientos anteriores, destacó la labor realizada por los defensores y las defensoras de derechos humanos, considerándola *fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho*. En este sentido, se refiere a las actividades de vigilancia, denuncia y educación que realizan las y los defensores de derechos humanos, resaltando que la defensa de los derechos no sólo atiende a los derechos civiles y políticos, sino que abarca necesariamente los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Además, reconoce que existe un consenso internacional respecto a que las actividades realizadas por las defensoras de derechos humanos son las de promoción y protección de los derechos humanos, entre otras. También, recuerda, en este caso, la aplicación de la

⁴⁵ 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 No. 283. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>. Revisado el 15 de septiembre de 2015.

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, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Finalmente, la Corte declara que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, de circulación y residencia, las garantías judiciales y la protección judicial, en perjuicio de la defensora de derechos humanos y otros miembros de su familia.

Esta recién y vanguardista jurisprudencia de la Corte IDH sobre los defensores de derechos humanos refuerza la generada con los casos relativos a los defensores ambientales, analizados anteriormente, en la medida que son no solo garantes del medio ambiente, sino también de los derechos humanos: así los derechos de los defensores de los derechos humanos incluyen el derecho a reunirse pacíficamente para proteger y promover los derechos humanos, a difundir información sobre esos derechos y a poner de manifiesto si se cumplen o no en la práctica⁴⁶, pero de acuerdo con la Corte, esto se aplica a los defensores ambientales, es decir, de los defensores de los derechos humanos que intentan proteger el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y otros derechos relacionados con la protección del medio ambiente, en la misma medida en que se aplica a los defensores de los derechos humanos que buscan proteger otros derechos.

6. Conclusiones

A los treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte IDH, la labor realizada en estos últimos años ha contribuido, sin duda alguna, a la consolidación del reconocimiento, protección y defensa de los defensores ambientales. Desagradecidamente, el reconocimiento de la labor y de la denuncia de la situación de vulnerabilidad que padecen los defensores ambientales no ha sido suficiente para evitar la creciente persecución contra este colectivo. No obstante, a través de la jurisprudencia analizada, se permite vislumbrar avances, en la medida que la Corte IDH se convierte en la primera instancia judicial en reconocer la importancia de la labor llevada a cabo por este colectivo: especialmente, cuando sostiene, en los casos analizados, que las amenazas y los atentados a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos y la impunidad, son particularmente graves en una sociedad democrática.

La Corte ha determinado además que la protección de este colectivo incumbe al Estado, de conformidad con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: así, los Estados tienen el deber de adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o judicial, o el perfeccionamiento de las existentes; de garantizar la libre realización de las actividades de los defensores del medio ambiente; de proporcionar protección inmediata ante el peligro o amenazas que se susciten con motivo de su labor, y la investigación inmediata, seria y eficaz de los actos que pongan en peligro la vida o la integridad de los defensores ambientalistas, con motivo de su trabajo; de generar las condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares; de abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo

⁴⁶ 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, artículos 5, 6 y 8.



la impunidad. Esta protección se hace extensiva, incluso, a los familiares de los defensores y defensoras de derechos humanos.

La Corte IDH, a través de su jurisprudencia, no sólo fortalece la protección de los defensores ambientales, sino que evidencia la responsabilidad de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos, 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. Y aunque el ámbito de actuación de la Corte IDH sea regional, no cabe duda que su doctrina dará visibilidad internacional y va a influenciar distintos foros internacionales en pro de la protección de los defensores ambientales.

Bibliografía

- AGENCIA PRENSA RURAL (2010), *El Salvador: Activistas antiminería y defensores del medio ambiente asesinados*. Disponible en: <http://www.prensarural.org/spip/spip.php?breve2122>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- AGYEMAN, J. (2002), "Constructing Environmental (in)Justice: Transatlantic Tales", *Environmental Politics*, Vol. 11, Nro. 3, pp. 31-53.
- AGYEMAN, J. (2014), "Environmental justice and sustainability", ATKINSON, G., DIETZ, S, NEUMAYER, E. y AGARWALA, M. (eds.), *Handbook of Sustainable Development*, Edward Elgar Publishing, Gloucester.
- AIDA (2008), *Guía de defensa ambiental. Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), Oakland, México D.F.
- AMIGOS DE LA TIERRA (2014), *Defendemos el medioambiente, defendemos los derechos humanos. Denuncias de violencia contra defensores ambientales desde la experiencia de Amigos de la Tierra Internacional*. Disponible en: <http://www.foei.org/wp-content/uploads/2014/06/Defendemos-el-medioambiente-defendemos-los-derechos-humanos.pdf>. Revisado el 21 de diciembre 2014).
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (1999), *Defensores de los Derechos Humanos en Latinoamérica. Más protección, menos persecución*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2001), *Honduras: Hay mucho que hacer en materia de derechos humanos*, AI, Londres.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2003), *Actores esenciales de nuestro tiempo: Los defensores de los derechos humanos en América*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2013), *Preguntas y respuestas sobre defensores y defensoras de los derechos humanos*. Disponible en: <http://www.es.amnesty.org/temas/defensores/preguntas-y-respuestas/>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2014), *Defender derechos humanos en Las Américas: Necesario, legítimo y peligroso*, Amnesty International Publications, Londres.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL y CLUB SIERRA (2000), *Ambientalistas Bajo Fuego*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid.
- APWLD (2007), *Claiming Rights Claiming Justice – A guidebook on women human rights defenders*. Disponible en: <http://apwld.org/wp-content/uploads/2013/09/claiming-rights-claiming-justice.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1999), *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. Disponible en:

<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2007), *Report submitted by the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders, Hina Jilani*, A/HRC/4/37.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2011), *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya* A/HRC/19/55.

BELLVER CAPELLA, V. (1996), "El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. 3, pp. 327-347.

BORRÁS, S. (2013), "El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales", *Derecho PUCP*, Nro. 70, pp. 291-324. Disponible en:

<http://ezproxybib.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6755>.

Revisado el 21 de septiembre de 2015.

BOYD, D.R. (2012), *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, Vancouver, Toronto.

BULLARD, R. (ed.) (2005), *The quest of for environmental justice. Human rights and the politics of pollution*. Sierra Club Books, San Francisco.

BURGORGUE-LARSEN, L. y UBEDA DE TORRES, A. (2011), *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Nueva York.

CARDENAS REYES, A., JARAMILLO MORA, L. y NASIMBA LOACHAMÍN, R. (2011), *Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un estado constitucional de derechos*, Dirección Nacional de Promoción de Derechos Humanos y de la Naturaleza, Defensoría del Pueblo de Ecuador, Quito.

CEDHA (2003), *El Costo Humano de Defender el Planeta. Violaciones de Derechos Humanos a Defensores Ambientales en las Américas*, Centro de Derechos Humanos y Ambiente, Córdoba.

CEDHU (2010), Acción Ecológica, *Criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza, 2008-2010*, Quito.

CENTRO PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL AMBIENTAL (2010), *Defensoras y defensores ambientales en peligro: Situación de defensores y defensoras del medio ambiente en Mesoamérica*" Disponible en: http://www.ciel.org/Publications/IACHR_Oct10.pdf. Revisado el 21 de septiembre de 2015.

CIEL (2013), *Land and environmental rights defenders in danger: an overview of recent cases*. Disponible en:

http://www.ciel.org/Publications/Compilation_LER_HRD_Dec2013.pdf. Revisado el 21 de septiembre de 2015.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – PRENSA (2011), "CIDH condena asesinato de defensor de derechos humanos en El Salvador", *Comunicado de Prensa 62/11*, 24 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/062.asp>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – RELATORÍA SOBRE DEFENSORAS Y DEFENSORES (2011), *Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.



- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998), *Informe Anual 1998*, CIDH, Washington.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *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.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (2011), *CPT acaba de enviar à ministra Maria do Rosário novas ameaças contra defensores dos direitos humanos*, Disponible en: http://www.cptnacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=664:cpt%E2%80%90acaba%E2%80%90de%E2%80%90enviar%E2%80%90a%E2%80%90ministra%E2%80%90maria%E2%80%90do%E2%80%90rosario%E2%80%90novas%E2%80%90ameacas%E2%80%90contra%E2%80%90defensores%E2%80%90dos%E2%80%90direitos%E2%80%90humanos&catid=12:conflitos&Itemid=54. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2004), *Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre las Directrices de la Unión Europea sobre defensores de los derechos humanos*, 100056/1/04 REV. 1.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS (2005), *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la consulta por sector en torno a “Los derechos humanos y la industria de la extracción”*. E/CN.4/2006/92.
- EGUREN, E. (2005), *Manual de protección para defensores de derechos humanos*, publicado por Front Line, Fundación Internacional para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, County Dublín.
- FIDH (2010), “Ola de Asesinatos de defensores de derechos humanos en Guatemala”, Movimiento Mundial de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.fidh.org/es/americas/guatemala/Ola-de-asesinatos-de-defensores-de#>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- FRONTLINE DEFENDERS (2012), *Tendencias globales en 2011 para los defensores y defensoras de derechos humanos*, Fundación Internacional para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, County Dublín.
- GLEASON, J.M. (2009), “Will the confluence between human rights and the environment continue to flow? Threats to the rights of environmental defenders to collaborate and speak out”, *Oregon Review of International Law*, Vol. 11, Nro. 2, pp. 267-299.
- GLOBAL WITNESS (2012), *A hidden crisis? Increase in killings as tensions rise over land and forests*. Disponible en: http://www.globalwitness.org/sites/default/files/images/A_hidden_crisis-FINAL%20190612%20v2.pdf. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- GLOBAL WITNESS (2014a), *Deadly Environment. The dramatic Rise in Killings of Environmental and Land Defenders*. Disponible en: <http://www.globalwitness.org/deadlyenvironment/>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- GLOBAL WITNESS (2014b), *El Ambiente Mortal en Perú. El aumento de asesinatos de defensores ambientales y de la tierra*. Global Witness, Londres.

- GREYL, L. y MINGUET, A. (2014), A legal guide for communities seeking environmental justice, EJOLT. Disponible en: http://www.ejolt.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/EJOLT_report_17.pdf. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- INTERNATIONAL LAND COALITION (ILC) (2012), *Mecanismos internacionales para la protección de los defensores de los derechos humanos en riesgo por su trabajo en derechos sobre la tierra*, Roma.
- LYNCH, P., SINCLAIR, M., KOLASIŃSKA, M. y INEICHEN, M. (2011), *De la Restricción a la Protección: Investigación sobre el marco legal para defensores y defensoras de derechos humanos y la necesidad de contar con leyes nacionales que protejan y promuevan su labor*, International Service for Human Rights, Ginebra, Nueva York. Disponible en: http://www.ishr.ch/sites/default/files/article/files/research_report_on_legal_environment_for_hrds_final_spanish_final_published_opt_0.pdf. Revisado el 23 de septiembre de 2015.
- MANZINI, E. y BIGUES, J. (2000), *Ecología y democracia: de la injusticia ecológica a la democracia ambiental*, Icaria Editorial, Barcelona.
- MARTÍN QUINTANA, M. y EGUREN FERNÁNDEZ, E. (2009), *Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia*, Protection International, Bruselas.
- MCCHESENEY, A. (1995), "Protecting the rights of all human rights defenders", *International Commission of Jurists: The Review*, Nro. 55, pp. 39-57.
- NACIONES UNIDAS (2010), *Derechos Humanos, las Empresas Transnacionales y Otras Empresas*, Informe de John Ruggie, Relator Especial de las Naciones Unidas. Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar". Doc. A/HRC/14/27. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.14.27_sp.pdf. Revisado el 23 de septiembre de 2015.
- OBSERVATORY FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS, (2014), "We Are not Afraid". *Land Rights Defenders: attacked for confronting unbridled development*, FIDH/OMCT, 2014 Annual Report. Disponible en: http://www.omct.org/files/2014/12/22918/obs_2014_uk_web2.pdf. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2004), *Human Rights Defenders: Protecting the Right to Defend Human Rights*. United Nations Office, Ginebra.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2011), *Comentario acerca de la Declaración sobre defensoras y defensores de los derechos humanos*, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/CommentarytoDeclarationdefendersJuly2011.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – COLOMBIA (2002), *Defensores de Derechos Humanos*, Nuevas Ediciones, Bogotá. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/seriestematicas/Defensores%20de%20DH.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- OLAGBAJU, F.K. y MILLS, S. (2004), "Defending environmental defenders", *Human Rights Dialogue*, Vol. 2, pp. 32-35.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (2003). *Informe de la Unidad de desarrollo sostenible y medio ambiente sobre sus actividades en el campo de derechos humanos y medio ambiente*. OEA/Ser.G, CP/CAJP-2100/03.



- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (2007), *Décima reunión de negociaciones para la búsqueda de consensos, Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Púeblos Indígenas*. GT/DADIN/doc.255/06 add.1 rev. 2
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1996), *Declaración de Santa Cruz de la Sierra*. GT/CCDS-51/96.rev. 2.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1997), *Newsletter of the Organization of American States*, Vol. 2, Nro. 7.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1999), *Defensores de los derechos humanos en las Américas. Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas*. AG/RES. 1671 (XXIX-O/99).
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2001), *Carta Democrática Interamericana*. Disponible en: http://www.oas.org/charter/docs/es/resolucion1_es.htm. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2003), *Los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas*. AG/RES. 1926 (XXXIII-O/03).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1998), *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*. A/RES/56/163
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2004), *Informe presentado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, de conformidad con la resolución 2000/61 de la Comisión de Derechos Humanos*. U.N. Doc.E/CN.4/2001/94.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA, (2010) *Sobre las actividades defensores de derechos humanos*. Disponible en: <http://www.omct.org/es/human-rights-defenders/observatory/>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J.J. (2012), “La indebida criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos desde la perspectiva interamericana”, Asociación de Investigación y Especialización sobre Temas Iberoamericanos (AIETI). Disponible en: <http://www.aieti.es/wp-content/uploads/2014/09/PONENCIA-RELATOR-Seminario.pdf>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- QUINTERO, R. (2001), “El acceso a la justicia ambiental, una mirada desde la ecología política”, *Justicia ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- RUIZ, M. (2000), “Hina Jilani, primera representante especial de defensores de derechos humanos”, Comunicación e Información de la Mujer, Nueva York. Disponible en: <http://www.cimac.org.mx/noticias/00ago/00082411.html>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.
- SACHS, A. (1996), *Ecojusticia: la unión de los derechos humanos y el medio ambiente*, BAKEAZ. Centro Documentación Estudios para la Paz, Bilbao.
- TAINANA, J.E. (1998), “La CIDH y la promoción de los derechos humanos”, *Revue quebecoise de droit international*, Vol. 11, Nro. 1, pp. 15-34.
- TANNER, L.R. (2011), “*Kawas v. Honduras – Protecting Environmental Defenders*”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3 Nro. 3, pp. 309-326.
- TRUJILLO ORBE, R. (2010), *Manual para Defensores y Defensoras de Derechos Humanos y la Naturaleza*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), Quito.

- TRUJILLO ORBE, R. y PUMALPA IZA, M. (2011), *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito.
- WAKILD, E. (2013), "Environmental Justice, Environmentalism, and Environmental History in Twentieth-Century Latin America", *History Compass*, Vol. 11, Nro. 2, pp. 163-176.



Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Emanuela Cardoso Onofre de Alencar
Universidad Autónoma de Madrid
emanuela.cardoso@uam.es

Resumen

La teoría y la práctica legal feminista han destacado cómo el uso de estereotipos de género puede limitar o negar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, dificultar su acceso a la justicia y perpetuar la subordinación y la discriminación que les afecta de modo desproporcionado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se destaca por su sensibilidad al género y por haber identificado los efectos del uso de estereotipos en la vida de las mujeres. Este trabajo estudia los estereotipos de género; los problemas que conllevan su uso por autoridades gubernamentales y, especialmente, judiciales, en cuestiones relacionadas con los derechos de las mujeres; y cómo la Corte, en su jurisprudencia, ha tratado ese tema.

Palabras clave

Mujeres, estereotipos de género, acceso a la justicia, jurisprudencia, CoIDH.

Women and Gender Stereotypes in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Abstract

Feminist theory and legal practice have highlighted how gender stereotyping can impair or nullify women's human rights, make more difficult their access to justice and perpetuate subordination and discrimination that affect them disproportionately. The Inter-American Court of Human Rights is well known for its gender sensibility and for having identified how stereotypes can harm women's lives. This paper studies gender stereotypes; the problems implied in their use by state authorities, especially by judges, in women's rights issues; and how the Court, in its jurisprudence, deals with this problem.

Keywords

Women, gender stereotypes, access to justice, jurisprudence, IACHR.

1. Introducción

En *Profesión para mujeres*, Virginia Woolf (1942) comenta sobre el Ángel de la casa, un fantasma que le ha perseguido durante una etapa de su vida como escritora. Ese ángel, una mujer que cumplía con los atributos que le eran prescriptos (empática, entregada a la familia y simpática con los deseos y opiniones de los otros), la acompañaba y le decía que las mujeres “deben ser encantadoras, deben conciliar, deben [...] mentir para tener éxito.” El ángel le recordaba cómo debería ser y qué debería decir para cumplir con su papel de mujer y contar con la aprobación de los demás. Para tener una opinión propia y ejercer con libertad la profesión que había elegido, Woolf relata que ha tenido que luchar arduamente contra ese fantasma hasta, según ella, haberse “deshecho de una falsedad.” Pero advirtió: “Es mucho más difícil matar un fantasma que algo real. Siempre volvía disimuladamente cuando yo creía haberla despachado.”

Woolf afirmó haber matado su fantasma, pero ¿el Ángel de la casa ha muerto? ¿Ha desaparecido la voz que susurra al oído de hombres y mujeres cómo deben ser y comportarse, qué deben hacer? Si consideramos el Ángel de la casa como el paladín de los estereotipos de género, la respuesta es ¡no! Él sigue vivo y su voz se hace sentir de diferentes modos y con distintos efectos no solo en el comportamiento de hombres y mujeres, sino también en normas legales, políticas públicas, actuación de autoridades y decisiones judiciales.

Los estereotipos de género han sido objeto de estudio de la psicología social desde hace algunas décadas (Eagly y Steffen, 1984; Fiske *et al*, 1991; Fiske, 1993; López-Sáez, 1994), pero solo en los últimos años han ocupado la reflexión de la teoría y la práctica legal feminista (Cook and Cusack, 2010; Holtmaat y Naber, 2011; Cusack, 2013, 2014). En esta labor se han destacado los efectos que los estereotipos de género tienen en el ejercicio de los derechos humanos, así como en el funcionamiento de la administración de justicia. En este contexto se sitúan los planteamientos de la presente investigación. Por tanto, resulta imprescindible precisar, en un primer momento, qué son los estereotipos. A partir de aquí, la cuestión se centra en analizar los efectos de los mismos en los dos ámbitos señalados. Por un lado, conocer cómo los estereotipos pueden afectar a la vida de las mujeres y el ejercicio de los derechos. Por otro lado, determinar en qué sentido los estereotipos pueden limitar el funcionamiento de la administración de justicia. Para dar respuesta a lo que aquí se plantea, se revisa la literatura sobre el tema y se estudia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH).

Las decisiones de las cortes internacionales, así como de los órganos de fiscalización y protección de derechos humanos, son relevantes en ese tema porque permiten identificar qué estereotipos están presentes en normas legales y políticas públicas, cómo influyen en la actuación de miembros de la administración de justicia y el razonamiento de jueces. En este sentido, tales decisiones contribuyen al análisis de los efectos del uso de estereotipos en la vida de las mujeres y el ejercicio de sus derechos, prestando especial atención a cómo los argumentos que subyacen en cada decisión pueden influir en la promoción de cambios.

La elección de la CoIDH se justifica por la importancia de sus decisiones que, en los últimos años, incluyen la perspectiva de género y el análisis de los efectos del uso de estereotipos. Es verdad que, en comparación con otros órganos de jurisdicción internacional, la CoIDH ha tardado en adoptar un enfoque sensible a las diferencias de género y a sus consecuencias sobre el ejercicio de los derechos humanos por parte de las mujeres, por lo que ha sido muy criticada (Medina, 2003;

Palacios Zuloaga, 2008; Tramontana, 2011). Sin embargo, a partir de mediados de la década de 2000, la CoIDH se ha redimido de su anterior deficiencia y ha estado sensible no solo a las cuestiones de género, sino también a cómo el uso de estereotipos puede afectar la vida de las mujeres y el ejercicio de derechos. Algunas de las decisiones que serán comentadas en este trabajo son consideradas como pioneras en el abordaje de esta cuestión. Conocer su posición es importante por el potencial que tiene de influir tanto en otros órganos del sistema internacional de protección de derechos humanos como en cortes nacionales.

2. ¿Importan los estereotipos de género?

Sobre los estereotipos y sus efectos

Allport ha dicho que la mente humana tiene que pensar con la ayuda de las categorías. Se categorizan las personas (por su raza, sexo, edad, etc.) de la misma manera que se categorizan los muebles (mesa, silla, cama etc.) o los programas de televisión (telediario, telenovela etc.). Una vez que se forman, las categorías constituyen la base de los juicios iniciales y, según el autor, no hay modo de evitar ese proceso. La posibilidad de simplificar y organizar la vida depende, en parte, de las categorías que se crean, por lo que se trata de un fenómeno natural y frecuente (Allport, 1962: 35).

La *categorización* puede ser comprendida como el proceso de ordenar el ambiente a través de categorías, agrupando personas, objetos y eventos como similares o equivalentes unos a otros de una manera que sea relevante a las acciones, intenciones y actitudes de un individuo. La función principal de la categorización reside en su papel de sistematizar el ambiente para posibilitar la acción (Tajfel y Forgas, 2000: 49).

La convivencia con personas distintas favorece la creación de diferentes categorías sociales para clasificarlas, intentar comprenderlas mejor y facilitar la interacción con ellas. En la categorización social de las personas, se piensa en alguien no como un individuo único, sino como un miembro de un grupo cuyo elemento distintivo es, por ejemplo, una característica física (como el color de la piel) u otro tipo de categoría (como la profesión). Es frecuente la categorización con base en características salientes, como, por ejemplo, el sexo, la raza, la edad o la etnia. Según Allport (1962: 35-38), ese proceso tiene cinco características relevantes: 1) constituye clases y agrupamientos amplios para guiar nuestros ajustes diarios; 2) la categorización se asimila lo más posible al agrupamiento; 3) la categoría nos permite identificar rápidamente a un objeto por sus rasgos comunes; 4) la categoría satura todo lo que contiene con iguales connotaciones ideacionales y emocionales; 5) las categorías pueden ser más o menos emocionales. Una vez que se categoriza a alguien, un conjunto de normas, valores y emociones es rápidamente activado (Tajfel y Forgas, 2000: 51-54; Stangor, 2000: 2). Los estereotipos (elementos cognitivos) y los prejuicios (afectos) se manifiestan en ese proceso y están vinculados a diferentes tipos de categorías.

En la interacción interpersonal, la categorización se activa, especialmente cuando las informaciones sobre otras personas son limitadas. Si se conoce poco a alguien, se utilizan las categorías sociales en un juicio inicial sobre ella. Muchas veces, eso ocurre de forma rápida, automática y espontánea, y sin que quien categoriza se percate de eso. No se hace un reconocimiento individualizado, que tenga en cuenta sus características distintivas, sino que se usan las categorías sociales que se le atribuye. Eso ocurre porque las categorías son *funcionales* (Fiske, 1998: 375; Stangor, 2000: 4; Dovidio *et al.*, 2010: 7): son *informativas*, en la medida en que facilitan el acceso a diferentes informaciones de manera rápida y accesible; y

hacen la vida más fácil, ya que en la interacción diaria con muchas personas es más difícil hacer un juicio individualizado sobre cada una de ellas.

A pesar de que se categoriza en un primer contacto, es posible, por lo menos en algunos casos, superar ese proceso. Eso dependerá del tipo de relación que se mantenga con la otra persona y de los objetivos para relacionarse con ella. *Categorizarla* o *individualizarla* dependerá del tiempo que se esté con ella, del interés de aprender sobre ella y de conocerla mejor (Stangor, 2000: 4). La motivación es, así, un factor relevante, ya que se usan las categorías cuando se está, por ejemplo, fatigado, distraído o poco interesado en la búsqueda de más información. La probabilidad de usar categorías es, por tanto, mayor en la medida en que no se conoce bien a la otra persona o se trata de alguien que importa poco (Stangor, 2009: 10-11).

La categorización resulta del deseo de simplificar la realidad. Se pretende, en la medida de lo posible, diferenciar entre personas. Se perciben, así, como similares aquellas personas de una misma categoría, y se califican como muy distintas las que pertenecen a categorías diferentes.

El establecimiento de categorías responde también al deseo de sentirse bien con uno mismo por pertenecer a grupos sociales, por sentirse aceptada por ellos y por valorar los miembros de su grupo. Ese sentimiento positivo que resulta de saberse parte de grupos importantes y respetados contribuye a formar la identidad social. Categorizar a las personas en endogrupos (*ingroup*) y exogrupos (*outgroup*), considerarse parte de un grupo relevante y evaluarlo más favorablemente que a los demás proporciona identidad social y provoca una sensación de bienestar (Tajfel et al., 1971; Tajfel y Forgas, 2000: 54-61).

La categorización, no obstante, puede distorsionar la percepción y crear sesgos, especialmente cuando se diferencia entre endogrupos y exogrupos por un interés en mantener la identidad social en presencia de grupos percibidos como competidores o que amenazan el status (Tajfel y Forgas, 2000: 58-60). Aunque esa cuestión es muy compleja, la identidad social es considerada como una motivación relevante para la diferenciación, los favoritismos, los prejuicios y las discriminaciones.

Ahora bien, como ha destacado Stangor (2000: 5), no habría razones para formar categorías sociales si éstas no fueran informativas. Se categoriza porque existen percepciones y creencias sociales compartidas acerca de las características de los grupos y sus miembros. Esa información influye tanto en los juicios sociales como en la interacción entre los individuos.

Los *estereotipos* son esas creencias y percepciones generalizadas acerca de las características que están mentalmente asociadas a los grupos de personas. Contienen información sobre los papeles sociales que están vinculados a los miembros de los grupos, el grado en que comparten cualidades específicas e influyen en las reacciones emocionales de quienes estereotipan. Los estereotipos implican una cantidad sustancial de información sobre otras personas, que trascienden a las características y cualidades aparentes, generando, a su vez, expectativas sobre su comportamiento. La *estereotipia* es el proceso de atribuir estereotipos a ciertas personas simplemente por el hecho de ser miembros de un grupo social (Dovidio, 2010: 7-8; Stangor, 2009: 2; Stangor y O'Brien, 2010: 856; Bodenhausen y Richeson, 2010: 345).



Los estereotipos generalmente son *descriptivos*, pero pueden ser también *prescriptivos*, es decir, referirse a un conjunto de características que ciertas personas “deberían tener”. Como se comentará en el siguiente apartado, los estereotipos de género son los más prescriptivos (Fiske, 1998: 378; Heilman, 2001; Welle y Heilman, 2005). El contenido de los estereotipos puede ser tanto positivo como negativo, pero en la mayor parte de ellos es negativo (Stangor, 2010: 2; Bodenhausen y Richeson, 2010: 345). Algunos tienen un contenido positivo, pero están asociados a otras percepciones negativas que suelen generar actitudes y comportamiento que acarrearán desventajas. Las mujeres, por ejemplo, serían vistas como amorosas y dedicadas a otras personas, pero esas características estarían vinculadas a la falta de carácter competitivo, lo que justificaría que se mantenga la ventaja de los varones en espacios laborales (Fiske *et al.*, 2002).

Los estereotipos se distinguen de los prejuicios y de la discriminación, pero hacen parte de fenómenos que están conectados. Mientras los *estereotipos* tienen un *componente cognitivo* y están relacionados con creencias, pensamientos y percepciones, los *prejuicios* tienen un *componente emocional* y suponen sentimientos negativos hacia miembros de determinados grupos. La *discriminación*, por su parte, se trata de un *comportamiento* que puede producir ventajas o desventajas a ciertas personas por el hecho de pertenecer a un grupo social. La interacción entre esos sesgos es muy compleja y variada. Así, los estereotipos se traducen en prejuicios cuando, por ejemplo, se genera antipatía por un grupo de personas en razón de ciertas características que se asume que tienen. A su vez, los estereotipos originan actos de discriminación cuando, por ejemplo, se promueven desventajas a miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a ese grupo. La discriminación puede resultar también de favoritismos endogrupales sin que medien prejuicios contra miembros de exogrupos (Bodenhausen y Richeson, 2010: 342-346).

Los estereotipos se activan en los procesos de categorización. Cuando alguien percibe a una persona como un miembro de una categoría X, los estereotipos surgen rápidamente y esa persona puede ser comparada con los integrantes de dicha categoría (Stangor, 2000: 6). Con frecuencia, eso ocurre de manera automática, inconsciente y sin que quien estereotipa lo advierta. Una vez que se forman, los estereotipos están disponibles en la memoria; surgen fácil y rápidamente cuando se encuentra con un miembro de un grupo estereotipado. Como muchas veces actúan en un nivel subconsciente, son difíciles de suprimir (Stangor y O'Brien, 2010: 856).

Muchos estereotipos son compartidos por un número significativo de personas, otros, no obstante, son mantenidos por un número reducido. Los *estereotipos culturales* tienen un impacto más profundo que los *estereotipos individuales* porque los miembros de los grupos más expuestos a la estereotipia pueden darse cuenta de que son vistos de forma estereotipada por muchas personas. Como resultado, suelen esperar la estereotipia, lo que puede afectar su autopercepción y comportamiento.

Stangor (2000: 7) comenta que los estereotipos sobre grupos sociales se forman, en parte, por el hecho de que las personas suelen mantener contactos similares con miembros de grupos sociales distintos. Como sus creencias se basan, parcialmente, en sus percepciones de los comportamientos sociales, pueden formar estereotipos comunes y compartidos. No obstante, las personas comunican sus creencias individuales unas con las otras y, en esta comunicación, lo que antes era un estereotipo individual puede devenir en cultural. A pesar de que hay consenso sobre el contenido de muchos estereotipos, ni todas las personas los comparten en

su totalidad: hay diferencias con relación a los estereotipos que creen ser verdaderos y a la intensidad con que lo creen.

Uno de los principales inconvenientes de los estereotipos es que pueden estar incorrectos, pero, como subraya Stangor (2000: 7), probablemente no existirían si fueran completamente inexactos. Muchos estereotipos parecen tener, por lo menos en parte, un “núcleo de verdad” (Eagly y Steffen, 1984: 751). En algunos casos, eso se refiere al hecho de que algunos papeles sociales son desempeñados mayoritariamente por miembros de grupos específicos. Un ejemplo de ello son los estereotipos acerca de que las mujeres son “cuidadoras” y los hombres son “dominantes”. Esa percepción puede ser generada por el hecho de que, en general, los hombres suelen ocupar puestos laborales con status alto, mientras que las mujeres suelen ocupar actividades relacionadas con el cuidado. En ese sentido, los estereotipos parecen ser “verdaderos”, ya que muchos hombres y mujeres expresan esas características cuando cumplen con sus papeles – especialmente cuando son los papeles que se esperan de ellos, como en el caso del ejemplo.

Pero no todos los estereotipos son verdaderos con relación a la totalidad de los miembros de un grupo social. Es más, aunque esté parcialmente correcto, un estereotipo es una generalización algunas veces exagerada y puede producir efectos negativos. Cuando se asigna un estereotipo a un grupo social, es posible cometer errores, ya que a una parte de sus miembros no se aplica; y cuando se usan percepciones generalizadas en un juicio sobre un individuo, se amplía la posibilidad de equivocarse, porque su uso dificulta la identificación de las características reales del individuo (Stangor, 2009: 2). Estereotipar puede ser *injusto* en la medida en que el estereotipo no se ajusta a la realidad de la persona estereotipada.

Ahora bien, los estereotipos pueden producir tanto efectos positivos como negativos (Stangor y O’Brien, 2010: 857-859). En relación con los primeros, son útiles en los juicios sociales porque, en algunos casos, especialmente cuando están parcialmente correctos, pueden ser informativos, funcionales y mentalmente eficientes. Los estereotipos ayudan a predecir el comportamiento de los otros; son mentalmente eficientes en la medida en que posibilitan realizar juicios rápidos; y contribuyen a la auto-protección, ya que, en situaciones de riesgo, ayudan a identificar con facilidad algunas características de otras personas que pueden representar una amenaza en potencial. A pesar de estos beneficios, pueden producir asimismo diversos efectos negativos no solo para los individuos y los grupos estereotipados, sino también para la sociedad en general, en la medida en que dificultan las interacciones entre personas de grupos sociales distintos.

Como muchas veces son generalizaciones exageradas, los estereotipos pueden producir *juicios y decisiones injustas* acerca de las personas. Cuando se estereotipa, implícita o inconscientemente se considera innecesario conocer y ponderar necesidades, características y circunstancias que son distintas en las diferentes personas. No se hace el esfuerzo de conocer *realmente* a alguien, ni se busca comprender su situación y los medios en que ésta afecta su vida: se pone, así, una etiqueta a la otra persona que, en muchas ocasiones, no corresponde a su realidad. Los estereotipos contribuyen a mantener el *status quo* en la medida en que previenen quienes les suscriben de lidiar de manera adecuada con la situación de quienes son estereotipados; simplemente se les atribuye una característica o un rol y se perpetúa una comprensión que puede estar equivocada (Stangor, 2009: 9-10).

Los estereotipos pueden interferir en la capacidad de formar la autoconcepción; de tener el sentido del propio valor; de definir y valorar la propia identidad; y de elegir con autonomía el curso de la vida. Esos efectos son frecuentes en sociedades en las que estereotipos negativos generalizados producen prejuicios y discriminaciones aceptados e, incluso, justificados por las instituciones. Además de devaluar a ciertos grupos y sus integrantes, y de crear estigmas, el uso generalizado de estereotipos puede resultar en la internalización de percepciones inexactas y la resignación con el lugar subordinado que pueden acarrear¹.

Es posible también provocar “la amenaza del estereotipo”. Este fenómeno se observa cuando los miembros de ciertos grupos sociales toman consciencia de los estereotipos con los cuales se les identifican y actúan de una manera que les permite alejarse de su contenido – aunque sepan que no se aplican a ellos (Dovidio *et al.*, 2010: 8; Cudd, 2006: 80). Esa dinámica puede afectar a la dignidad y el respeto a sí mismos, la salud física y mental, las oportunidades que se consideran viables, así como justificar prácticas que mantienen la subordinación.

Otro fenómeno que se observa es la “profecía que se cumple” (*self-fulfilling prophecy*). En algunas interacciones, las expectativas sesgadas acerca de algunos individuos con relación a miembros de grupos estereotipados pueden llevarles a comportarse de una forma que provoca el tipo de comportamiento que se espera. Por ejemplo, si en una interacción se supone que la otra persona será desagradable, es posible iniciar el contacto de una manera fría e indiferente, que provoca en el otro una reacción desagradable – que podría haber sido diferente si el contacto inicial hubiera sido positivo-. Ese resultado refuerza la creencia en los estereotipos y dificulta las relaciones intergrupales (Bodenhauser y Richeson, 2010: 353).

Los estereotipos pueden promover no solo discriminación por influenciar de manera sistemática percepciones, interpretaciones y decisiones, sino también que pueden reforzar y resultar de la discriminación, justificando las desigualdades entre diferentes grupos (Dovidio *et al.*, 2010: 7). Esa dinámica se torna más perversa cuando los estereotipos generan prejuicios, promueven desventajas y discriminación no solo en una esfera individual y cultural, sino también, y especialmente, institucional, a través de normas legales, políticas públicas y prácticas de autoridades estatales. Esa dinámica, que es compleja, justifica actos de subordinación, opresión y violencia (Cudd, 2006).

Sobre estereotipos de género y mujeres estereotipadas

Sexo y género son conceptos distintos, pero están relacionados. El sexo se refiere a las características biológicas asociadas a hombres y mujeres, mientras que el género alude a las características psicosociales atribuidas a ambos sexos. El sexo, además de ser una categoría biológica, es también una categoría social que identifica y diferencia entre hombres y mujeres, y se vincula a un conjunto de creencias y prescripciones culturales sobre lo masculino y lo femenino. El sexo, como categoría social, y el género, como construcción cultural, interactúan e influyen en diversos aspectos de la vida de las personas y pueden explicar las diferencias que se observan entre varones y mujeres (López-Sáez, 1994: 214).

¹ En su decisión del caso *Aksu v. Turquía* (Applications nos. 4149/04 and 41029/04. Judgment, 15 March 2012), la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció que cuando el uso de estereotipos negativos acerca de un grupo alcanza un cierto nivel, es capaz de impactar en el sentido de identidad del grupo y en los sentimientos de valor propio y auto-confianza de sus miembros. El TEDH reconoció también que los estereotipos negativos pueden ser una cuestión de derechos humanos. Véanse los párr. 58 de la decisión referida.

Lo masculino y lo femenino han sido socialmente contruidos como diferentes y asimétricos. Lo masculino está asociado a la esfera público-política, el espacio de producción, el uso de la razón y el pensamiento abstracto. Lo femenino está vinculado a la esfera privado-doméstica, el espacio de reproducción, la expresión de los sentimientos y el pensamiento contextualizado. Las características, los atributos y los espacios asociados a lo masculino históricamente han sido valorados como positivos y superiores. El mundo de lo femenino, sus características y atributos han sido devaluados, invisibilizados y relegados a esferas menos significativas de la sociedad, con una consecuente desventaja y carencia de reconocimiento (Beltrán, 1999: 94-111; Maquieira, 2001: 151-152). Las diferencias de género y las ideologías relacionadas con el género son aprendidas y reproducidas en el proceso de socialización y conforman el imaginario social acerca de qué es, qué debe hacer y cómo debe comportarse un hombre y una mujer.

Las diferencias socialmente contruidas entre los sexos están relacionadas de manera intrínseca con los estereotipos. Los *estereotipos de género* se refieren a las creencias, percepciones y expectativas generalizadas acerca de los atributos y características de hombres, mujeres y los subgrupos de ambos. La estructura de los estereotipos de género es compleja e incluyen diferentes componentes, como, por ejemplo, los rasgos de personalidad, los comportamientos, las ocupaciones, los papeles sociales, la apariencia física y las creencias acerca de la orientación sexual (López-Sáez y Lisbona, 2009: 364; Cook y Cusack, 2010: 1, 20). En todos estos componentes es posible encontrarse una dimensión descriptiva y otra prescriptiva que cumplen diferentes funciones. Los *estereotipos descriptivos* de género se refieren a las creencias sobre las características que tienen varones y mujeres. Los *estereotipos prescriptivos*, por su parte, aluden a las creencias acerca de las características que son deseadas o apropiadas para ambos sexos en el contexto de una sociedad determinada (Fiske, 1993: 263; Heilman, 2001: 658-661; López-Sáez y Lisbona, 2009: 364; Holtmaat y Naber, 2011: 58-59). Los estereotipos de género se consideran como los más prescriptivos de entre todos los estereotipos. Se establecen así, como instrumentos de control social, ya que, como ha destacado Fiske (1993, 1998: 378), la persona es sancionada cuando se distancia de su papel tradicional. El género, diferente del sexo biológico, es una construcción social que sirve para constreñir y controlar a las personas.

Los estereotipos afectan a hombres y mujeres, pero son éstas las que padecen los efectos más perjudiciales. Como reflejo de las diferencias de género, los estereotipos refuerzan y justifican las asimetrías de poder y mantienen lo femenino en una posición de subordinación. Los estereotipos masculinos suelen tener un contenido *instrumental-agente* que es valorado como positivo. Los hombres son competentes, independientes, decididos y orientados al éxito. Los estereotipos femeninos, por su parte, suelen tener un contenido *expresivo-comunal*. Las mujeres son cariñosas, sociables, interdependientes y orientadas a las relaciones. Éstos no necesariamente son negativos, pero el contenido favorable de muchos estereotipos puede producir consecuencias perjudiciales a las mujeres, especialmente por promover actitudes y políticas paternalistas, manteniendo, así, su subordinación. Eso se ve en la medida en que se perciben ambos sexos como opuestos y complementarios. Cada uno tiene un conjunto de características y actitudes que le falta al otro, pero que se equilibra y complementa. La idea de complementariedad facilita la aceptación de los estereotipos por hombres y mujeres, que contribuye a justificar las desigualdades de género (Jost y Kay, 2005: 499; Heilman, 2001: 658).

El efecto de las diferencias y complementariedades de los estereotipos de género se identifica, en especial, en la familia. Se perciben las mujeres como esposas y madres y los varones, como jefes y principales proveedores. Esas

creencias generan efectos diferentes sobre ambos, pero en el caso de las mujeres, suelen ser los más negativos. El *estereotipo prescriptivo* de que deben ser madres y cuidadoras, al atribuirles la carga de esa tarea, limita el desarrollo de sus planes de vida y las oportunidades de participación en la esfera público-política. Además, moldea la concepción de lo que “debe ser” una mujer. Así, muchas mujeres aceptan, de manera inconsciente, su papel de mujer-madre y solo se sienten realizadas cuando cumplen su “deber” de procrear. La maternidad se torna sinónimo de feminidad y una parte relevante de la identidad femenina. Las mujeres que, por distintos motivos, no se adaptan a ese modelo pueden sufrir severas críticas al distar de lo que se espera de ellas.

El mantenimiento de espacios y papeles atribuidos a hombres y mujeres es un factor relevante para la continuidad de algunos estereotipos de género, ya que su contenido se forma, en parte, a partir de lo que las personas observan en el contexto social. La investigación de Eagly y Steffen (1984) sugiere que la *observación* de que las mujeres se concentran en roles de menor status y autoridad y más en tareas de la casa que en ocupaciones laborales, y que los varones se concentran en roles de mayor status y autoridad y más en ocupaciones laborales que en tareas del hogar, contribuye a formar y mantener el estereotipo de que las mujeres tienen cualidades expresivo-comunales, y los varones, cualidades instrumental-agente.

Los estereotipos de género están presentes en diversas esferas y hay investigaciones que analizan sus efectos en el área de la salud (Cusack y Cook, 2009), en el ámbito laboral (Heilman, 2001; Heilman y Welle, 2005; Fiske *et al.*, 1991) y en cuestiones de violencia de género, como la violencia doméstica y sexual (L'Heureux-Dubé, 2001: 89-90; Larrauri Piajón, 2008; Asensio *et al.*, 2010: 81-110; Cusack y Timmer, 2011; Gormley, 2011).

Ahora bien, los estereotipos de género son resistentes al cambio porque las diferencias de género también lo son: son persistentes y están generalizados de diferentes formas y en distintos grados en todas las culturas y sociedades. Cuantas más diferencias de género se perciben en un contexto social, más difíciles son los cambios, especialmente cuando normas y prácticas que estereotipan a las mujeres están institucionalizadas.

El *contexto de una sociedad* ejerce un papel relevante en el contenido de los estereotipos, de la misma manera que los estereotipos influyen en el contexto social. Según López-Sáez (1994: 220), “los estereotipos de género actúan sobre la realidad, perpetuándola o modificándola, a través del influjo que ejercen sobre el individuo y sobre el conjunto de la sociedad.” Los individuos son los que, en definitiva, ejecutan las conductas de elección de roles, pero dicha elección está influenciada por los estereotipos que hayan estado presentes en su proceso de socialización, en el que juegan papeles importantes la familia, otras personas relevantes y los medios de comunicación.

Como comenta López-Sáez (1994: 220-221), dentro del contexto social categorizado de forma dicotómica respecto al sexo, una persona construye su identidad, su autoconcepción y su sistema de creencias y valores. Los estereotipos influyen en la imagen que forma de sí misma. Desde temprana edad, utiliza las categorías sexuales para diferenciar entre personas y aprende cuales características están asociadas a su sexo, que son distintas de las relacionadas con el sexo opuesto. En ese proceso de diferenciación construye su autoconcepción de género y se identifica con los rasgos, valores y actitudes que caracterizan a la categoría a la que pertenece. El uso de categorías sexuales como mecanismo que orienta qué se debe hacer o no en función de pertenecer a uno u otro sexo, tiene

implicaciones relevantes tanto para el mantenimiento del sistema de valores dominantes como para el sistema de valores individuales, influyendo sobre los juicios que se hace sobre otras personas y sobre sí misma. El uso de creencias culturales sobre el género, por otro lado, no sólo afecta a los procesos relacionados con otras personas, sino también a la identidad de los individuos. La categoría sexual a la que se pertenece es un elemento clave de la identidad, y como generalmente está vinculada a estereotipos de género, es muy probable que el contenido de dichos estereotipos moldee la identidad de las personas.

Ahora bien, para lograr la igualdad entre mujeres y hombres es imprescindible modificar sus papeles tradicionales en la sociedad y la familia. Es un deber de los Estados modificar los patrones socioculturales de conducta con el objetivo de alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en sus funciones estereotipadas².

Los estereotipos de género importan por los efectos negativos que pueden producir. Es verdad que pueden afectar a ambos sexos, y los hombres también sufren las consecuencias de ser estereotipados, pero en razón de que las mujeres parecen ser las que padecen los efectos más negativos, las líneas que siguen intentan analizar ese problema a partir de su experiencia. Pero una advertencia es necesaria: para reconocerlos, nombrarlos, identificar y analizar los efectos negativos que producen y encontrar el modo más adecuado de prevenirlos o remediarlos, es imprescindible un análisis agudo de los casos concretos. Los estereotipos de género producen efectos diferentes en la medida en que pueden intersectarse con otros estereotipos relacionados con categorías distintas. Es posible, sin embargo, y de forma general, destacar y comentar algunos de esos efectos.

Los estereotipos pueden deformar la autoconcepción de las mujeres, devaluar sus atributos, características y actividades y, en definitiva, degradarlas. Los estereotipos son un reflejo de la subordinación histórica que padecen las mujeres. Las actitudes y características de lo femenino, aunque puedan ser valoradas positivamente, suelen ser consideradas como inferiores a las actitudes y características de lo masculino. Esa inferioridad causa y justifica la devaluación de las mujeres en todos los sectores de la sociedad, lo que puede resultar en discriminación. Los estándares de vestimenta y comportamiento que las cosifican y las construyen como sumisas, incompetentes o sexualmente provocativas se basan en la idea de su inferioridad. Los estereotipos que prescriben qué es, qué debe hacer y cómo debe comportarse una “mujer” les dificulta el desarrollo de un plan de vida relativamente autónomo y la formación de su autoconcepción como un individuo singular. Es frecuente que las mujeres asuman irreflexivamente estereotipos que contribuyen a su propia subordinación, reproduciendo el papel pasivo e inferior que se considera apropiado a su status.

Cuando los estereotipos se mezclan con prejuicios, y están generalizados, ponen muchas barreras a las mujeres y resultan en discriminación. Como ha reconocido la CoIDH: “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades [...]”³ Esa dinámica puede dificultar el

² Cfr. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), art. 5.a).

³ Cfr. CoIDH, caso *González y otras (“caso Campo Algodonero”) v. México*, sentencia de 16/11/2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 401.

ejercicio de derechos humanos y poner trabas al acceso a una justicia imparcial. Esto es frecuente, por ejemplo, en cuestiones de violencia de género. Hay muchos estereotipos y prejuicios sobre mujeres que sufren violencia doméstica y sexual: la mentirosa, la sexualmente disponible, la irracional son algunos de los que están presentes en actitudes y argumentos de autoridades estatales que favorecen las acciones negligentes y discriminatorias en la investigación y el procesamiento de los casos (L'Heureux-Dubé, 2001, Larrauri Piajón, 2008, Asensio, 2010, Gormley, 2011, Cusack y Timmer, 2011).

La discriminación que resulta de la asunción y el uso de estereotipos y prejuicios causa y justifica actos de violencia⁴. La violencia contra las mujeres es la manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los sexos⁵, ya que naturalizan su inferioridad y subordinación social. Las actitudes y tradiciones según las cuales una mujer es considerada como inferior y subordinada a un varón, o que tienen funciones estereotipadas, perpetúan prácticas que conllevan violencia y coerción. Esa situación se agrava y se perpetúa cuando se tolera la violencia y se mantiene la impunidad de los agresores. La violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que dificulta el ejercicio de sus derechos y afecta su dignidad⁶.

3. Los estereotipos de género y la administración de justicia

A pesar de que la igualdad entre hombres y mujeres está consagrada en el ordenamiento jurídico de diversos Estados, la falta de normas adecuadas y la carencia en la implementación de las existentes la convierte en una promesa vacía que produce poco impacto en la vida de las mujeres. En muchos contextos, algunos órganos estatales, como la policía y la administración de justicia, no han respetado sus derechos humanos, lo que ha devenido en actitudes hostiles, en la prestación inadecuada de servicios y en dificultades en el acceso a la justicia (ONU Mujeres, 2012: ii). Es frecuente encontrar los estereotipos de género entre las causas de esos problemas (Pillay, 2014).

Los estereotipos se tornan un problema mucho más grave cuando son asumidos por las instituciones. Su uso generalizado en diferentes ámbitos puede naturalizarlos, especialmente cuando influyen en la elaboración de normas legales y se reflejan en actitudes y prácticas de agentes estatales. Su uso dificulta el ejercicio de derechos y genera un clima de discriminación e indefensión, justificando, en algunos casos, actos de violencia, lo que mantiene el *status quo* de subordinación de las mujeres.

Las normas legales pueden reflejar de modos distintos la aceptación de estereotipos de género. La forma más visible es su inclusión en la justificación y el contenido de un texto legal. Esa es una de las maneras más serias de perpetuar estereotipos por naturalizarlos y legitimar actos de discriminación. Un ejemplo de esa práctica es el establecimiento de distinciones entre varones y mujeres, especialmente en la familia, que colocan a las mujeres en una situación de subordinación con respecto a sus maridos y no les permite ejercer control sobre aspectos relevantes de sus vidas. En 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analizó ese problema en el caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, posiblemente la primera decisión internacional en reconocer que el uso de estereotipos de género en la familia, reflejados en artículos del Código

⁴ Cfr. CoIDH, caso *Campo Algodonero*, párr. 401.

⁵ Cfr. preámbulo de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

⁶ Véase la Recomendación General n. 19 de la CEDAW, par. 11.

Civil, limita el ejercicio de derechos y libertades fundamentales⁷ de las mujeres, además de institucionalizar desequilibrios entre los derechos y deberes de los cónyuges⁸.

Ese problema también se verifica cuando las normas legales tratan de manera inadecuada cuestiones que afectan mayoritariamente a las mujeres, por no considerarlas prioritarias ni importantes o por desconocer los efectos diferentes sobre ellas. Un ejemplo es la violencia de género (CIDH, 2007: cap. 2). Definiciones inadecuadas de tipos de violencia sexual⁹, penas leves atribuidas a éstos¹⁰ o el tratamiento inadecuado de la violencia doméstica¹¹, ilustran el problema. Las políticas públicas relacionadas con esas normas pueden ser un espejo de sus deficiencias y ser inadecuadas para prevenir y combatir la violencia.

Los estereotipos influyen también en el modo en que las instituciones, especialmente la policía y los órganos de la administración de justicia, reaccionan a la vulneración de derechos y libertades a través de discursos y prácticas discriminatorias. Las visiones estereotipadas del papel social de varones y mujeres, especialmente en la familia¹², y de que estas están subordinadas a aquellos¹³, son recurrentes, e influyen en la formación de otros estereotipos. Con relación a la violencia familiar, es frecuente la percepción de la violencia doméstica como un asunto privado, exento de gravedad y no prioritario (CIDH, 2007: cap. 2)¹⁴. Un ejemplo de esa cuestión es el caso *María da Penha Maia Fernandes v. Brasil*¹⁵, decidido por la CIDH en 2001. La CIDH reconoció la tolerancia del Estado brasileño sobre la violencia sufrida por la Sra. Maia Fernandes a manos de su marido al no haber tomado, durante más quince años, medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Observó también que en Brasil, además de las deficiencias normativas para tratar de manera adecuada la violencia contra las mujeres, los servicios eran inadecuados tanto en las comisarías (la formación deficiente de algunos policías resultaba en conductas que producía vergüenza y humillación en las víctimas)¹⁶, como en el sistema judicial (en el análisis de algunos casos, no se centraban, por ejemplo, en la existencia de los elementos jurídicos del delito, sino en la conducta de las mujeres agredidas).¹⁷ La CIDH destacó que la infracción a los derechos de la Sra. Maia Fernandes ocurrió como

⁷ Cfr. CIDH, caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala* (Caso n. 11.625. Informe n. 4/01, de 19/01/2001), párr. 38-39, 49-50, 52.

⁸ *Idib.* párr. 44.

⁹ Véase TEDH, caso *M.C v. Bulgaria* (Application n. 39272/98; judg. 4 December 2003), párr. 154-166.

¹⁰ Véase comité de la CEDAW, caso *S.V.P. v. Bulgaria* (CEDAW/C/53/D/31/2011, decidido el 12/10/2012), párr. 9.5-9.6.

¹¹ Véase Comité de la CEDAW, caso *A.T v. Hungría* (Comunicación n. 2/2003, decidido el 26/01/2005), párr. 9.4 y 9.5; TEDH, caso *Opuz v. Turquía* (Application n. 33401/02, judgment of the Chamber 9 September 2009), párr. 168.

¹² Véase CIDH, caso *Fornerón e hija v. Argentina* (sentencia de 27/04/2012; fondo, reparaciones y costas); CIDH, caso *Atala Riffo y niñas v. Chile* (sentencia de 24/02/2012; fondo, reparaciones y costas); TEDH, caso *Konstantin Markin v. Rusia* (Application n. 30078/06, judgment of the Grand Chamber 22 March 2012).

¹³ Véase en el comité de la CEDAW, caso *A.T.*, párr. 9.4; caso *Fatma Yildirim v. Austria* (CEDAW/C/39/D/6/2005, decidido el 06/08/2007), párr. 12.2; caso *Şahide Goekce v. Austria* (CEDAW/C/39/D/5/2005, decidido el 06/08/2007), párr. 12.2; y caso *K.V v. Bulgaria* (CEDAW/C49/D/20/ 2008, decidido el 25/07/2011), párr. 9.11.

¹⁴ En el Sistema Europeo, véase el caso *Opuz*, párr. 143-144, 195. En el Comité de la CEDAW, véase el caso *A.T.*, párr. 9.3; caso *Fatma Yildirim*, párr. 12.1.4; caso *Şahide Goekce*, párr. 12.1.4.

¹⁵ CIDH, caso *María da Penha Maia Fernandes v. Brasil* (Caso 12.051, Informe n. 54/01, de 16/04/2001)

¹⁶ *Idib.*, párr. 47.

¹⁷ *Idib.*, párr. 48.



“parte de un patrón de discriminación respecto a la tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial.”¹⁸

La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa decisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones [...]. Es más, [...] esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. *Es una tolerancia de todo el sistema que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.*

Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. *Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.*¹⁹

La decisión del caso *Maria da Penha* es importante por muchos motivos. De entre los más relevantes está el reconocimiento, por parte de la CIDH, de que la inefectividad del Estado en los casos de violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y crea un ambiente propicio a la comisión de más violencia.

En la estela de ese caso, otro fallo relevante sobre violencia doméstica es el caso *Opuz v. Turquía*, pronunciado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en 2009. El TEDH reconoció que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que, en este caso, no resultaba de la legislación *per se*, sino “de una actitud general de las autoridades locales, como, por ejemplo, la manera en que las mujeres son tratadas en las comisarías cuando denuncian casos de violencia doméstica y la pasividad judicial en ofrecer una protección efectiva a las víctimas.”²⁰ En la ciudad de la Sra. Opuz, había índices elevados de violencia doméstica y las pruebas en el proceso sugerían que la policía no investigaba las denuncias de agresiones. En cambio, asumían un papel de mediador e intentaban convencer a las víctimas de regresar a sus casas y retirar la denuncia. Esa postura revelaba la percepción de que la violencia era un tema privado en el que no deberían inmiscuirse. Además, había retrasos injustificados en la expedición de medidas de protección y los agresores no recibían sanciones disuasorias en la medida en que las sentencias eran mitigadas con base en las costumbres, las tradiciones o el honor. Ese escenario sugería la tolerancia de la violencia por parte de las autoridades y la inefectividad de los procedimientos legales existentes. El TEDH afirmó que la pasividad judicial discriminatoria y generalizada creó un clima favorable a la violencia doméstica²¹.

La relevancia social que se atribuye a la familia ha contribuido a formar estereotipos que oscurecen la gravedad de la violencia padecida por algunos de sus miembros, como el estereotipo de que la violencia en la familia es normal por lo que la mujer debe reconciliarse con su esposo²², o los estereotipos de que los hijos de parejas separadas se desarrollan mejor al convivir con el padre y la madre y de que

¹⁸ Cfr. caso *Maria da Penha*, párr. 3.

¹⁹ *Idib*, párr. 55-56 (la cursiva es mía).

²⁰ Cfr. TEDH, caso *Opuz*, párr. 192.

²¹ *Idib*, párr. 192-198.

²² Cfr. TEDH, caso *Eremia v. Moldavia* (Application n. 3564/11, judg. Chamber 28 May 2013), párr. 87.

el derecho de visita de los padres está basado en la igualdad formal, independiente de la conducta abusiva de uno de ellos²³.

Un ejemplo de ese problema es el caso *Ángela González Carreño v. España*, decidido en 2014 por el Comité de la CEDAW, que versa sobre la violencia doméstica padecida por la Sra. González Carreño y su hija Andrea a manos de su marido, y de la regulación del derecho de visita del padre. La falta de una evaluación adecuada del contexto de violencia vivido por las víctimas, y la asunción de una concepción estereotipada del derecho de visita por parte de los órganos de justicia españoles, facilitó un contacto frecuente del padre con la niña, a pesar de su historial de violencia, lo que resultó en el asesinato de Andrea por su padre y el posterior suicidio de éste. El Comité observó que “durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F.R.C.”²⁴ Para el Comité, las decisiones tomadas en el sistema judicial español “reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en situación de vulnerabilidad.”²⁵ Según el Comité, las autoridades no tuvieron en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica. Sobre los efectos del uso de estereotipos en el proceso judicial, y como eso puede devenir en discriminación, el Comité destacó que

[...] *los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica.* En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado *aplicaron nociones estereotipadas* y, por lo tanto, *discriminatorias* en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia [...].²⁶

En cuanto a la violencia sexual, los estereotipos reflejan la cosificación y la subordinación de las mujeres y tienen relación con su forma de vestir, su ocupación laboral, su experiencia y conducta sexual, su relación con el agresor, su reacción ante la violencia y la veracidad del relato de su agresión, especialmente cuando no hay testigos ni marcas visibles de violencia. Con frecuencia, esos estereotipos y otros mitos y prejuicios son asumidos por los agentes estatales, lo que les impide realizar un análisis profundo de los hechos del caso y las pruebas. En el caso *Karen Tayag Vertido v. Filipinas*²⁷, decidido en 2011, el Comité de la CEDAW analizó el uso, por el sistema judicial filipino, de estereotipos y mitos sobre una mujer violada, y afirmó que “*la estereotipia afecta el derecho de las mujeres a un juicio justo e imparcial* y que el Judiciario debe estar atento para *no crear estándares inflexibles* acerca de qué una mujer o una niña debería ser o debería haber hecho, cuando confrontado con una situación de violación basado simplemente en nociones preconcebidas sobre qué define una víctima de violación o una víctima de violencia de género, en general.”²⁸

²³ Cfr. caso *González Carreño v. España* (CEDAW/C/58/D/47/2012, decidido el 16/07/2014), párr. 9.4.

²⁴ *Ibid*, párr. 9.4.

²⁵ *Ibid*, párr. 9.4.

²⁶ *Ibid*, párr. 9.7 (la cursiva es mía).

²⁷ Véase caso *Karen Tayag Vertido v. Filipinas* (CEDAW/C/46/D/18/2008, decidido el 16/07/2010).

²⁸ *Ibid*, párr. 8.4 (la cursiva es mía).

A causa de los estereotipos, es frecuente la inacción o acción deficiente de policías, fiscales, jueces y otros funcionarios (CIDH, 2007: cap. 2): la actitud inadecuada de la policía hacia las agredidas o sus familiares cuando presentan una denuncia²⁹; los vacíos e irregularidades en las investigaciones³⁰; la descalificación de las víctimas durante la investigación y el proceso³¹; la pasividad judicial en emitir órdenes de protección efectivas u otras medidas de urgencia³²; la dilación injustificada de la investigación y el proceso; la falta de la debida diligencia; y la ineficiencia del sistema de justicia³³. Esos actos son un reflejo de la tolerancia a la vulneración de derechos de las mujeres y las agresiones que sufren, lo que perpetua la violencia, aumenta su sensación de vulnerabilidad e inseguridad y menoscaba la credibilidad del sistema de justicia³⁴.

En el caso de los jueces, su actuación también puede contribuir a naturalizar y perpetuar los estereotipos a través del razonamiento que justifica sus decisiones (Cusack, 2014). Eso ocurre de dos maneras: a) cuando deciden a partir de ideas pre-concebidas, lo que les dificulta analizar con rigor los hechos relevantes y las pruebas y realizar una interpretación de la ley libre de estereotipos; y b) cuando no logran identificar, nombrar y cuestionar los estereotipos asumidos por jueces de estancias inferiores o por las partes en el proceso.

El lenguaje de los jueces es importante por el poder que tiene. Su interpretación de las normas y aplicación a los casos concretos crea un cuerpo de jurisprudencia que influye en las decisiones de otros jueces y en la actuación de otros profesionales. Cuando asumen en su razonamiento estereotipos, y los usan para justificar sus decisiones, utilizan su prerrogativa de intérprete de la norma y creador de Derecho para conferir fuerza y autoridad a los estereotipos y, en definitiva, perpetuarlos y legitimarlos.

El uso de estereotipos en diferentes áreas del sistema de justicia afecta a las mujeres por negarles el derecho a ser tratadas con igualdad ante la ley, por dificultar su acceso a un juicio imparcial y justo. Además, pone a las mujeres agredidas en desventaja y reduce sus posibilidades de obtener reparación. Eso afecta la credibilidad del sistema de justicia y fomenta relaciones sociales que las mantiene en un lugar subordinado, las discrimina y favorece la violencia.

El sistema de justicia puede, sin embargo, impulsar cambios, especialmente cuando toma consciencia de ese problema y promueve buenas prácticas. Los jueces, por su parte, contribuyen a ello cuando, en sus decisiones, tienen sensibilidad con las cuestiones de género, están atentos al contexto de los casos y las pruebas producidas en el proceso, identifican y nombran los estereotipos, los cuestionan y discuten sus efectos.

4. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CoIDH ha tardado en incluir la perspectiva de género en su jurisprudencia. Sólo a partir de la decisión del caso *del Penal Miguel Castro y Castro*

²⁹ En el Sistema Interamericano, véase CIDH, caso *Maria da Penha Maia Fernandes*, párr. 47; CoIDH, caso *Campo Algodonero*, párr. 277, 284; CoIDH, caso *Veliz Franco y otros v. Guatemala* (sentencia de 19/05/2014; Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 212. En el Sistema Europeo, véase caso *Opuz*, párr. 192, 195; caso *Eremia*, párr. 87.

³⁰ Véase TEDH, caso *M.C.*, párr. 175-187.

³¹ Véase CoIDH caso *Campo Algodonero*, párr. 400; CoIDH, caso *Veliz Franco*, párr. 212

³² Véase TEDH, caso *Eremia*, párr. 86

³³ Véase CIDH, caso *Maria da Penha*; TEDH, caso *Eremia*, párr. 63-65.

³⁴ Véase CIDH, caso *Maria da Penha*, párr. 55-56; TEDH, caso *Opuz*, párr. 150.

v. *Perú*,³⁵ en 2006, ha estado más atenta a la experiencia estrictamente femenina y a cómo ciertos hechos generan efectos diferentes cuando las víctimas son mujeres (Medina, 2003; Palacios Zuloaga, 2008; Tramontana, 2011). A pesar de esa demora, en los últimos años, la Corte ha intentado redimirse de su anterior insensibilidad a las cuestiones de género y ha venido formando una jurisprudencia que se destaca por su atención a las vivencias de las mujeres y, también, a la estereotipia de género por agentes estatales y cómo esto puede limitar el ejercicio de derechos humanos.

El caso *González y otras ("Campo Algodonero") v. México*, decidido en 2009, es el primero en que la CoIDH explícitamente reconoció que el uso de estereotipos puede discriminar, justificar la violencia y vulnerar derechos. Su razonamiento ha sido aplicado al caso *Veliz Franco y otros v. Guatemala*, decidido en 2014. En ambos, se trata de la desaparición y posterior asesinato de mujeres jóvenes, algunas menores de edad, y una actuación inadecuada de las autoridades en la investigación. Cuando las familias acudieron a las autoridades para realizar la denuncia de la desaparición de sus hijas se encontraron con juicios de valor acerca del comportamiento de las víctimas y con ninguna acción concreta destinada a encontrarlas con vida, aparte de la recepción de las declaraciones. En el caso *Campo Algodonero*, se afirmó que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio"; en el caso *Veliz Franco*, se dijo que la víctima era "una cualquiera, una prostituta" y que había sufrido "inestabilidad emocional por andar con varios novios y amigos". En ambos casos, se hizo referencia a la forma de vestir, la vida social y sexual, y la falta de vigilancia por parte de las familias³⁶, lo que influyó en la actuación lenta y negligente de las autoridades y transmitió su percepción de que dichos casos no eran importantes. La CoIDH reconoció que el uso de estereotipos influyó en la actitud indiferente, negligente y discriminatoria de las autoridades, y que dicha actitud se insertaría en un contexto amplio de discriminación y subordinación de las mujeres y de violencia generalizada con claros sesgos de género.

La CoIDH reconoció que hay una conexión entre la discriminación y la violencia y afirmó que el uso de estereotipos, sumado a la inacción estatal en la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por su consecuencia respecto a la impunidad de los casos

[...] reproduce la violencia que se pretende atacar, sin prejuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de estos delitos cometidos envía 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 éstas en el sistema de administración de la justicia.³⁷

En el caso *Campo Algodonero*, la CoIDH reconoció la existencia de estereotipos descriptivos y prescriptivos, cuando afirmó que un estereotipo de género es "una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente", y consideró que

[...] es posible asociar la *subordinación de las mujeres a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes*, condiciones que se agravan cuando los *estereotipos se reflejan, implícita o*

³⁵ Véase caso *del Penal Miguel Castro y Castro v. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas).

³⁶ Cfr. caso *Campo Algodonero*, párr. 208, 400; caso *Veliz Franco*, párr. 212.

³⁷ Cfr. caso *Campo Algodonero*, párr. 400. En sentido similar, párr. 388. Véase también, caso *Veliz Franco*, párr. 208.

*explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial [...]. La creación y el uso de estereotipos se convierten en una de las causas y las consecuencias de la violencia de género contra la mujer.*³⁸

En este pasaje, considerado muy significativo, la CoIDH reconoció por primera vez que cuando los estereotipos de género se reflejan en políticas públicas y prácticas de agentes estatales, contribuyen a mantener y justificar la subordinación de las mujeres y se tornan una de las causas y las consecuencias de la violencia de género. Con este párrafo, la CoIDH ha sido la primera corte internacional en reconocer que el uso de estereotipos favorece la violencia contra las mujeres.

La CoIDH reconoció también, en el caso *Campo Algodonero* y el caso *Veliz Franco*, que el uso de estereotipos de género contra las víctimas de violencia causa sufrimientos a sus familiares y les hace, asimismo, víctimas, lo que infringe su derecho a la integridad personal y limita el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos - CADH³⁹.

En el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, decidido en 2012, la CoIDH consideró que la prohibición de la fecundación *in vitro* (FIV) - cuya norma que la reglamentaba había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Costa Rica por atentar contra la vida y la dignidad del ser humano -, podría afectar tanto a hombres como a mujeres, pero que en el caso de éstas, podría tener impactos desproporcionados por la existencia de estereotipos y prejuicios.

En las sociedades, lo femenino generalmente está asociado a la maternidad, por lo que la infertilidad, aunque genera efectos negativos en hombres y mujeres, afecta especialmente a éstas en virtud del *estereotipo prescriptivo* de que deben ser madres, así como por la presión familiar y social para que ejerzan la maternidad.⁴⁰ “La utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas.”⁴¹

En diálogo con el Comité de la CEDAW y su decisión en el caso *L.C v. Perú*, en el que se destacó la percepción equivocada de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre⁴², la CoIDH afirmó que “en este caso se está en una situación parecida de influencia de estereotipos, en el cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas mujeres.”⁴³

A raíz de esos comentarios, la CoIDH destacó que ambas percepciones son incompatibles con los derechos humanos y que se deben tomar medidas para erradicarlas. Esclareció que “no está validando dichos estereotipos y tan solo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.”⁴⁴ En sus conclusiones, subrayó que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión

³⁸ Cfr. caso *Campo Algodonero*, párr. 401 (la cursiva es mía). Véase el caso *Veliz Franco*, párr. 213.

³⁹ Cfr. caso *Campo Algodonero*, párr. 413-440; caso *Veliz Franco*, párr. 233 – 242.

⁴⁰ Cfr. caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) v. Costa Rica*, sentencia de 28/11/2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 295-299.

⁴¹ *Idib*, párr. 299.

⁴² Véase Comité de la CEDAW, caso *L.C v. Perú* (CEDAW/C/50/D/22/2009, decidido el 17/10/2011), párr. 8.15.

⁴³ Cfr., caso *Artavia Murillo*, párr. 297.

⁴⁴ *Idib*, párr. 302.

que, al no ponderar ni tener en cuenta otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar de las partes que hizo desproporcionada la interferencia y tuvo efectos *discriminatorios indirectos*, entre otros motivos, por el uso de estereotipos⁴⁵.

En los casos *Atala Riffo v. Chile* y *Fornerón v. Argentina*, decididos en 2012, la CoIDH tuvo la oportunidad de discutir estereotipos acerca de papeles de género en la familia y como su uso, en el razonamiento de los jueces, vulnera derechos humanos. En ambos, uno de los puntos discutidos fue la vulneración de derechos en los procesos de custodia de los hijos por el uso de estereotipos acerca de una madre lesbiana y un padre soltero y el cuestionamiento de sus capacidades para ejercer la maternidad y la paternidad. Ante el argumento del interés superior del niño, la CoIDH reconoció su relevancia, pero destacó que

[...] se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia.⁴⁶

El interés superior del niño no puede ser usado para amparar discriminación en contra del padre o la madre, especialmente cuando se justifica en estereotipos. En el caso *Fornerón*, se le negó el derecho de custodia de su hija con base en argumentos que expresan tanto el estereotipo de que un padre soltero no puede o no tiene la capacidad de crear y cuidar de sus hijos, como el estereotipo de que una familia está formada por un padre y una madre y de que los hijos se desarrollan mejor con ambos. La CoIDH cuestionó los argumentos estereotipados esgrimidos por los jueces acerca del papel del Sr. Fornerón tanto antes como después del nacimiento de su hija. Entre varios otros, afirmaron que la niña fue fruto de una relación pasajera y no “el resultado del amor o del deseo de formar una familia”; que “no contaría con una familia biológica, entendiéndose por tal al padre y a la madre, faltándole en consecuencia [...] la presencia materna”; y que el Sr. Fornerón no estaba casado⁴⁷. La CoIDH afirmó que consideraciones como estas

[...] demuestran una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que al señor Fornerón se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer su función de padre a la existencia de una esposa. El estado civil de soltero del señor Fornerón, equiparado por uno de los jueces a ‘ausencia de familia biológica’, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades y atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ellos sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre.⁴⁸

La CoIDH destacó también que una resolución a partir de estereotipos sobre la capacidad parental de garantizar y promover el bienestar y el desarrollo de la niña no es adecuada para asegurar su interés superior, no puede ser utilizada para negar el derecho de su padre por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia⁴⁹, ya que en la CADH no hay un concepto cerrado de familia ni se protege un modelo de la

⁴⁵ *Idib*, párr. 314-316.

⁴⁶ *Cfr.* caso *Atala Riffo*, párr. 109; caso *Fornerón*, párr. 50.

⁴⁷ Véase caso *Fornerón*, párr. 91 -96.

⁴⁸ *Idib*, párr. 96.

⁴⁹ *Idib*, párr. 99.

misma⁵⁰. En sus conclusiones, afirmó que las decisiones judiciales “no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo.”⁵¹

En el caso *Atala Riffo*, la CoIDH reconoció que un hecho central en la argumentación de los tribunales chilenos fue la convivencia de la Sra. Atala con su pareja del mismo sexo, lo que resultaría, entre otros, en la confusión de roles familiares en las niñas y el privilegio de los intereses de la madre sobre los de sus hijas. Con relación a la primera cuestión, subrayó que

es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y casualidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo [...] vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.⁵²

En cuanto a la segunda cuestión, aseveró que dentro de la prohibición de no discriminación por orientación sexual se protegen las conductas en el ejercicio de la homosexualidad, ya que ésta es parte esencial de la identidad de la persona. No hacerlo sería asumir el *estereotipo prescriptivo* de que las mujeres son madres y cuidadoras:

[...] exigirle a una madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de los niños y niñas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.⁵³

En sus conclusiones, afirmó que no se ha probado que la motivación esgrimida en las decisiones de los tribunales chilenos fuera adecuada para proteger el interés superior de las niñas, ya que no se comprobó en el caso concreto que la convivencia de la Sra. Atala con su pareja afectó su interés superior y, por el contrario, “utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar su decisión [...], por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala”, y vulneran su derecho a la igualdad y no discriminación⁵⁴.

En el caso *Atala Riffo*, la CoIDH estableció criterios para analizar si en un determinado caso existió una diferencia de trato por parte de los jueces que se fundamentó en una categoría sospechosa, y determinar si constituyó discriminación: se deben analizar los *argumentos* expuestos por las autoridades judiciales, sus *conductas*, el *lenguaje* utilizado y el *contexto* en que se producen las decisiones⁵⁵. A pesar de que el objetivo principal es identificar si una decisión se fundamentó en una

⁵⁰ *Idib*, párr. 98.

⁵¹ *Idib*, párr. 100.

⁵² *Cfr.* caso *Atala Riffo*, párr. 125.

⁵³ *Idib*, párr. 140.

⁵⁴ *Idib*, párr. 146.

⁵⁵ La CoIDH ha aplicado esos criterios en el caso *Norín Catrín y otros v. Chile* (sentencia de 29/05/2014, fondo, reparaciones y costas), párr. 266. Ese caso trata del uso de estereotipos en el razonamiento judicial en cuestiones que versan sobre la condena penal de miembros de pueblos indígenas. Véase los párr. 222-230, y el voto conjunto disidente de los jueces Ventura Robles y Ferrer Mac-Gregor, párr. 42-45.

categoría sospechosa, es posible analizar también si en cada uno de esos criterios ha habido el uso de estereotipos. La CoIDH tuvo asimismo la oportunidad de subrayar que la utilización de razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de sentencias configura una violación del principio de la igualdad y no-discriminación y el derecho a la igual protección de la ley⁵⁶.

La CoIDH también ha tenido en cuenta los estereotipos a la hora de establecer las reparaciones en algunos de los casos. Con sensibilidad al género y atenta a los problemas causados por su uso, ha destacado que las reparaciones deben tener una vocación transformadora cuyo efecto sea no solo restitutorio sino también correctivo del *status quo*, especialmente ante una situación de discriminación estructural. Así, en las garantías de no repetición en los casos *Campo Algodonero*, *Atala Riffo* y *Veliz Franco*⁵⁷ (a pesar de que en éste no lo hace explícitamente), la CoIDH ordenó que los Estados implementen o continúen implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación, entre otros, en no discriminación y superación de los estereotipos de género para los agentes que trabajan en el sistema de administración de justicia.

5. Consideraciones finales

[...] aún hay muchos fantasmas contra los cuales pelear,
muchos prejuicios que superar.
V. Woolf, *Profession for Women* (1942)

Los estereotipos de género limitan el ejercicio de derechos humanos cuando influyen en la actuación de miembros del sistema de justicia, precisamente por ser ese un lugar donde las personas deben encontrar la protección de sus derechos, reparación y, en definitiva, justicia. Pero cuando el propio sistema toma consciencia de ese problema y desarrolla buenas prácticas para combatir su uso, se torna una pieza social importante en el esfuerzo por desmantelar estereotipos que discriminan y por promover la igualdad sustantiva entre varones y mujeres.

En ese sentido, la CoIDH ha venido haciendo un trabajo importante y muy influyente. En los casos en que ha identificado el uso de estereotipos por autoridades estatales, incluso por jueces, ha podido destacar los efectos negativos que han causado a las partes y como han generado discriminación y vulneración de derechos. Su razonamiento ha contribuido a llamar la atención de que los estereotipos muchas veces impiden, a quienes hacen uso de ellos, tener en cuenta las características y la realidad de las personas estereotipadas. La labor de la CoIDH es importante porque envía el mensaje de que el sistema americano de protección de derechos humanos no tolera prácticas que estereotipan y vulneran derechos.

Combatir los estereotipos no es una tarea sencilla, especialmente porque influyen de manera inconsciente en las actitudes y comportamiento de las personas. Pero estar atento a ellos, para identificarlos y combatirlos, es imprescindible para promover la igualdad sustantiva y proteger los derechos de las mujeres. En esa labor, el sistema de justicia tiene un papel importante en la medida en que, como ha destacado la juez canadiense L'Heureux-Dubé (2001: 101), tiene la capacidad de influir en la percepción social de la justicia, de la misma manera que las percepciones sociales pueden influir en la realización de la justicia. Por esa razón,

⁵⁶ *Idib*, párr. 228.

⁵⁷ Cfr. caso *Campo Algodonero*, párr. 540-542; caso *Atala Riffo*, párr. 267,271; caso *Veliz Franco*, párr. 275.

sus miembros tienen la máxima responsabilidad de contribuir a cambiar actitudes, prejuicios y estereotipos para combatir la discriminación y violencia que provocan.

Bibliografía

- ASENSIO, R. *et al.* (2010), *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires.
- BELTRÁN, E. (1999), “Las dificultades de la igualdad y la teoría jurídica contemporánea”, en SÁNCHEZ MUÑOZ, C., VALIENTE FERNÁNDEZ, C. y ORTEGA, M. (eds.), *Género y ciudadanía: revisiones desde el ámbito de lo privado*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 93-112.
- BODENHAUSEN, G.V. y RICHESON, J.A. (2010), “Prejudice, Stereotyping, and Discrimination”, en BAUMEISTER, R.F. y FINKEL, E.J. (eds.), *Advanced Social Psychology. The State of the Science*. OUP, Oxford.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas*. Disponible en: <http://www.cidh.org/women/Acceso07/indiceacceso.htm>. Revisado el 26 de diciembre de 2014.
- COOK, R. y CUSACK, S. (2010), *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, UniPenn Press, Philadelphia.
- CUSACK, S. y COOK, R. (2009), “Stereotyping Women in the Health Sector: Lessons from CEDAW”, *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, Vol. 16, Nro.1, pp. 47-78.
- CUSACK, S. y TIMMER, A. (2011), “Gender Stereotyping in Rape Cases: The CEDAW Committee’s Decision in *Vertigo v The Philippines*”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Nro. 2, pp. 239-342.
- CUSACK, S. (2013), *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*, commissioned by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>. Revisado el 26 de diciembre de 2014.
- CUSACK, S. (2014), *Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-based Violence Cases*, commissioned by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/judicial_stereotyping2014.docx. Revisado el 26 de diciembre de 2014.
- CUDD, A.E. (2006), *Analyzing Oppression*, OUP, Oxford.
- DOVIDIO, J. *et al.* (2010), “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, en DOVIDIO, J. *et al.* (eds.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, SAGE, Londres, pp. 3-28.
- EAGLY, A.H. y STEFFEN, V.J. (1984), “Gender Stereotypes Stem from the Distribution of Women and Men Into Social Roles”, *Journal of personality and Social Psychology*, Vol. 46, Nro. 4, pp. 735-754.
- FISKE, S. *et al.* (1991), “Use of Sex Stereotyping Research in *Price Waterhouse v. Hopkins*”, *American Psychologist*, Vol. 46, Nro. 10, pp. 149-1060.
- FISKE, S. (1993), “Controlling Other People. The impact of Power on Stereotyping”, *American Psychologist*, Vol. 48, Nro. 6, pp. 621-628.
- FISKE, S. (1998), “Stereotyping, Prejudice, and Discrimination”, en GILBERT, D.T. *et al.* (eds.) *Handbook of Social Psychology*, Vol. 2, McGraw-Hill, New York, pp. 357-411.
- FISKE, S. *et al.* (2002), “A Model of (Often Mixed) Stereotype Content: Competence and Warmth Respectively Follow from Perceived Status and Competition”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 82, Nro. 6, pp. 878-902.

- GORMLEY, L. (2011): "Violence against Women: Developments in Human Rights Jurisprudence", *INTERIGHTS Bulletin*, Vol. 16, Nro. 3, pp. 140-146.
- HEILMAN, M. (2001), "Description and Prescription: How Gender Stereotypes Prevent Women's Ascent up the Organizational Ladder", *Journal of Social Issues*, Vol. 57, Nro. 4, pp. 657-674.
- HOLTMAAT, R. y NABER, J. (2011), *Women's Human Rights and Culture. From Deadlock to Dialogue*. Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland.
- JOST, J. y KAY, A. (2005), "Exposure to Benevolent Sexist and Complementary Gender Stereotypes: Consequences for Specific and Diffuse Forms of System Justification", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 88, Nro. 3, pp. 498-509.
- LARRAURI PIJOAN, E. (2008), "Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... a los tres años de aprobación de la LOVG (1/2004, de 28 de diciembre)", en SAN MIGUEL, M.N. Y GÓMEZ VILLORA, J.M. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004, (dirs.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C. (2001), "Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice", *Journal of Social Distress and the Homeless*, Vol. 10, Nro. 1, pp. 87-114.
- LÓPEZ-SÁEZ, M. (1994), "Procesos culturales e individuales implicados en la estereotipia de género. Una aproximación implícita a la elección de la carrera", *Revista de Psicología Social*, Vol. 9, Nro. 2, pp. 213-230.
- LÓPEZ-SÁEZ, M. y LISBONA, A. (2009), "Descriptive and Prescriptive Features of Gender Stereotyping. Relationship among Components", *Revista de Psicología Social*, Vol. 24, Nro. 3, pp. 363-379.
- MAQUIEIRA, V. (2001), "Género, diferencia y desigualdad", en BELTRÁN, E. y MAQUIEIRA, V. *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid.
- MEDINA, C. (2003), "Human Rights of Women. Where are we now in the Americas?", en MANGANAS, A. (ed.) *Essays in Honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos*, Vol. B, Panteion University, Nomiki Bibliothiki Group, Atenas, pp. 907-930.
- ONU MUJERES (2012), *El progreso de las mujeres en el mundo (2011-2012): En busca de la justicia*. Disponible en: <http://progress.unwomen.org/?lang=es>. Revisado el 26 de diciembre de 2014.
- PALACIOS ZULOAGA, P. (2008), "The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights", *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 17, Nro. 2, pp. 227-295.
- PILLAY, N. (2014), *Equality and Justice in the Courtroom*. Disponible en: http://www.huffingtonpost.com/A-View-from-the-United-Nations-/equality-and-justice-in-t_b_4892624.html. Revisado el 26 de diciembre de 2014.
- STANGOR, C. (2009), "The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination within Social Psychology: A Quick History of Theory and Practice", en NELSON, T.D. (ed.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination*, Psychology Press, Nueva York, pp. 1-22.
- STANGOR, C. (2000), "Volume Overview", en STANGOR, C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Psychology Press, Filadelfia, pp. 1-16.
- TAJFEL, H. et al. (1971), "Social Categorization and Intergroup Behaviour", *European Journal of Social Psychology*, Vol. 1, Nro. 2, pp. 149-178.
- TAJFEL, H. y FORGAS, J.P. (2000), "Social Categorization: Cognitions, Values and Groups", en STANGOR, C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Psychology Press, Filadelfia, pp. 49-63.
- TRAMONTANA, E. (2011), "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: avances y desafíos a la luz de



la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, *Revista IIDH*, Vol. 53, pp. 141-181.

WELLE, B. y HEILMAN, M. (2005), “Formal and Informal Discrimination against Women at Work. The Role of Gender Stereotypes” *Working Paper Series*, Center for Public Leadership, Harvard, pp. 24-40. Disponible en: <http://dspace.mit.edu/handle/1721.1/55933>. Revisado el 12 de noviembre de 2014.

WOOLF, V. (1942), “Profession for Women”, en WOOLF, V. *The Death of the Moth and Other Essays*. Disponible en: <https://ebooks.adelaide.edu.au/w/woolf/virginia/w91d/chapter27.html>. Revisado el 1 de mayo de 2015.



El deber de prevención en casos de violencia de género: Desde “Campo Algodonero” hasta “Veliz Franco”

Alan Diego Vogelfanger
Abogado - Universidad de Buenos Aires
avogelfanger@gmail.com

Resumen

En la célebre sentencia “Campo Algodonero”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó las bases del deber de prevención en casos de violencia de género: aplicó el concepto de “riesgo real e inmediato” y destacó la importancia del contexto y de una rápida reacción estatal. En “Veliz Franco”, concerniente a la desaparición y el brutal homicidio de una niña, la Corte IDH consideró que Guatemala era responsable por no haber prevenido el asesinato, aun cuando habían transcurrido menos de 48hs entre la desaparición y la aparición sin vida del cuerpo, y menos de 24hs entre la denuncia y el descubrimiento del cadáver. El propósito del presente artículo es estudiar el deber de prevención en casos de violencia contra la mujer y cómo el estándar ha evolucionado, haciendo foco en las respuestas y la debida diligencia que se les exige a los Estados ante esta clase de situaciones.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos, deber de prevención, violencia de género, Campo Algodonero, Veliz Franco

The duty to prevent in cases of violence against women and girls: From “Cotton Field” to “Veliz Franco”

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights laid the foundations of the duty to prevent violence against women and girls in its notorious judgment “Cotton field”. There, the judges applied the concept of “real and imminent danger” and they focused on the importance of the context and required a rapid response of the authorities. In the “Veliz Franco” decision, dealing with the disappearance and brutal killing of a girl, the Tribunal ruled that Guatemala was responsible for not preventing the murder, even though the body was found in less than 48hs after the disappearance and in less than 24hs since its denunciation. The purpose of this article is to analyze the duty to prevent violence against women and to study how the standard has evolved, in particular, in respect of the reactions and due diligence demanded to the States in this kind of circumstances.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights, duty to prevent, violence against women, Cotton field, Veliz Franco

1. Introducción

En la célebre sentencia “Campo Algodonero”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) sentó las bases del deber de prevención en casos de violencia contra las mujeres: aplicó el concepto de “riesgo real e inmediato” y destacó la trascendental importancia tanto del contexto en el cual se enmarcaban los hechos como de una rápida reacción estatal al momento de tomar conocimiento de ellos. En la decisión “Veliz Franco”, donde se analizaba la desaparición y el brutal homicidio de una niña en Guatemala y las presuntas fallas en su investigación, la Corte IDH elevó el listón. Allí, los magistrados consideraron que el Estado era responsable por no prevenir el asesinato de la niña aun cuando habían transcurrido menos de 48 horas entre la desaparición y la aparición sin vida del cuerpo, y menos de 24 horas entre la denuncia de la desaparición y el descubrimiento del cadáver.

El propósito del presente artículo es estudiar cómo la Corte IDH ha evolucionado en la construcción del estándar sobre el deber de prevención en este tipo de situaciones; es decir, qué se les exige a los Estados, cuáles son las respuestas que deben ofrecer y en qué consiste la debida diligencia con la que tienen que actuar sus autoridades al ser informadas de una desaparición de una mujer o una niña en un determinado contexto.

Para ello, se comenzará con un resumen del concepto de violencia contra la mujer y su utilización por parte de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) para continuar con un breve análisis acerca de la responsabilidad del Estado por actos de terceros. Luego, se profundizará en el deber de prevención en casos de violencia de género, destacándose los casos de “Campo Algodonero” y “Veliz Franco”, y se finalizará con las conclusiones.

2. La violencia contra la mujer en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La violencia contra la mujer representa una forma de discriminación que implica una violación omnipresente de los derechos humanos que las mujeres padecen por el mero hecho de ser mujeres.¹ En palabras de una ex Relatora Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, la opresión histórica de la mujer, arraigada en una cultura patriarcal universal, “se sitúa entre los defectos más graves de la humanidad que se ha tratado de corregir con los derechos humanos”.² En efecto, el hecho de que las mujeres puedan vivir libres de violencia es un objetivo central del movimiento internacional de derechos humanos (Koenig, 2003: 269). La actual Relatora de la ONU en la materia aseguró que “la violencia afecta a una de cada

¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°19: La Violencia contra la Mujer, 1994, párrs. 1 y 7; Recomendación General N°30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, 2013, párr. 34 y Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2014, párr. 61.

² Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias: Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer, Yakin Ertürk, 2007, párr. 24.

tres mujeres en todo el mundo y es una de las principales causas de su muerte y discapacidad”.³

Según la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer o "Convención de Belém do Pará", que se adoptó el 6 de septiembre de 1994, entró en vigor el 3 de mayo de 1995 y hoy cuenta con 32 Estados parte,⁴ la violencia contra la mujer se define 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”.⁵ Ya en el Preámbulo, se consideró que la violencia contra la mujer era una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

En materia de obligaciones, el artículo 7 exige a los Estados adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Esta disposición complementa los deberes respecto del cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”). Como se verá a continuación, este artículo 7 establece un deber de debida diligencia reforzado, una carga adicional de deberes de prevención por sobre un piso de debida diligencia que vendría dado por la propia CADH (Abramovich, 2010: 177). En este sentido, la Convención de Belém do Pará actúa como una suerte de *lex specialis* complementaria a la CADH que ha permitido visibilizar la violencia sexual contra las mujeres como una violación a sus derechos humanos (Zelada y Ocampo, 2012: 147).

La primera ocasión en la cual la Corte IDH aplicó la Convención de Belém do Pará fue en el caso del Penal Miguel Castro Castro, el cual, según FERIA-TINTA, inauguró una nueva era en relación a los derechos de la mujer ante el sistema interamericano, abriendo la posibilidad de que nuevas víctimas encuentren justicia frente a este tribunal bajo dicho instrumento (Feria-Tinta, 2007: 43). En la mencionada sentencia, los/las magistrados/as analizaron la responsabilidad de Perú por la ejecución del “Operativo Mudanza 1”, donde hubo al menos 42 personas muertas, 175 heridas y 322 que fueron sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes; todo ello, enmarcado en el conflicto con Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru.

La Corte IDH adelantó que, en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la mujer, se aplicaría el artículo 5 de la CADH pero se fijarían sus alcances tomando en consideración la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, “ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres”.⁶ Es decir, se recurrió a la Convención de Belém do Pará como un recurso de interpretación. Sin embargo, al examinar las garantías judiciales y el acceso a recursos efectivos, la Corte IDH aplicó directamente este instrumento y declaró la violación de los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación con la obligación contenida en el 1.1 y en conexión con el artículo 7.b de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

³ Asamblea General de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2014, párr. 8.

⁴ Ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>.

⁵ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, art. 1.

⁶ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No.160, párr. 276.

Violencia contra la Mujer,⁷ por las fallas en la investigación de los hechos y sanción de los responsables.

Vale destacar que los jueces Sergio García Ramírez y Antônio Augusto Cançado Trindade emitieron votos razonados analizando este hito. Más aún, la fecha de la sentencia también fue simbólica, ya que coincidió con el Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, designado así por las Naciones Unidas en 1999 (Feria-Tinta, 2007: 30).

Ahora bien, tomando en cuenta que el caso es de 2006 surge el siguiente interrogante: ¿por qué transcurrieron casi de 20 años desde la primera sentencia⁸ hasta que la Corte IDH se adentró a discutir con profundidad el tema de la violencia contra la mujer? Según García Ramírez, no se habían recibido hasta ese momento consultas o litigios que tuviesen como personaje principal a la mujer⁹ y negó que la responsabilidad fuera de la Corte IDH porque ésta “carece de la potestad de atracción y rechazo de cuestiones contenciosas, y tampoco puede sugerir formalmente temas para consulta”.¹⁰

Es cierto que si bien el primer fallo de la Corte IDH es de 1987, las cuestiones de género comenzaron a ocupar un lugar de mayor relevancia en el derecho internacional a mediados de la década del 90. Además de la adopción de la mencionada Convención de Belém do Pará, se pueden destacar la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), la Recomendación General N°19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1994) y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995). Aun así, por más de que el reconocimiento global sobre la magnitud y la importancia de la violencia contra las mujeres haya aumentado en aquellos años (Koenig, 2003: 53), llama la atención que “a más de una década de la entrada en vigor de la Convención de Belém do Pará, la Comisión Interamericana no haya jamás, hasta la fecha, buscado la hermenéutica de esta Corte sobre dicha Convención”.¹¹

No obstante, previo a Castro Castro, la Corte IDH tuvo oportunidades de referirse a cuestiones de violencia de género. Por ejemplo, en la sentencia “Caballero Delgado”, sobre las desapariciones forzadas de un hombre y una mujer, una testigo había alegado que la mujer había sido encontrada desnuda.¹² Sin embargo, la Corte IDH no profundizó en este aspecto, descartó la violación del artículo 5 por falta de prueba¹³ y no consideró demostrado que la víctimas hubieran sido objeto de torturas, violaciones u otros malos tratos. En el caso “Loayza Tamayo”, relativo a la detención arbitraria y torturas a una acusada de terrorismo, la Corte IDH volvió a sostener que no estaba en condiciones de dar por probado una violación sexual¹⁴, que había sido alegada por la CIDH¹⁵ y sustentada por un

⁷ *Ibidem*, párr. 408.

⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No.1.

⁹ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, cit., voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 7.

¹¹ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, cit., voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 67.

¹² Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No.22, párr. 36.

¹³ *Ibidem*, párr. 53.f.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No.33, párr. 58.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 3.b.

testigo.¹⁶ Por último, en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez, la Corte IDH sí dio por acreditado que “aproximadamente veinte niñas de entre 12 y 20 años de edad fueron llevadas a una casa donde fueron maltratadas, violadas y asesinadas”¹⁷. En su sentencia de reparaciones, la Corte IDH sostuvo que:

Las mujeres que fueron objeto de violencia sexual por parte de agentes del Estado el día de la masacre y que sobrevivieron a la misma, continúan padeciendo sufrimientos por dicha agresión. La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio. Además, la impunidad en la que permanecen estos hechos ha impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia¹⁸.

En este sentido, la Corte IDH ordenó genéricamente que “se disponga una medida que tenga el propósito de reducir los padecimientos físicos y psicológicos de las víctimas del presente caso”¹⁹, aunque sin hacer referencia específica a las mujeres violadas sexualmente.

Por su parte, la CIDH había tratado con anterioridad a Castro Castro el caso de Maria da Penha Maia Fernandes, en el cual se cuestionó la responsabilidad internacional de Brasil por la tolerancia a los maltratos y violencia ejercidos por el marido de la víctima. La CIDH evaluó el contexto en donde se cometieron los hechos y señaló que “existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales”.²⁰ Sobre la Convención de Belém do Pará, la CIDH destacó que “es un instrumento esencial que refleja los grandes esfuerzos realizados a fin de encontrar medidas concretas para proteger el derecho de las mujeres a una vida libre de agresiones y violencia, tanto dentro como fuera de su hogar y núcleo familiar”.²¹ Finalmente, determinó que “la impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará”.²² Esa fue la primera petición individual del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que contó con un análisis específico sobre la violencia contra la mujer.

Además de “Campo Algodonero” y “Veliz Franco”, a los que se hará referencia con mayor profundidad posteriormente, dos casos relevantes de la Corte IDH sobre violencia de género, que incluso presentan hechos similares y cuyas sentencias se emitieron con un día de diferencia, son los de “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú” contra México. En ambos, las víctimas eran mujeres, pertenecientes a la comunidad indígena Me’phaa, que vivían en el Estado de Guerrero y que fueron violadas. Si bien no hubo un análisis específico sobre el deber de prevención y tampoco se trató de una situación de desapariciones, temas centrales del presente artículo, la Corte IDH encuadró los hechos como violencia de género y señaló que:

¹⁶ *Ibidem*, párr. 45.f.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No.105, párr. 42.18.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No.116, párr. 49.19.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 106.

²⁰ CIDH. Informe No.54/01, Caso 12.051, María da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, 16 de abril de 2001, párr. 47.

²¹ *Ibidem*, párr. 53.

²² *Ibidem*, párr. 55.

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.²³

Además, la Corte IDH agregó que la violación sexual constituía una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias trascienden a la persona de la víctima²⁴ e incluso calificó los actos como tortura,²⁵ uno de los crímenes que mayor repudio provocan, tanto a nivel nacional como internacional y que genera obligaciones diferenciadas para el Estado, por ejemplo en materia de reparaciones (Nash, 2014: 140). En términos de NASH, estos casos marcan un precedente de gran importancia en la jurisprudencia en materia de género vinculado con la prohibición de tortura y los alcances de la obligación general de no discriminación aplicable también a este derecho.²⁶ Para este autor, “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 así de otras afectaciones a la integridad personal”.²⁷

Otras sentencias en las cuales la Corte IDH analizó cuestiones de violencia contra la mujer, aunque no como tema principal, son “Caso de las Masacres de Dos Erres”²⁸, “Contreras”²⁹, “Masacres de Río Negro”³⁰, “Masacres de El Mozote”³¹, “J.”³² y “Espinoza González”³³. Los casos de “Campo Algodonero” y “Veliz Franco”, posiblemente los más trascendentes con respecto a desapariciones y deber de prevención, serán analizados en el apartado 4. Antes, se hará una breve referencia a la responsabilidad del Estado por acciones de particulares y su deber de prevenir violaciones de derechos humanos, puesto que contribuye a enmarcar y comprender la lógica y el fundamento de las exigencias a las autoridades públicas cuando los hechos no son ejecutados por éstas.

²³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No.215, párr. 118 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No.216, párr. 108.

²⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*, cit., párr. 119 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, cit., párr. 109.

²⁵ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*, cit., párr. 128 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, cit., párr. 118.

²⁶ *Ibidem*, p. 145.

²⁷ *Ibidem*, p. 146.

²⁸ 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 No.211.

²⁹ Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No.232.

³⁰ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No.250.

³¹ 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 No.252.

³² Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No.275.

³³ Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No.289.

3. La responsabilidad del Estado por actos de terceros y el deber de prevención

Como regla general, la Corte IDH ha dicho que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares y que el deber de garantía, enunciado en el artículo 1.1 de la CADH, no implica una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto.³⁴ Es decir, si bien una acción o una omisión de un particular pueden tener como consecuencia la violación de algún derecho humano de otro, esto “no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”.³⁵

Ahora bien, como parte del deber de garantía, el Estado tiene la obligación de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar los hechos, imponer las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación.³⁶ Ya desde el caso “Velásquez Rodríguez”, la Corte IDH ha aclarado que:

Un hecho ilícito violatorio de los 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 trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.³⁷

Como se verá a lo largo del artículo, el estándar de debida diligencia constituye un marco de referencia para analizar las acciones u omisiones de las entidades estatales y evaluar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.³⁸ En forma similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer reiteró que los Estados tienen una obligación de debida diligencia para prevenir actos que afecten el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos por parte de las mujeres y de asegurarse de que particulares no cometan actos de discriminación, incluyendo violencia de género.³⁹ La Relatora de la ONU en la materia también coincidió en este aspecto.⁴⁰ En definitiva, los Estados deben adoptar medidas positivas para impedir la violencia y proteger a la mujer, castigar a los autores de actos violentos e indemnizar a las víctimas.⁴¹

Por su parte, la Corte IDH ha establecido que el deber de prevención “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que

³⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No.140, párr. 123; *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No.192, párr. 78.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4, párr. 174.

³⁷ *Ibidem*, párr. 172.

³⁸ Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), 2014, págs. 3 y 22.

³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N°19, cit., párr. 9 y Recomendación General N°31 sobre prácticas dañinas, 2014, párr. 10.

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2013, párr. 11; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2012, párr. 85

⁴¹ Consejo Económico y Social de la ONU. Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer. La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, 2006, p. 2.

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”.⁴²

Indudablemente, la ratificación de instrumentos internacionales, la existencia de leyes nacionales que proporcionen una reparación adecuada a las víctimas, la sensibilización del sistema de justicia penal y de la policía en cuestiones de género y adoptar medidas para modificar las prácticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información son herramientas fundamentales a la hora de prevenir este flagelo. Lo mismo puede decirse sobre el empoderamiento general de las mujeres y la concientización acerca de las causas y consecuencias de estas prácticas. No obstante, vale aclarar que en el presente estudio se hará hincapié en la prevención de la violencia contra la mujer específicamente en las acciones u omisiones de los Estados en casos de secuestros o desapariciones. En términos de la Relatora de la ONU en la materia, el foco estará en este particular aspecto de lo que llama debida diligencia individual y no en la debida diligencia sistémica.⁴³

4. El deber de prevención en casos de violencia de género. Las sentencias de “Campo Algodonero” y “Veliz Franco”

La Corte IDH aclaró que el deber de adoptar medidas de prevención se encuentra condicionado 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,⁴⁴ estándar también utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴⁵ Ahora bien, esta obligación puede tener mayor relevancia según distintas circunstancias. Por ejemplo, cuando se trata de niños y niñas se debe proveer una protección adicional.⁴⁶ Vale destacar que en los casos “Campo Algodonero”, “Rosendo Cantú” y “Veliz Franco” había víctimas que eran precisamente niñas menores de 18 años. A su vez, también en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía “adquiere especial intensidad”.⁴⁷

En “Campo Algodonero”, la Corte IDH sostuvo:

Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con

⁴² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, cit., párr. 175.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2013, párrs. 70 y 71.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, cit., párr. 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No.146, párr. 155 y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, cit., párr. 78.

⁴⁵ TEDH. *Caso Osman Vs. Reino Unido*. Sentencia del 28 de octubre de 1998, párr. 116; *Caso Opuz Vs. Turquía*. Sentencia del 9 de septiembre de 2009, párr. 129 y *Caso Rantsev Vs. Chipre y Rusia*. Sentencia del 10 de mayo de 2010, párr. 219.

⁴⁶ 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 No.63, párr. 194; *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No.112, párr. 148; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No.242, párr. 44; CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/III.Doc.63, 9 diciembre 2011, pp. 28 y 82; Informe de Fondo No.80/11, Caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros Vs. Estados Unidos, 21 de julio de 2011, párr. 164; Asamblea General de la ONU, Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer, 2011, p. 2; Comité de Derechos del Niño, Observación General N°13: Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 2001, párr. 59 y 72.f.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No.277, párr. 134.

políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. 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. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.⁴⁸

Asimismo, los/las jueces/juezas agregaron que “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”.⁴⁹

Posteriormente, en “Veliz Franco”, la Corte IDH explicó que existe un

Deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.⁵⁰

En términos de la CIDH, el deber del Estado de aplicar la debida diligencia para actuar en forma expedita también requiere que las autoridades encargadas de recibir las denuncias de personas desaparecidas tengan la capacidad de entender la gravedad del fenómeno de la violencia perpetrada contra las mujeres y de actuar de inmediato.⁵¹ En este sentido, Abramovich (201: 174) explica que las capacidades operativas no corresponden sólo a la situación subjetiva de los agentes frente a la situación particular, sino que pueden estar condicionadas por aspectos más generales que suelen determinar la idoneidad de las respuestas estatales, tales como la insuficiencia del sistema legal, el déficit de las políticas públicas o la debilidad de las agencias competentes.

El caso “Campo Algodonero”

Esta sentencia ha sido considerada como “la piedra angular del sistema interamericano para la acreditación de la violencia de género” puesto que identifica con claridad los patrones y los estereotipos que pueden constituir situaciones de discriminación contra la mujer atribuibles al Estado (Zelada y Ocampo, 2012: 158). Allí, se analizó la responsabilidad de México por la desaparición de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez los días 22 de septiembre, 10 y 29 de octubre del 2001, respectivamente, y su ulterior muerte; los cuerpos de las tres se encontraron el 6 de noviembre en un campo algodonero de Ciudad Juárez. Considerando el contexto y el estado en el cual se hallaron los cadáveres, la Corte IDH concluyó que las jóvenes habían sido víctimas de violencia contra la mujer.⁵²

Por falta de certezas, la Corte IDH no afirmó que estuviera comprometido el deber de respeto (no se pudo comprobar que hubiesen sido agentes del Estado los que cometieron los crímenes) y su mayor análisis se centró en el deber de garantía.

⁴⁸ 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 No.205, párr. 258.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, cit., párr. 258 y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, cit., párr. 136.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, cit., párr. 134.

⁵¹ CIDH. Informe de Fondo No.80/11, cit., párr. 165.

⁵² Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, cit., párr. 231.

Para examinar el deber de prevención, la primera obligación dentro del deber de garantía, es fundamental observar la situación contextual, ya que ésta será determinante a la hora de juzgar las acciones u omisiones del Estado. Según expresó la Relatora Especial de la ONU en la materia, “para comprender los homicidios relacionados con el género hay que tener en cuenta los contextos político, social y económico”.⁵³ Esta situación general incidirá sobre la situación particular de las víctimas y sobre el tipo de respuestas que debía brindar el Estado, como si fuera una especie de “riesgo general” que a su vez califica la expectativa de respuesta del Estado ante el “riesgo particularizado” (Abramovich, 2010: 179).

La Corte IDH señaló que en Ciudad Juárez se habían desarrollado diversas formas de delincuencia organizada, como la trata de personas,⁵⁴ y el propio Estado reconoció la problemática que enfrenta por la situación de violencia contra las mujeres.⁵⁵ Destacó la Corte IDH que existía un patrón en el cual mujeres de 15 a 25 años de edad, estudiantes o trabajadoras de empresas locales, eran secuestradas, mantenidas en cautiverio y luego de días o meses sus cadáveres eran encontrados en terrenos baldíos con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones.⁵⁶

Al analizar el caso concreto, la Corte IDH incorporó lo que podría denominarse “teoría de los dos momentos”, que luego sería reiterada en “Veliz Franco”. Dijo la Corte IDH: “existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida”.⁵⁷ Y luego afirmó, sobre el primer momento, que

La falta de prevención de la desaparición no conlleva *per se* la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas.⁵⁸

La clave entonces es analizar qué hizo el Estado una vez que recibió las denuncias correspondientes. La respuesta o la reacción estatal es otro aspecto fundamental a la hora de examinar el deber de prevención porque es justamente al recibir dicha denuncia cuando se toma conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato de una persona individualizada.

En “Campo Algodonero”, la Corte IDH determinó que México, considerando el contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez y luego de haber recibido las denuncias por parte de las familias de las víctimas, “tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas”.⁵⁹ Además, afirmó que “ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de

⁵³ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2012, párr. 18.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, cit., párr. 113.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 115.

⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 122 y 125.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 281.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 282.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 283.

desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días⁶⁰ que debe incluir medidas oportunas dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas.⁶¹ Ello porque “las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”.⁶²

¿Qué fue lo que sucedió en el caso en concreto? Según alegaron las madres de las víctimas, al momento de realizar la denuncia los oficiales les dijeron que su hija no estaba desaparecida, que andaba con el novio y que “si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”⁶³ o que “las muchachas eran muy ‘voladas’ y se les aventaban a los hombres”.⁶⁴ El propio Estado reconoció que “no fue infrecuente que la Policía le dijera a un familiar que tratara de informar la desaparición de una niña que volviera a las 48 horas”⁶⁵ y agregó que “las autoridades de Ciudad Juárez solían desechar las denuncias iniciales”.⁶⁶

Tal como señaló el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, los Estados tienen la obligación de eliminar las barreras prácticas y legales que existan a la hora de iniciar un procedimiento judicial, como por ejemplo, limitar el período de tiempo para comenzar una investigación⁶⁷. Para la Relatora Especial de la ONU:

La violencia institucional contra las mujeres y sus familias está presente en todos los aspectos de la forma en que los Estados reaccionan ante el homicidio de mujeres, que pueden consistir en tolerarlos, echar la culpa a las víctimas, imposibilidad de acceder a la justicia y a recursos efectivos, negligencia, amenazas, corrupción y abuso por parte de funcionarios.⁶⁸

59

La CIDH también ha observado que en estas situaciones se suscitan retrasos injustificados a la hora de efectuar las diligencias necesarias y consideró que se debe a una percepción de estos casos como no prioritarios.⁶⁹ En este sentido, señaló que en las denuncias por desaparición “las autoridades cometen dos clases de violaciones: 1) no proceden a buscar a la víctima con celeridad y 2) la descalifican y culpabilizan por sus acciones y, por lo tanto, la señalan como no merecedora de acciones estatales para localizarla y protegerla”.⁷⁰ Además, consideró que los Estados deben asegurar que los servicios encargados de brindar atención a las mujeres víctimas de violencia sexual estén disponibles los 365 días del año y las 24 horas del día.⁷¹

En definitiva, una de las principales fallas a la hora de proteger adecuadamente a las mujeres víctimas de violencia suele aparecer desde la primera

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

⁶³ Ibídem, párr. 198.

⁶⁴ Ibídem, párr. 199.

⁶⁵ Ibídem, párr. 147.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°31, cit., párr. 54.o).

⁶⁸ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2012, párr.28.

⁶⁹ CIDH. Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.Doc.68, 20 enero 2007, p. 65.

⁷⁰ Ibídem, p. 68.

⁷¹ CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, cit., p. 112.

respuesta por parte de las autoridades ante una denuncia, que es un paso vital para asegurar la seguridad de la mujer.⁷²

En “Campo Algodonero”, la Corte IDH concluyó que “más allá de diligencias rutinarias y formales, el Estado no presentó alegatos ni prueba sobre acciones tomadas [...] para movilizar al aparato investigador en la búsqueda real y efectiva de las víctimas”.⁷³ Por ello, sentenció que México “no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de las denuncias de desaparición, dejando perder horas valiosas”⁷⁴ y lo declaró responsable por no haber cumplido con su deber de prevención. La Corte IDH consolidó este apartado diciendo que este incumplimiento del deber de garantía “es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado -el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad- y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará”.⁷⁵

El caso “Veliz Franco”

En esta sentencia se analizó la falta de respuesta eficaz de Guatemala a la denuncia presentada por la desaparición de María Isabel Veliz Franco, de 15 años, así como las posteriores falencias en la investigación de los hechos. En dicha denuncia, realizada el 17 de diciembre de 2001, a las 16 horas, la madre de la víctima había manifestado que el 16 de diciembre, es decir, el día anterior, su hija había salido de su casa a las ocho de la mañana hacia su trabajo y no había regresado. También declaró que ese mismo día había acudido por la mañana al almacén donde trabajaba su hija y fue informada que el día anterior, a eso de las 19 horas, se presentó un muchacho que preguntó por María Isabel y que presumiblemente ambos se fueron juntos. El 18 de diciembre, gracias a una llamada anónima, a las 14.15 horas los agentes policiales encontraron en un predio baldío el cuerpo de María Isabel.

En resumen, a Veliz Franco se la vio por última vez a las 19 horas del 16 de diciembre, su madre realizó la denuncia a las 16 horas del 17 de diciembre y a las 14.15 horas del 18 de diciembre se encontró el cuerpo sin vida. Cabe preguntarse si Guatemala falló en la obligación de prevención, considerando el poco tiempo en el que se desencadenaron los hechos.

Justamente, lo que permiten los estándares es no desviar la atención hacia el tiempo transcurrido; es irrelevante si pasaron dos horas, un día, seis meses o tres años. Sería sumamente arbitrario establecer un plazo estricto. Por eso es que se debe centrar la atención en los hechos y en las acciones realizadas u omitidas y no en un lapso de tiempo determinado y fijo.

En primer lugar, la Corte IDH adelantó que “la 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”,⁷⁶ reafirmando la trascendental importancia del contexto a la hora de evaluar las obligaciones del Estado y su responsabilidad internacional. La Corte IDH observó que para diciembre de 2001 Guatemala atravesaba una escalada de violencia homicida, que afectaba particularmente a las

⁷² Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2013, párr. 50.

⁷³ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, cit., párr.180.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 284.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, cit., párr. 65.

mujeres y que varios de los atentados eran por razones de género.⁷⁷ Asimismo, concluyó que si bien no podía aseverarse que todos los homicidios de mujeres sucedidos en la época de los hechos fueran por razones de género, resultaba verosímil que el de María Isabel sí lo fuera, de acuerdo a cómo se encontró el cuerpo de la niña.⁷⁸

En segundo lugar, según expresó la madre de la víctima, los funcionarios estatales tampoco le permitieron formalizar su denuncia: le dijeron que regresara horas después y luego manifestaron que no podían atenderla, porque debía esperar de 24 a 72 horas.⁷⁹

Ahora bien, la Corte IDH volvió a hacer referencia a la “teoría de los dos momentos”, es decir, a las obligaciones que tiene el Estado antes de la desaparición de la persona y después de que recibe la denuncia. Tal como determinó en “Campo Algodonero”, reiteró que:

La eventual falta de prevención de la desaparición no conlleva *per se* la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste conocía o debía conocer [...] una situación de incremento de actos violentos que involucraba actos cometidos contra mujeres, inclusive niñas, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para la víctima de este caso. Aunque el contexto en este caso y las obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres, en especial las niñas, que incluye el deber de prevención [...], no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas.⁸⁰

Desechada entonces la responsabilidad del Estado antes de realizada la denuncia, el análisis más profundo comienza en este “segundo momento”. Y es allí donde la Corte IDH vuelve a dejar en claro qué es lo que se debe analizar para determinar si hubo una falla en el deber de prevención en casos de violencia de género:

Corresponde dilucidar si, dadas las circunstancias particulares del caso y el contexto en que se inserta, el Estado tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que María Isabel fuera agredida y si, dado lo anterior, surgió un deber de debida diligencia que 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 la víctima. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas.⁸¹

Asimismo, la Corte IDH agregó que:

A fin de dilucidar la existencia de responsabilidad internacional estatal, debe determinarse si, en el caso concreto, existía una situación de riesgo atinente a la niña y si, respecto de la misma, el Estado pudo adoptar, en el marco de sus atribuciones, medidas tendientes a prevenirla o evitarla y que razonablemente juzgadas, fueran susceptibles de lograr su cometido.⁸²

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 73.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 178.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 94.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 139.

⁸¹ *Ibidem*, párr. 141.

⁸² *Ibidem*, párr. 142.

Para ello, la Corte IDH divide su análisis en tres partes: a) si el Estado tuvo oportunamente, o debió tener, conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato en que se encontraba Veliz Franco; b) si, en su caso, tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación y, de ser así, c) si concretó la diligencia debida con medidas o acciones para evitar la lesión de los derechos de la niña nombrada. De esta forma, la Corte IDH reconfigura el estándar sobre el deber de prevención en casos de violencia de género.

Vale destacar que la CIDH también ha interpretado que la obligación jurídica de actuar con la debida diligencia en casos de violencia contra la mujer comprende el deber de responder a las acciones de actores no estatales y particulares al conocer de una situación de riesgo real e inmediato para una mujer, y a las posibilidades reales de prevenir o evitar ese riesgo.⁸³ Asimismo, la Relatora de Naciones Unidas en la material ya había adelantado que el estándar de debida diligencia debía observar si las medidas de protección disponibles en el ámbito interno eran adecuadas para responder a la situación y si éstas fueron implementadas.⁸⁴

En “Veliz Franco”, en primer lugar, los jueces remarcaron que las autoridades, mediante la denuncia efectuada por la madre de la víctima, conocieron que María Isabel se encontraba desaparecida y que habían pasado cerca de 20 horas, incluyendo toda una noche, desde que debió regresar a su hogar.⁸⁵ Así, concluyeron que a partir de esta denuncia, Guatemala estuvo en conocimiento de la situación de riesgo en que se encontraba la niña y que conocía, o debió conocer, que era posible que lo narrado se insertara en un contexto que potenciaba la posibilidad de una lesión a sus derechos.⁸⁶

Con respecto al segundo punto, la Corte IDH consideró que había quedado establecida la posibilidad cierta de que María Isabel estuviera viva cuando su madre denunció su desaparición y que, en todo caso, la falta de certeza al respecto era atribuible a la falta de determinación por parte del Estado del momento preciso del deceso⁸⁷ (según el forense, la niña había sido asesinada el 17 de diciembre a la noche). Por ello, hubo posibilidades razonables de evitar la consumación.

Finalmente, en cuanto al tercer punto, la Corte IDH afirmó que luego de recibida la denuncia el Estado no realizó ninguna acción tendiente a buscar a la niña, investigar lo sucedido o evitar eventuales vulneraciones de derechos⁸⁸ y añadió que “luego de una denuncia de desaparición o secuestro, los Estados deben actuar con prontitud en las primeras horas y días”.⁸⁹ Por ello, concluyó que Guatemala había violado los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 19, así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará.⁹⁰

⁸³ CIDH, Informe No.86/13, Casos 12.595, 12.596 y 12.621, Ana Teresa Yarce y otras Vs. Colombia, 4 de noviembre de 2013, párr. 252.

⁸⁴ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2013, párr. 72.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, cit., párr. 146.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 154.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 155.

⁸⁸ *Ibidem*, párrs. 95 y 155.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 155.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 158.

5. Conclusión

Por más que resulte al menos llamativo que a un Estado se lo condene por fallar en el deber de prevención de un homicidio cuando transcurrieron menos de 24 horas entre que tomó conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato y la consumación del hecho, esto no debe sorprendernos. Lo central no es el tiempo, sino el estándar elaborado por la Corte IDH. Lo positivo de este método es que no interesa si se habla de 24 horas, una semana o dos meses; no existe un plazo determinado sino que la responsabilidad del Estado se analizará sobre la base de cómo actuó desde el primer momento. Vale reiterar que en el presente artículo nos focalizamos en el deber de prevención, lo que no impide que igual se pueda atribuir responsabilidad por fallas en los deberes de investigar, sancionar y reparar.

Entonces, para determinar cuánto se le exige al Estado a la hora de prevenir, en primer lugar será fundamental analizar el contexto: mientras peor sea la situación general contra las mujeres, más rápida debe ser la respuesta. En otras palabras, si el hecho se enmarca en un determinado lugar donde en ese momento se registran numerosos antecedentes de violencia contra la mujer, la obligación de actuar prontamente y con la debida diligencia será mayor.⁹¹ Y en segundo lugar, será esencial observar cómo reaccionó el Estado y qué respuestas brindó.

Lo novedoso del caso “Veliz Franco” con respecto a lo señalado en “Campo Algodonero” es que, por un lado, deja sentado que lo trascendental no es el tiempo sino qué hizo el Estado, y, por otro lado, brinda más claridad y reestructura del estándar. Ya no se dice únicamente que hay que actuar rápido cuando se registren denuncias de desaparición de mujeres o niñas en contextos de violencia de género; ahora, para analizar la responsabilidad del Estado, hay que observar 1) si tenía conocimiento, o debió tenerlo, sobre la situación de riesgo real e inmediato, 2) si tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar posteriores vulneraciones y 3) si concretó la diligencia debida con medidas o acciones para ello.

Sobre el primer punto, conforme a lo establecido en “Campo Algodonero” y “Veliz Franco”, la responsabilidad comienza una vez que el Estado recibe la denuncia de la desaparición y queda informado del escenario particular, incluyendo el contexto en el que se enmarca puesto que éste ayudará a comprender la dimensión del riesgo. Con respecto a las posibilidades de prevenir futuras violaciones, bajo la presunción de que la persona desaparecida está con vida, siempre se esperará una reacción apropiada. Vale destacar que probar el momento de un eventual asesinato será un deber del Estado. Por último, el análisis fundamental estará en observar qué hizo el Estado para prevenir ulteriores violaciones de derechos humanos desde un primer instante, sin importar el tiempo ni el desenlace.

Indudablemente, este estándar es un paso adelante en la lucha contra la violencia contra la mujer al exigir una respuesta casi inmediata ante las denuncias e impedir que los Estados se excusen de su responsabilidad “por no haber tenido tiempo de actuar”. Son inconmensurables los sufrimientos que se evitarían si los países de América y del mundo pudieran adecuarse a estos parámetros.

⁹¹ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2013, párr. 73.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, V. (2010), “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso Campo Algodonero en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, pp. 167-182.
- FERIA-TINTA, M. (2007), “Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica”, en *Revista CEJIL*, núm.3, pp. 30-45.
- KOENING, M. A. et al. (2003), “Women’s status and Domestic Violence in Rural Bangladesh: Individual- and Community-level Effects”, en *Demography*, vol. 40, núm 2, pp. 269-288.
- KOENING, M. A. et al. (2003), “Domestic Violence in Rural Uganda: Evidence From a Community-Based Study,” en *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 81, no. 1, pp. 53-60.
- NASH, C. (2014), “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal”, en STEINER, C. y URIBE, P., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Argentina, Eudeba, pp. 131-160.
- ZELADA, C. y OCAMPO ACUÑA, D. (2012), “Develando lo invisible: La feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey*, núm. 9, pp. 138-190.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.
- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.
- Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
- Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

- 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 No. 211.
- Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.
- Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.
- Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.
- Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.
- Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Informe No.54/01, Caso 12.051, María da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, 16 de abril de 2001.
- Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.
- Informe de Fondo No.80/11, Caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros Vs. Estados Unidos, 21 de julio de 2011.
- Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 diciembre 2011
- Informe No.86/13, Casos 12.595, 12.596 y 12.621, Ana Teresa Yarce y otras Vs. Colombia, 4 de noviembre de 2013.

Organización de las Naciones Unidas

- Asamblea General de Naciones Unidas, Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer, 2011.
- Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2014.
- Comité de Derechos del Niño, Observación General N°13: Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 2001.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°19: La Violencia contra la Mujer, 1994.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, 2013.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 31 sobre prácticas dañinas, 2014.
- Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias: Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer, Yakin Ertürk, 2007.

- Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2012.
- Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo, 2013.
- Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2014.
- Consejo Económico y Social. Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer. La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, 2006.
- Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Caso Osman Vs. Reino Unido. Sentencia del 28 de octubre de 1998.
- Caso Opuz Vs. Turquía. Sentencia del 9 de septiembre de 2009.
- Caso Rantsev Vs. Chipre y Rusia. Sentencia del 10 de mayo de 2010.



Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos

Andrea Catalina Zota-Bernal
Universidad Nacional de Colombia
y Universidad Autónoma de Madrid
aczotab@unal.edu.co

Resumen

El artículo recoge un análisis de la incorporación de la interseccionalidad en las sentencias de la Corte-IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. El texto analiza: i) la emergencia de la interseccionalidad en el análisis jurídico y político a través de los estudios críticos del derecho; ii) la recepción del concepto y revisiones en las ciencias sociales, las políticas públicas y el derecho; iii) su impacto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; iv) su incorporación en el Sistema Interamericano de Protección de DDHH, en especial en pronunciamientos sobre derechos humanos de las mujeres -Comisión IDH y Corte Interamericana-; y v) su potencialidad para una interpretación de los DDHH como interdependientes, interrelacionados e indivisibles.

Palabras clave

Interseccionalidad, género, pueblos indígenas, migración, Sistema Interamericano de protección de derechos, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Incorporation of Intersectional Analysis in the Inter-American Court of Human Rights's judgement about vulnerable groups, its relation to the interdependence and indivisibility of human rights

Abstract

The paper provides an analysis about the inclusion of intersectionality in the Inter-American Court of Human Rights' judgments on vulnerable groups, its relation to the interdependence and indivisibility of human rights. The text analyzes: i) the emergence of intersectionality in the legal and political analysis through the critical legal studies; ii) the concept's reception and its reviews in the social sciences, public policy and law; iii) its impact on the International Law of Human Rights; iv) its incorporation into the Inter-American Protection System of Human Rights, especially in pronouncements about women's human rights -Commission and Inter-American Court; v) its potential for an interpretation of human rights as interdependent, interrelated and indivisible.

Keywords

Intersectionality, gender, indigenous peoples, migration, Inter-American System for the protection of Human Rights, indivisibility and interdependence of human rights.

1. La emergencia de la interseccionalidad como categoría de análisis jurídico y político

El concepto de interseccionalidad fue introducido por la profesora de derecho Kimberlé Crenshaw en 1989, como un cuestionamiento a la dogmática jurídica y a las críticas feministas y raciales del derecho. Su propuesta conceptual se sitúa en los debates y la emergencia de otras voces al interior de los Estudios Críticos del Derecho (CLS) en Estados Unidos (Pérez Lledó, 1993: 342).

Pese a que los Estudios Críticos del Derecho se caracterizan por su heterogeneidad, diversidad teórica y metodológica y la apuesta por la interdisciplinariedad (Pérez Lledó, 1993: 3-10), convergen en la crítica de:

“1) las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático y su imposibilidad de resolverlas racionalmente; 2) la función ideológica de legitimación que dicho pensamiento lleva a cabo en las sociedades capitalistas modernas, y 3) la posible transformación progresista de la sociedad según una concepción política de izquierda. Todos estos temas son tratados a partir de una visión crítica del derecho, lo cual pone de presente el predominio de una marcada corriente política de izquierda en el interior del movimiento (Tushnet, 1984).” (García Villegas, 2010: 111).

Crenshaw escribe desde la crítica racial¹ y simultáneamente desde una posición feminista²; si bien estas corrientes emergen de los CLS, sus diferentes valoraciones sobre el valor emancipatorio del discurso de los derechos, marcaron su posterior separación (García Villegas, 2010: 121).

La interseccionalidad se formuló como una metáfora para representar, por un lado, la ubicación de las mujeres afroamericanas subordinadas simultáneamente en términos de raza y género, la multidimensionalidad de sus experiencias, y por otro, su exclusión en la legislación y las políticas estadounidenses antidiscriminatorias, feministas y antirracistas. Puso de relieve como experimentaban discriminaciones cualitativamente diferentes respecto a las mujeres en general y a los hombres afroamericanos.

En ese sentido Crenshaw evidenció que la definición de “mujer” se acercaba a las experiencias de mujeres blancas, de clase media y heterosexuales y la noción de “afroamericano” aludía a hombres, heterosexuales, afro (Crenshaw, 1989); con esto ejemplificaba como las categorías raza y género se definían en términos del grupo dominante, pese a la heterogeneidad de las mujeres y la población afro descendiente que pretendían representar. De esa manera las mujeres afro descendientes estaban ausentes en los conceptos de género y raza que inspiraban el derecho y las políticas feministas y antidiscriminatorias de la época.

Para aproximarse a esa ausencia y a la consecuente marginalización que producía, la autora analizó tres decisiones judiciales que evidenciaban las

¹ Los estudios de la crítica racial: *difícilmente comparten una metodología o una línea doctrinaria homogénea. Aun así, han coincidido en dos intereses fundamentales. El primero tiene que ver con resolver la pregunta acerca de cómo un régimen de supremacía racial blanca ha logrado instalarse y perpetuarse en Estados Unidos –subordinando a las minorías afrodescendientes– y cómo el derecho ha influido en la preservación de ese estado de cosas. Y el segundo consiste en modificar la relación existente entre el régimen de subordinación racial y los fundamentos jurídicos que lo soportan* (García Villegas, 2010: 119).

² La teoría jurídica feminista *se fundamenta en la creencia de que el derecho ha sido un elemento fundamental en la subordinación histórica de la mujer. (...) se dedican a denunciar la manera como el derecho discrimina a las mujeres, y a intentar mejorar su situación mediante un rediseño del derecho. Tres tipos de feminismo crítico frente al derecho (...): el feminismo liberal, el cultural y el crítico* (García Villegas, 2010: 122-124).

dificultades de la interpretación judicial al abordar la interseccionalidad entre raza y género y por ende la situación de mujeres afroamericanas. Los casos revisados fueron: i) DeGraffenreid vs. General Motors; ii) Moore vs. Hughes Helicopters; y iii) Payne vs. Traveno.

En esos casos se demandaba la aplicación de medidas antidiscriminatorias para las mujeres afro como grupo, siendo desestimados al considerar que el Congreso estadounidense no las había definido como un colectivo susceptible de discriminación per se, ni había previsto instrumentos de protección frente a discriminaciones de ese tipo. Es decir, sus argumentos fueron rechazados al no haber sido promovidos desde su pertenencia al colectivo “mujeres” o al de “afro descendientes”. Por tanto, ese discurso doctrinal definió las medidas de antidiscriminación racial y sexual desde las necesidades de las mujeres blancas y los hombres afro, cuando los requerimientos de las mujeres afroamericanas difirieran de esos modelos no podían esperar ni reconocimiento ni protección (Crenshaw, 1989).

En el primer caso (DeGraffenreid vs. General Motors) cinco demandantes cuestionaban la política de antigüedad promovida por su empleador, pues perpetuaba la discriminación contra las mujeres afro. Según las demandantes antes de la promulgación del Acta de Derechos Civiles en 1964, la empresa no contrataba a mujeres afroamericanas y todas las que fueron contratadas desde 1970 perdieron sus trabajos durante la siguiente recesión. A juicio de la corte, la empresa contrataba mujeres – mujeres blancas- mucho antes de 1964, por ese hecho se desestimaron los argumentos de discriminación sexual. En cuanto a la posible discriminación racial la corte rechazó los argumentos por no haber presentado sus demandas como sujetos del colectivo afro descendiente, remitiéndose al fallo Mosley vs. General Motors en el cual los demandantes argumentaron conjuntamente como grupo de trabajadores afro descendientes la existencia de prácticas raciales discriminatorias por parte de la empresa; con esto se impuso una interpretación judicial que hacía necesario enmarcar las pretensiones no como “mujeres afro descendientes” sino solamente como “afro descendientes” (Crenshaw, 1989).

En el segundo caso (Moore vs. Hughes Helicopters) la accionante argumentaba que el empleador ponía en marcha una política de promoción de los cargos de supervisión y de alto nivel con un contenido discriminatorio en términos raciales y de género, presentó información estadística que documentaba la disparidad entre trabajadores hombres y mujeres y entre trabajadores hombres blancos y afro en cargos de supervisión. La corte desestimó el caso y el uso de dichas estadísticas por considerar que la accionante lo promovió como mujer afroamericana y no como “mujer”, por ende no podía alegar discriminación sexual, pues se generaban dudas sobre su capacidad de representar a todas las mujeres empleadas (Crenshaw, 1989).

El tercer caso (Payne vs. Traveno) dos mujeres afro alegaron discriminación racial en representación de los trabajadores afro hombres y mujeres de una planta farmacéutica. La corte cuestionó que las demandantes pudieran representar tanto a hombres como mujeres afro a la vez.

Para ilustrar, la multidimensionalidad de las discriminaciones contra las mujeres afroamericanas, Crenshaw utilizó la metáfora del tránsito vehicular en un cruce de carreteras. En el cruce es posible viajar en cuatro direcciones, si se produce un accidente puede ser ocasionado por un vehículo desde cualquiera de esas direcciones o incluso por varios o todos los que se encuentren en las vías. Es

decir las discriminaciones pueden ser originadas por una sola causa – clase, género, raza- pero también por la articulación de estas y por tanto ser experimentada como mujeres afro, lo cual no es sinónimo de la suma aritmética de esas causas (Crenshaw, 1989).

En cuanto a las dificultades jurisprudenciales al analizar esas situaciones, la autora considera que las decisiones judiciales que niegan la aplicación de disposiciones antidiscriminatorias, argumentando que las mujeres afro no son reconocidas como grupo específico susceptible de protección, se asemejan a la labor de un profesional de la salud en la escena de un accidente que atiende a la víctima solo después de revisar que la lesión es cubierta por su seguro médico. Así mismo las decisiones que establecen la necesidad de promover el caso como mujeres o como afrodescendientes, son análogas a un accidente en el que se llama a la ambulancia una vez se identifica al conductor responsable de las lesiones (Crenshaw, 1989: 63). Ese tipo de decisiones judiciales se asemeja a la atención de accidentes complejos en los que se involucran varios conductores –múltiples responsables-, por lo que solo existen rastros de su participación simultánea pero su identificación se hace difícil, su responsabilidad se elude y no se atiende oportunamente a las víctimas.

Esos efectos de la invisibilización teórica, política y jurídica de las mujeres afro hacían que paradójicamente las políticas antidiscriminatorias agravaran sus condiciones de subordinación, pues las dejaba por fuera de los ámbitos de conceptualización, intervención y protección.

El análisis interseccional permitió identificar la invisibilidad de las mujeres afro descendientes y posteriormente se constituyó en una herramienta para rastrear otras experiencias e identidades que se dejaban de lado en los análisis unidimensionales de la discriminación. Ese tránsito lo plantea Crenshaw al aclarar que si bien ha privilegiado los cruces entre las categorías de género y raza, es necesario explorar las múltiples dimensiones de la identidad, pues factores como la clase y la sexualidad -entre otros- definen las experiencias de las mujeres de color y en ese sentido analiza las situaciones complejas de otras mujeres como las migrantes (Crenshaw, 1994). Ese tránsito de la interseccionalidad para analizar la situación de otras mujeres, se recoge especialmente en la expresión mujeres de color³ usada por Crenshaw, que será rescatada posteriormente en el debate estadounidense ya no como un marcador racial o un término para movilizar acciones contra la discriminación racial, sino como un termino coalicional contra múltiples opresiones (Lugones, 2008).

De esa manera, para Crenshaw la interseccionalidad está compuesta por tres dimensiones interrelacionadas: i) estructural; ii) política y iii) representacional. La dimensión estructural se refiere a las diferentes localizaciones de las mujeres afro en la intersección entre raza y género y como esas diversas posiciones inciden

³ Ese sentido de la expresión mujeres de color, será recogida posteriormente por otras autoras como María Lugones, como un concepto: *originado en los Estados Unidos por mujeres víctimas de dominación racial, como un término coalicional en contra de las opresiones múltiples. No se trata simplemente de un marcador racial, o de una reacción a la dominación racial, sino de un movimiento solidario horizontal. 'Mujeres de color es una frase que fue adoptada por las mujeres subalternas, víctimas de dominaciones múltiples en los Estados Unidos y no apunta a una identidad que separa, sino a una coalición orgánica entre mujeres indígenas, mestizas, mulatas, negras: Cherokees, Puertorriqueñas, Sioux, Chicanas, Mexicanas, Pueblo, en fin, toda la trama compleja de las víctimas de la colonialidad del género. pero participando en la trama no como víctimas, sino como protagonistas de un feminismo descolonial. La coalición es una coalición abierta, con una intensa interacción intercultural.* (Lugones, 2008, p. 13). [Subraya fuera del texto original].

en la experiencia de la discriminación, la violencia y la subordinación (Crenshaw, 1994).

El nivel político de la interseccionalidad señala que las mujeres de color se encuentran inmersas en al menos dos grupos subordinados, los cuales construyen agendas que tienden a entrar en conflicto. Confrontar solamente el racismo haría que se reproduzcan pautas sexistas y a su vez apostar por eliminar el sexismo sin vincular esas demandas con el antirracismo, generaría prácticas racistas al interior del feminismo. Ante esa situación las mujeres de color deben dividir sus esfuerzos políticos, a diferencia de las mujeres blancas y los hombres de color. Esa paradoja hace que esos mismos movimientos de emancipación social contribuyan al desempoderamiento de las mujeres de color (Crenshaw, 1994).

El carácter representacional de la interseccionalidad alude a los procesos de construcción cultural de las mujeres de color y de sus representaciones y el rol de esas imágenes en su marginalización ulterior (Crenshaw, 1994).

La interseccionalidad se presenta como una categoría de análisis sobre las interacciones y los mecanismos a través de los cuales se constituyen mutuamente los diferentes sistemas de opresión, en cada caso y cada contexto.

2. Recepción y revisiones ulteriores

Pese a que el término emergió como una categoría de análisis jurídico y político, el estudio de las relaciones entre diferentes sistemas de opresión se llevaba a cabo con anterioridad por parte de diversas corrientes feministas.

El sufragismo y sus alianzas con el movimiento abolicionista se dieron en torno al uso del discurso de los derechos y su universalidad, planteando la igualdad con independencia de criterios como el género y la raza. Sin embargo, mediante el célebre discurso “*Ain’t i a woman?*” Sojourner Truth puso de relieve como la femineidad asociada al trabajo de cuidado, la maternidad y la fragilidad solo explicaban la experiencia de las mujeres blancas, no la de las mujeres esclavas o liberadas para quienes el trabajo forzado, la fuerza física y la separación de sus hijos para ser vendidos como esclavos era la regla⁴. Ese discurso evidenció por primera vez las dificultades del universalismo para dar cuenta de los derechos de las mujeres afro descendientes:

Sojourner Truth (...) Ligada al movimiento abolicionista, fue la única mujer de color que asistió a la Primera Convención Nacional de Derechos de la Mujer, en Worcester, en 1850. El discurso que pronunció en 1851, en la Convención de Akron, puso de manifiesto las quiebras de la argumentación pretendidamente universalista que mantenían las sufragistas blancas. Sojourner introduce por vez primera la intersección entre raza y género (...) plantea la quiebra de la identidad homogénea y hegemónica que afirmaban las sufragistas, la pretendida universalidad de una *sisterhood* que se revelaba falsa (Sánchez Muñoz, 2001, pp. 46-47).

⁴ Un extracto del discurso de Sojourner Truth que refleja la particular situación de las mujeres afro descendientes: *Los hombres dicen que las mujeres necesitan ayuda para subir a las carretas y para pasar sobre las zanjas y que deben tener el mejor puesto en todas partes. Pero a mi nadie nunca me ha ayudado a subir a las carretas o a saltar charcos de lodo o me ha dado el mejor puesto! y ¿Acaso no soy una mujer? ¡Mírenme! ¡Miren mis brazos! ¡He arado y sembrado, y trabajado en los establos y ningún hombre lo hizo nunca mejor que yo! Y ¿Acaso no soy una mujer? Puedo trabajar y comer tanto como un hombre – cuando puedo conseguirlo- y también puedo aguantar el latigazo! Y ¿Acaso no soy una mujer? Parí trece hijos y vi como todos fueron vendidos como esclavos, cuando lloré con mi dolor de madre nadie, excepto Jesús, me escuchó y ¿Acaso no soy una mujer? (...) ¿Qué tiene a que ver todo esto con los derechos de las mujeres y de los negros?* [traducción propia] (Truth, 1851).

Esas primeras críticas sirvieron de antecedente a la corriente feminista afroamericana que interpeló la hegemonía del feminismo blanco y realizó sus primeras interpretaciones sobre interseccionalidad:

En sus inicios los estudios de interseccionalidad se dirigieron contra la hegemonía del feminismo blanco en la academia estadounidense, demostrando, como lo hicieron Angela Davis, Audre Lorde, bell hooks o June Jordan que la categoría mujer empleada por muchas teorías feministas había sido constituida con base en la experiencia de las mujeres privilegiadas por razones de clase y raza, ignorando la situación de las mujeres cuya situación social era diferente. (Viveros, 2010: 1) citando a Viveros (2008).

De manera reciente, las corrientes feministas del Sur global - "tercermundista"- y poscolonial han realizado análisis interseccionales a partir del género, la clase, la raza y la sexualidad, como apuesta para confrontar identidades esencializadas bajo el concepto "mujer". Estos análisis señalaron la imbricación de diversos sistemas de opresión, en escenarios como el capitalismo, los nacionalismos, e incluso a interior del feminismo (Curiel Pichardo, 2007). Por ejemplo el feminismo chicano propuesto por Gloria Anzaldúa⁵ sitúa a los sujetos en fronteras geopolíticas, culturales, sexuales de raza, en donde se tejen opresiones complejas y se definen identidades múltiples, fusionadas, contradictorias, híbridas, fronterizas (Anzaldúa, 1988).

El concepto de interseccionalidad impactó y fue desarrollado tanto por las ciencias sociales como por el derecho y las políticas públicas, ampliando el análisis sobre otros sujetos y categorías de discriminación. El trabajo de Crenshaw influenció las propuestas de sociólogas y juristas feministas, tanto afro descendientes, como asiáticas y latinas e incluso fue usado para explorar las desventajas de los hombres y trabajadores afroamericanos (Barrère Unzueta, 2010: 233).

Si bien el concepto se difundió en los debates feministas, ha sido ampliado. En especial se ha señalado que la interseccionalidad permite identificar la invisibilización histórica y teórica de las mujeres de color, pero que es preciso abandonar una lógica categorial que estudia la articulación de factores como raza, género, clase y sexualidad, como categorías separadas.

Frente a ese esquema se propone entender las redes de opresiones como fusionadas de manera indisoluble (Lugones, 2008: 25), pues no es posible fragmentar y etiquetar las identidades y lealtades⁶ que movilizan la agencia de los sujetos sin reproducir una imagen incompleta de su experiencia (Anzaldúa, 1988).

⁵ Anzaldúa caracterizó la frontera entre México y Estados Unidos como una *herida abierta*, que sangra y no cicatriza, donde "primer" y "tercer mundo" se fusionan para formar un tercer campo, una cultura fronteriza; desde allí se formula la noción de *pensamiento fronterizo* donde *the new mestiza* como ser de frontera, es una alternativa a los límites que imponen identidades esencializadas bien sea nacionales o feministas (Anzaldúa, 1987).

⁶ *Soy una puente columpiada por el viento, un crucero habitado por torbellinos, Gloria, la mediadora, montada a horcajadas en el abismo. "Tu lealtad es a La Raza, la Movimiento Chicano", me dicen los de mi raza. "Tu lealtad es al Tercer Mundo", me dicen mis amigos negros y asiáticos. "Tu lealtad es a tu género, a las mujeres", me dicen las feministas. También existe mi lealtad al movimiento gay, a la revolución socialista, a la Epoca Nueva, a la magia y a lo oculto. ¿Qué soy? Una lesbiana feminista tercermundista inclinada al marxismo y al misticismo. Me fragmentarán y a cada pequeño pedazo le pondrán una etiqueta. ¿Me dices que mi nombre es la ambivalencia? Piensa en mí como Shiva, con un cuerpo de muchos brazos y piernas con un pie en la tierra color café, otro en lo blanco, otro en la sociedad heterosexual, otro en el mundo gay, otro en el mundo de los hombres, de las mujeres, un brazo en la clase obrera, los mundos socialistas y ocultos. Un tipo de mujer araña colgando por un hilo de su telaraña. Mi identidad es de mujer. Quien ultraja a las mujeres, me insulta a mí. Mi identidad es*

Además se ha establecido que la fusión de las estructuras de opresión no fija de manera absoluta la ubicación de los sujetos como víctimas o como opresores, pues también construye relaciones de prestigio y privilegio que complejizan esa dualidad. Esto hace que la localización de los sujetos sea dinámica, situada espacial y temporalmente y susceptible de modificación a través de la agencia de los mismos (Esguerra Muelle & Bello Ramírez, 2014).

La interseccionalidad entendida como una fusión de opresiones, rechaza una interpretación cuantitativa basada en una sumatoria y acumulación de categorías de opresión que despoja a los sujetos de resistencia y agencia (Esguerra Muelle y Bello Ramírez, 2014: 26) citando a (Dorlin, 2009).

3. Impacto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Los factores de discriminación han sido abordados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por medio de instrumentos de protección temáticos, es decir en una lógica de categorías separadas como la raza, el género, la etnia, la clase, etc. (Barrère Unzueta, 2010). Sin embargo la interseccionalidad ha sido acogida paulatinamente en los instrumentos e interpretación internacional de los Derechos Humanos.

Esa incorporación gradual de la interseccionalidad ha permitido superar un análisis unidimensional –solo un eje de discriminación- para introducir inicialmente una interpretación múltiple de la discriminación -dos o más ejes de opresión, aunque dejando de lado sus interdependencias- y posteriormente las interacciones y fusiones dinámicas y contextualizadas entre los ejes –la interseccionalidad en estricto sentido- (Coll-Planas y Cruells, 2013).

Este último enfoque se ha establecido diferenciadamente algunas veces en términos ambiguos en los textos normativos, sin embargo se ha materializado a través del *soft law* -recomendaciones e informes de las instancias de seguimiento y aplicación de los instrumentos⁷- tanto en el sistema de protección de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas, como en los sistemas regionales. En los últimos años la noción también ha empezado a introducirse en las decisiones de los Tribunales Internacionales⁸.

de lesbiana. Quien insulta a las lesbianas me ultraja a mí. Mi identidad es de feminista. Quien menosprecia el feminismo me desprecia a mí (Anzaldúa, 1988: 165).

⁷ Este artículo se centra en la incorporación de la interseccionalidad en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, no obstante en el ámbito europeo esta emergencia se ha dado en varias etapas: i) a partir del año 2000 mediante la caracterización de las mujeres como sujetos habitualmente discriminados de manera múltiple: recogido en las directivas 43 y 78 del Consejo de la Unión Europea; ii) a partir del año 2013 se analiza la situación de otros sujetos históricamente discriminados de manera múltiple: Resoluciones del Parlamento Europeo del 12 de marzo de 2013 sobre mujeres con discapacidad, del 4 de febrero de 2014 sobre homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y Resolución del 25 de febrero de 2014 sobre violencia de género; y iii) un enfoque más amplio de la discriminación en la Resolución del Parlamento Europeo del 26 de febrero de 2014 al abordar la prostitución y la explotación sexual, como fenómenos vinculados a criterios como el género, la exclusión social, la edad, la pobreza, la vulnerabilidad, la migración, entre otros.

⁸ El artículo desarrollará las decisiones que incorporan la interseccionalidad en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, sin embargo en el ámbito europeo puede citarse como ejemplo de este proceso el caso Beauty Solomon contra España, en el cual el Tribunal europeo de Derechos Humanos condenó al estado por actos de discriminación en los que se articulaban factores como el género, la raza y el estatus social de la víctima.



4. Incorporación de la interseccionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de DDHH: se complejizan las discriminaciones, se diversifican las obligaciones estatales

Como se ha explicado, la noción de interseccionalidad emergió en el debate estadounidense, por lo que sus desarrollos posteriores insisten en la necesidad de localizar y contextualizar su aplicación con el fin de no transculturizar su contenido (Viveros, 2010).

Esa precisión es relevante a la hora de contextualizar su acogida en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, pues los estados que hacen parte de éste son muy diversos y experimentan de manera diferenciada las desigualdades sociales, aun cuando todos deban combatir la discriminación y la exclusión; esa tensión está reconocida en la Carta Social de las Américas:

la diversidad étnica, racial, cultural, religiosa y lingüística de los pueblos de América (...) así como la necesidad de combatir la discriminación y la exclusión social y de fomentar la inclusión, la tolerancia, el respeto a la diversidad y la igualdad de oportunidades (Carta Social de las Américas, 2012: 2).

La perspectiva interseccional fue recogida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, como un criterio interpretativo sobre las obligaciones internacionales de los Estados. Según ésta, condiciones como la raza o la migración pueden acentuar la vulnerabilidad de las mujeres a ser víctimas de violencia y experimentarla de manera diferenciada según la etapa del ciclo vital, las capacidades diversas o la ubicación socioeconómica de las mujeres, entre otras:

Artículo 9: (...) los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad (Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994).

Pese a que la interseccionalidad se introdujo en el Sistema Interamericano como un criterio de interpretación sobre la violencia contra las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH han ampliado su aplicación al análisis de la discriminación de otros grupos en situación de vulnerabilidad.

No obstante, es importante analizar de qué manera se ha dado su incorporación en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, en especial si este proceso ha correspondido a una interpretación cuantitativa (sumatoria de factores de opresión) o si se ha acogido la lectura proveniente de las ciencias sociales, como una fusionalidad de opresiones. Esto se analizará al revisar el contenido de las sentencias y demás instrumentos del sistema interamericano.

Su incorporación ha permitido identificar la complejidad en la que se sitúan los sujetos pertenecientes a grupos sociales que históricamente han experimentado exclusiones y desventajas para acceder a los recursos, las oportunidades y a la movilidad social (Rodríguez Vignoli, 2001). Estos han sido catalogados como “grupos vulnerables” y sus condiciones son producto de diversas relaciones

sociales, económicas, culturales y políticas, desiguales; es decir, la vulnerabilidad⁹ no es una característica intrínseca, existencial o natural de estos colectivos, si no el resultado de las mencionadas relaciones de poder. De esa forma la ubicación, la identidad, los intereses, las desventajas, la composición y las jerarquías internas de los grupos vulnerables son aspectos en permanente transformación.

En ese sentido, el concepto de vulnerabilidad como criterio cohesionador y que moviliza la acción ha sido cuestionado e interpretado como contrario a la resistencia y la agencia¹⁰, pues se ha asociado con la indefensión y la debilidad. Con esto se ha ignorado que todas las personas y los grupos son agentes y participan en la construcción de discursos de poder, pero simultáneamente también se encuentran – de manera diferenciada- influenciados y atravesados por esos discursos. De esa manera la vulnerabilidad y la resistencia operan juntas, no se contraponen (Butler, 2014), por lo que la noción de “grupos vulnerables” no alude a sujetos débiles o con déficit de estrategias de lucha y movilización social, por el contrario se refiere a un conjunto de sujetos que pese a su heterogeneidad comparten en determinados contextos su ubicación en las relaciones sociales de poder y desde allí proponen transformaciones.

En el plano del derecho el uso de la vulnerabilidad y del concepto de grupos vulnerables se ha propuesto como una estrategia para desplazar del discurso jurídico -en especial del derecho antidiscriminatorio- la centralidad de la “igualdad de trato”. Esto para posicionar debates jurídicos estructurales sobre la opresión y buscar nociones más robustas de la equidad. Sin embargo el uso de la noción de grupos vulnerables por parte de Tribunales Internacionales de Derechos Humanos¹¹ puede traer consigo los riesgos potenciales de la categoría misma de vulnerabilidad –mencionados con antelación- como esencialización, estigmatización y paternalismo, por lo que es necesario que esta no sea utilizada como una simple etiqueta sino como una herramienta de análisis contextualizado y que no caracterice a estos sujetos como desprovistos de agencias y resistencias. Así la noción de grupos vulnerables debe usarse de manera reflexiva y situada (Peroni y Timmer, 2013).

En ese contexto, la interseccionalidad se constituye como una perspectiva de análisis útil para identificar las situaciones y requerimientos de los grupos vulnerables, la complejidad y la diversidad de las fuentes que generan la discriminación de estos grupos, sus diversas resistencias y a la vez reforzar una definición de estos como grupos no homogéneos, con jerarquías internas y que

⁹ Para revisar diferentes enfoques sobre la vulnerabilidad consultar Rodríguez Vignoli (2001: 20).

¹⁰ Las principales críticas a la idea de vulnerabilidad son las siguientes: i) refuerza el paternalismo pues los grupos etiquetados como “vulnerables” dentro del discurso de los derechos humanos o los regímenes legales (...) devienen “vulnerables” por definición, quedan fijados en una posición de indefensión y falta de agentividad. Todo el poder pertenece al estado y las instituciones internacionales que a día de hoy se supone que han de ofrecerles protección y apoyo.; y ii) los grupos dominantes pueden instrumentalizar su uso para garantizar sus privilegios y contrarrestar los avances de los sujetos subalternizados y marginalizados (Butler, 2014: 15) Frente a esas críticas Butler responde que infravaloran las resistencias que emergen de los grupos vulnerables y que el uso instrumental de la “vulnerabilidad” por los sujetos dominantes es un secuestro ideológico del término con el fin de expandir y racionalizar las desigualdades. (Butler, 2014: 15), por lo que propone que la vulnerabilidad, la agencia y la resistencia son conceptos que interactúan y operan juntas, no se contraponen.

¹¹ Por ejemplo, el uso del concepto de grupos vulnerables por la Corte Europea de Derechos Humanos inicio en el año 2001, en el caso Chapman v. Reino Unido, para referirse a mujeres romaníes, en ese caso la noción se asoció al estatus de minoría, posteriormente no solo se aplicó al pueblo romaní sino también a personas con discapacidades mentales, personas que viven con VIH y habitantes de calle, entre otros. Para catalogar a un grupo como vulnerable, la Corte Europea de Derechos Humanos sigue al menos tres criterios: particularidad del colectivo, su caracterización relacional, es decir respecto a otros sujetos y su análisis está basado en el daño (Peroni y Timmer, 2013).

requieren de coaliciones y articulaciones con otros colectivos para representar de manera más cercana las experiencias de los sujetos.

La interseccionalidad ha supuesto retos para el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en la interpretación judicial de las demandas de los grupos vulnerables y ha transformado las obligaciones estatales de garantía, protección reconocimiento y restitución de sus derechos (Grossman, 2005). Esta ha permeado en especial la interpretación de los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad y la población afrodescendiente¹². También ha permitido identificar algunas circunstancias que profundizan las situaciones de riesgo y de vulneración de sus derechos como la pobreza, la edad, el desplazamiento, la migración, el VIH, la privación de la libertad, entre otras. Sin embargo, como se mencionó, es necesario analizar la interpretación de la interseccionalidad que se ha realizado en el Sistema Interamericano, sus aportes y límites.

Pese a que el análisis interseccional se ha ampliado para aproximarse a la situación de otros grupos diferentes a las mujeres, ha sido en especial en la construcción de estándares del sistema interamericano sobre la prevención, investigación, sanción y reparación de actos de violencia y discriminación contra estas que se ha desarrollado el concepto.

Incorporación de la interseccionalidad en disposiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo con el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³, la Comisión profiere recomendaciones a los estados parte, informes temáticos, informes de admisibilidad de casos, solicitudes de información a los estados sobre cumplimiento de las medidas que adopte, observaciones in loco, medidas cautelares, informes de fondo y remisiones de casos a la Corte IDH. En dichos instrumentos ha introducido y desarrollado la noción de interseccionalidad.

Al abordar las situaciones de vulnerabilidad en las que se sitúan las mujeres, la CIDH ha destacado que no todas las experimentan de la misma forma, por ejemplo ha señalado los riesgos particulares de las niñas, las mujeres indígenas, las afrodescendientes y las mujeres migrantes, ocasionados por la ausencia de procesos y de atención diferenciada que garantice su acceso material a la justicia. Con ello para la CIDH si bien todas las mujeres enfrentan obstáculos para acceder a la justicia, barreras como el idioma, la ubicación rural, la situación administrativa irregular, la edad, la discriminación racial, pueden agravar esos obstáculos, por lo que se requiere que los estados garanticen sus derechos no solo por su condición

¹² Un ejemplo de la complejidad de abordar los asuntos raciales en los pueblos americanos de una manera homogénea es que es Norte América, y en América latina, la identidad mestiza tiene significados diferentes. Por ejemplo en el caso latinoamericano, esta es una identidad hegemónica que se ha consolidando en gran medida mediante la subalternización e invisibilización de lo afro e indígena y la exaltación de lo europeo. En ese sentido es importante recordar que: *la identidad mestiza que Anzaldúa defiende toma en el contexto norteamericano un significado diferente al que tiene en América Latina y el Caribe. En nuestra región ser mestiza responde a una ideología racista en la construcción del Estado- nación, es una identidad dominante. El mestizaje fue uno de los mecanismos ideológicos para lograr una nación homogénea, cuyos referentes legitimados eran una herencia fundamentalmente europea, en donde la genealogía indígena y africana desaparece. En Estados Unidos, en cambio, supone reconocerse subalterna y reivindicarse "latina": es un acto de resistencia* (Curiel Pichardo, 2007: 97).

¹³ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, modificado en el mes de Agosto de 2013.

de mujeres sino simultáneamente –según el caso- de indígenas, niñas, afro descendientes, migrantes, etc. (Comisión-IDH, 2011).

En ese sentido la Comisión ha identificado a las niñas como las mayores víctimas de violencia sexual, que encuentran grandes barreras de acceso a la justicia, en contextos de pobreza y de falta de garantía del interés superior de niñas y niños en la sociedad. Así la Comisión ha articulado las discriminaciones de género, etarios, étnicos y de ubicación socio-económica, por ejemplo en el caso *Valentina Rosendo Cantú* contra México (Comisión-IDH, 2011). En ese caso, la Comisión, en desarrollo del artículo 9 de la Convención Belem do Pará, señaló:

Esta situación se agrava por la condición de indígena y de menor de edad de Valentina Rosendo Cantú. Así, la CIDH ha recibido información sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas en su acceso a la justicia en especial cuando han sido víctimas de delitos de violación sexual cometidos por agentes del Estado (...) generalmente relacionados con la exclusión social y discriminación étnica que han sufrido históricamente. (Demanda presentada ante la Corte IDH - Caso Valentina Rosendo Cantú contra México, 2009)

A partir de esa articulación entre género, etnia y edad, la Comisión expuso que la Convención de Belém do Pará identifica la complejidad de la discriminación contra las mujeres y niñas indígenas y exige un cumplimiento cualificado del estado de su obligación de actuar con debida diligencia en casos de violencia contra estas:

La CIDH ha establecido que esta provisión se debe a que la discriminación, en sus distintas manifestaciones, no siempre afecta en igual medida a todas las mujeres: hay mujeres que están expuestas aún en mayor medida al menoscabo de sus derechos y a actos de violencia y discriminación. En dicho marco de responsabilidad internacional, los deberes del Estado bajo instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos adquieren connotaciones especiales en el caso de las niñas (...) Este deber, por su parte, se ve reforzado por la especial vulnerabilidad y exposición que tienen las niñas indígenas a actos de violencia contra las mujeres, reconocido por la Convención de Belém do Pará y por ello, el Estado mexicano tenía un deber reforzado de proteger los derechos humanos de Valentina Rosendo Cantú, por su minoría de edad, su sexo y su condición de indígena y la obligación de adoptar medidas especiales de cuidado y garantía. (Demanda presentada ante la Corte IDH - Caso Valentina Rosendo Cantú contra México, 2009)

Además la CIDH ha destacado como la discriminación interseccionada en términos de género, etnia y pobreza crea obstáculos de acceso a la justicia agravados e impone a los Estados la obligación de:

... a través de la administración de la justicia, incorporen las necesidades específicas de las mujeres indígenas en sus actuaciones, respetando su identidad cultural, etnia, su lengua, e idiosincrasia, incluso creando sistemas y métodos de peritaje cultural en casos de violencia. (Comisión-IDH, 2011: 83)

En el caso de las *Hermanas González Pérez* contra México, la CIDH expuso que la violencia sexual constituía actos de tortura y violación al derecho a la vida privada de las mujeres. Violaciones acentuadas de sus derechos al tener en consideración su identidad indígena:

Específicamente en casos de violación sexual contra mujeres indígenas, la CIDH ha destacado que el dolor y la humillación que éstas sufren, se agrava por su condición indígena. Lo anterior, por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes y por el repudio de su propia comunidad como consecuencia de los hechos establecidos. (Demanda presentada ante la Corte IDH-Caso Hermanas Gonzalez Pérez contra México, 2001)

Este criterio es reiterado por la Comisión en la demanda presentada a la Corte IDH en el caso *Valentina Rosendo Cantú* contra México.

La CIDH a través de la intersección entre la raza, la clase, la etnia y el género, en el caso *Inés Fernández Ortega vs. México* resaltó no solo los obstáculos de acceso a la justicia acentuados sino también su impacto negativo en el acceso a oportunidades, derechos sociales, acceso a la tierra y la producción:

las mujeres indígenas sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica (...) La triple discriminación a la que están sujetas (por ser mujeres, indígenas y pobres) resulta en su marginación mayor -comparada incluso con los hombres indígenas- con respecto a oportunidades económicas y políticas en materia de empleo, educación, servicios sociales, acceso a la justicia, y de manera importante en cuanto al acceso a la tierra y a otros recursos productivos. (Demanda presentada ante la Corte IDH-Caso Inés Fernández Ortega vs. México, 2009)

Así mismo, los casos de violencia sexual contra mujeres, adolescentes y niñas indígenas (por ejemplo los casos de *Inés Fernández Ortega vs. México* y *Valentina Rosendo Cantú vs. México*) no solo evidencian como la articulación de diversos factores de opresión genera obstáculos acentuados para acceder a la justicia, si no también tiene consecuencias diferenciadas en materia de salud, pues no tienen garantizados el acceso y acompañamiento en salud integral –física y psicológica – que guarde coherencia con su pertenencia y costumbres étnicas. Por lo anterior, los Estados tienen el deber:

... de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, sancionar, y reparar los actos de violencia sexual contra las mujeres indígenas, creando las condiciones necesarias para que sus denuncias y casos se procesen de forma exhaustiva y rápida, considerando su cosmovisión y perspectiva cultural y comunitaria. La CIDH asimismo destaca el carácter fundamental de la participación de las mujeres indígenas en el diseño de intervenciones públicas en materia de justicia, y en la identificación de los desafíos y prioridades actuales. Estas medidas deben estar acompañadas por intervenciones legislativas, políticas, y programáticas con el fin de erradicar la discriminación, el racismo y la pobreza que tiende a afectar a las mujeres indígenas; problemas que reproducen la violencia sexual que sufren en Mesoamérica. (Comisión-IDH, 2011: 84)

Así la Comisión reconoce que las mujeres indígenas afrontan simultáneamente relaciones de exclusión social, sexismo, racismo y discriminación; por ende las obligaciones estatales de protección de sus derechos deben buscar erradicar de manera articulada esos factores.

Por otro lado, sobre la intersección de discriminaciones en la situación de las mujeres migrantes, la CIDH identifica que se articulan los factores de género, migración, situación administrativa regular o irregular, edad, nacionalidad, nivel educativo y socioeconómico. Como producto de esas interdependencias, se encuentran en especial riesgo de violencia sexual, prostitución forzada, trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, violencia física, violencia psicológica, violencia al interior de la pareja y la familia, secuestros, entre otros (Comisión-IDH, 2011).

En cuanto a la situación de las mujeres afrodescendientes, la CIDH llevó a cabo la Audiencia Temática 143° sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Mujeres Afrodescendientes en América Latina. Mediante este tipo de mecanismos, la Comisión ha podido identificar que su situación es producto de

relaciones historias de discriminación, en las que se intersectan la raza, el género, la edad, la etnia y la posición económica, entre otras.

Estas reflexiones han permitido a la Comisión Interamericana identificar como las articulaciones entre las opresiones tienen impactos negativos en el acceso a la justicia, a la tierra, al empleo, a la salud y como acentúan los riesgos de violencia y discriminación; por lo que los Estados deben adecuar sus sistemas legislativos, burocráticos y de administración de justicia, para contar con instrumentos idóneos y personal capacitado y formado en el abordaje integral y sensible a la diversidad étnica y cultural de las mujeres, entre estas las mujeres afrodescendientes; como desarrollo de su *“obligación de actuar con debida diligencia para eliminar todo tipo de discriminación y racismo desde una perspectiva de género y de derechos humanos”* (Comisión-IDH, 2011: 87).

Incorporación de la interseccionalidad en Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte la Corte Interamericana, también ha desarrollado el análisis de las articulaciones de los sistemas de opresión y las circunstancias que la agravan. En el caso Penal Castro Castro Vs. Perú, la Corte analizó el alcance y las consecuencias de la violencia sexual de mujeres bajo custodia del Estado:

... las mujeres han sido víctimas de una historia de discriminación y exclusión por su sexo, que las ha hecho más vulnerables a ser abusadas cuando se ejercen actos violentos contra grupos determinados por distintos motivos, como los privados de libertad (Caso Penal Castro Castro contra Perú, 2006).

En esa decisión también indicó el impacto desproporcional de la violencia de género (en especial la violencia sexual) en un contexto de conflicto armado:

La violencia contra las mujeres es una estrategia de guerra que usan los actores del conflicto armado para avanzar en su control de territorio y recursos. Adicionalmente, estas agresiones sirven como una táctica para humillar, aterrorizar, destruir y lesionar al “enemigo”, ya sea el núcleo familiar o la comunidad a la que pertenece la víctima (Caso Penal Castro Castro contra Perú, 2006).

La Corte IDH también señaló la especificidad de los ataques para las mujeres internas en prisión y en estado de embarazo:

Es importante aclarar que de la prueba aportada al Tribunal y de los testimonios de los internos se desprende que las internas embarazadas también fueron víctimas del ataque al penal. Las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos. (...) Al respecto, además de la protección que otorga el artículo 5 de la Convención Americana, es preciso señalar que el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará señala expresamente que los Estados deben velar porque las autoridades y agentes estatales se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer (Caso Penal Castro Castro contra Perú, 2006).

Por último, la Corte IDH la imbricación entre maternidad y reclusión en prisión en la experiencia de mujeres internas:

La incomunicación severa tuvo efectos particulares en las internas madres. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de

maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres (Caso Penal Castro Castro contra Perú, 2006).

Desde esas reflexiones la Corte IDH concluyó que en eventos de privación de la libertad y en contextos de conflicto armado las obligaciones estatales de protección de derechos humanos de las mujeres, se hacen más complejas y debe considerarse las particularidades que tren consigo la maternidad, el embarazo y la violencia sexual.

En el caso paradigmático González y otras (“Campo Algodonero”) v. México, la Corte analizó la relación de la violencia de género con las relaciones sociales, culturales y económicas de discriminación, para caracterizar a las víctimas: *las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez* (Caso Gonzalez y otras contra México-[Campo algodonero], 2009).

En el caso, la Corte IDH encontró probadas las violaciones al deber general de garantizar los derechos humanos de las víctimas al no actuar con debida diligencia requerida para proteger sus derechos, investigar y sancionar los hechos. En ese caso articuló las discriminaciones de género, pobreza y edad, en especial al analizar la vulneración de derechos de dos víctimas menores de edad:

... el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable. En el presente caso, la Corte considera que el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas. En concreto, el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad, una vez los familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico en el que niñas estaban siendo desaparecidas (Caso Gonzalez y otras contra México-[Campo algodonero], 2009).

En el caso Valentina Rosendo Cantú contra México, así como Inés Fernández Ortega contra México, la Corte-IDH:

... presentó consideraciones importantes relacionadas a las múltiples formas de discriminación y violencia que puede sufrir una mujer indígena por su sexo, raza, etnia y posición económica. La Corte reconoció el contexto de militarización en Guerrero y su particular efecto en las mujeres que integran las comunidades indígenas. Estableció que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza, etnia, y nivel de ingresos, y destacó el deber de los Estados de abstenerse de discriminación directa e indirecta. Finalmente dispuso que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados deben adoptar medidas de protección que tomen en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, y sus valores, sus usos y costumbres (Comisión-IDH, 2011: 17).

En el caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, la Corte abordó como los conflictos armados se constituyen en una circunstancia que agrava la situación de las mujeres e incrementa el riesgo de ser víctimas de violencia:

... la Corte constató, como información de contexto, que “durante el conflicto armado [en Guatemala] las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual (Caso Masacre de las dos erres contra Guatemala, 2009).

En dicha decisión la Corte IDH reiterando el criterio fijado en el caso de Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, estableció el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado:

la Corte estableció como hecho probado que “[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”. (...) la Corte señaló que “la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (jus cogens) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y en este caso a la luz de la CIPST [Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura] y de la Convención de Belém do Pará (Caso Masacre de las dos erres contra Guatemala, 2009).

En cuanto a la interseccionalidad entre género y orientación sexual la Corte IDH mediante la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile evidenció los obstáculos que afrontan las mujeres con orientación sexual diversa en el ejercicio de los derechos, por ejemplo los relacionados con la patria potestad y custodia. Esto pues se había impuesto a la accionante que en su “condición de mujer” atendiera y privilegiara sus deberes como madre, condicionando su orientación sexual -un aspecto esencial de su identidad- para corresponder a un modelo “tradicional de familia”. En este caso se fusionan los estereotipos de género que imponen a las mujeres el cuidado de sus hijas e hijos y la heteronormatividad de la sociedad en la configuración familiar, aspectos que complejizan la situación de las mujeres lesbianas y su vivencia de la maternidad. En este pronunciamiento también se estableció que:

Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. (...) 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” (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012: 5).

Apuntes sobre la incorporación de la interseccionalidad en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos

A lo largo de las disposiciones analizadas es posible identificar en la argumentación de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la paulatina articulación de los sistemas de opresión y las circunstancias que los acentúan. Si bien la interpretación de la interseccionalidad aun no se da en términos de redes de opresiones fusionadas (Lugones, 2008: 25) tampoco se asume una noción eminentemente cuantitativa de acumulación o suma aritmética de categorías de opresión.

Una perspectiva aritmética tan solo enumera cuantos factores de exclusión y discriminación se identifican en un caso, pero no aborda el contexto en el que se sitúan y sus interacciones. Ese tipo de acercamientos suelen catalogar como doble, triple o múltiple discriminación.

Es decir, pese a que en las disposiciones revisadas la discriminación y la violencia aun son interpretadas por la Comisión y la Corte IDH de manera categorial –en razón del género, la clase, la etnia, etc.- se estudiaron las articulaciones entre estas y sus interdependencias en diversos contextos (conflicto armado, centro carcelario, contextos rurales, etc.).

La interseccionalidad ha permitido caracterizar como heterogéneos a los grupos vulnerables y los colectivos que demandan protección reforzada, no obstante es necesario hacer uso reflexivo de esta perspectiva visibilizando también los privilegios y las jerarquías al interior de los grupos. Además en los textos analizados el eje central ha sido la victimización y no las resistencias y propuestas de transformación que estos grupos han formulado. Si bien el propósito de acudir a los sistemas regionales de protección de derechos humanos es –entre otros- obtener el reconocimiento del daño antijurídico sufrido, su reparación y garantías de no repetición, es importante incorporar en el lenguaje jurídico la movilización y resiliencia de los sujetos.

5. La interseccionalidad, una herramienta útil para una interpretación de los DDHH como interdependientes, interrelacionados e indivisibles

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, que marcó la agenda internacional sobre Derechos Humanos a nivel global, establece:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Viena, 1993) Subraya fuera del texto original.

De esa manera se fijan la indivisibilidad, la interdependencia e interrelación como criterios y principios de interpretación de los Derechos Humanos. En el ámbito interamericano estos se recogen en la Carta Social de las Américas (Carta Social de las Américas, 2012).

La interdependencia alude a que la satisfacción de un derecho o un grupo de derechos depende de la garantía y materialización de otro derecho o grupos de derechos. La indivisibilidad de los DDHH implica una perspectiva holística de estos, su unión, por lo que la vulneración de un derecho impactará negativamente el disfrute de los otros derechos (Serrano y Vázquez, 2011).

Estos principios permiten interpretar derechos humanos como herramientas para eliminar las desigualdades sociales y promover su universalidad en un entorno de diversidad identitaria y cultural; ya que a partir de esto es posible analizar qué derechos, de qué tipo y qué medidas deben articularse para garantizar una efectiva protección, en cada caso.

Aunado a lo anterior, el enfoque interseccional aporta dos elementos adicionales: i) permite conocer, caracterizar y crear estrategias más adecuadas a la experiencia cotidiana de los sujetos de derechos mediada por la fusión constante de diversos factores de discriminación, acercando el discurso de los derechos a las necesidades e identidades de los sujetos contemporáneos y transformando sus localizaciones de exclusión y segregación; ii) dinamiza la interpretación armónica de

los derechos individuales y colectivos, pues permea y transforma prácticas androcéntricas y sexistas que bajo la tradición pueden implicar violación de derechos fundamentales y a su vez enfrentan tensiones con conocimientos y prácticas feministas etnocéntricos, que no articulan la cultura, los intereses colectivos y el contexto geopolítico a su discurso, privilegiando solo el modelo de mujer blanca –o mestiza en América latina-, occidental y heterosexual.

Tomando como ejemplo a las mujeres, estas como cualquier otro grupo o colectivo, no se encuentra aislado de las interacciones sociales, por el contrario en estas es donde se definen, se transforman y construyen intereses comunes y contingentes. Es decir el significado de *mujeres* y otros colectivos se produce y a la vez produce la interacción entre clase, cultura, etnia, religión y otros marcos de referencia de relaciones sociales particulares. Pues en lo cotidiano no existen solamente mujeres sino mujeres indígenas, mestizas, con discapacidad, migrantes, trabajadoras, etc.

Así, la noción mujeres y la de otros colectivos no se refiere a un grupo coherente, homogéneo con intereses previamente fijados, ni sexuado y politizado antes de su inserción en instituciones y relaciones sociales -como la familia, el estado, las comunidades religiosas, étnicas-, sino como parte de la construcción de estas (Mohanty, 2008). Esos procesos en doble vía llenan de contenido la noción *mujeres, indígenas, afrodescendientes, migrantes, etc.*

Al identificar esa multidimensionalidad de la identidad de los sujetos y los colectivos contemporáneos, los derechos deben conectarse permanentemente – entre todos los derechos- y en diferentes niveles –derechos individuales, colectivos- para lograr confrontar los diversos orígenes de las opresiones que afrontan las personas de manera simultánea, es decir lograr identificar y contrarrestar las situaciones evitables y concurrentes de vulnerabilidad en las que se sitúan.

Si tan solo se garantizan los derechos de los sujetos pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad en abstracto -por su sola pertenencia a un colectivo- sin analizar los diversos sistemas de opresión que experimentan y el conjunto de derechos que se ven afectados, no es posible identificar las medidas complejas e integrales de atención, protección, reparación, no repetición y transformación que requieren. En los casos analizados la Comisión y la Corte coincidían en señalar que para garantizar derechos individuales de grupos vulnerables (vida, integridad física, libertad sexual, etc.) también se requería de manera simultánea proteger derechos colectivos, económicos sociales y culturales, y viceversa.

El análisis interseccional permite por tanto estudiar las interdependencias entre diversos factores de opresión y de manera simultánea promover una interpretación indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Este es un enfoque de justicia distributiva y transformadora que supera los criterios restaurativos¹⁴ y promueve la superación de la opresión, discriminación y segregación estructural (Uprimny y Saffon, 2009). De lo contrario el potencial transformador de los derechos se diluye y nos conformamos con su importante pero muy limitado efecto simbólico.

¹⁴ Como tal, el enfoque puramente reconstitutivo de las reparaciones resulta limitado, porque pretende devolver a las víctimas a una situación de vulnerabilidad y carencias. De esa manera, no atiende a los factores estructurales del conflicto, cuya transformación es esencial no sólo para garantizar la no repetición de las atrocidades, sino porque es necesaria la superación de una situación estructuralmente injusta en términos de justicia distributiva (Uprimny y Saffon, 2009: 33).



Bibliografía

- ANZALDÚA, G. (1987), *Borderlands/La Frontera. The New Mestiza*, Aunt Lute Book Company, San Francisco.
- ANZALDÚA, G. (1988), en MORAGA, C. Y CASTILLO, A. (eds.), *Esta puente, mi espalda. Voces de mujeres tercermundistas en los Estados Unidos*, ism press, . San Francisco, pp. 157-170.
- BARRÈRE UNZUETA, M.Á. (2010), “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Nros. 87-88, pp. 225-252.
- BUTLER, J. (2014), *Repensar la vulnerabilidad y la resistencia. XV Simposio de la Asociación Internacional de Filósofos (IAPh)*, Instituto Franklin de Investigación en Estudios Norteamericanos, Alcalá de Henares-Madrid.
- COLL-PLANAS, G. y CRUELLES, M. (2013), “La puesta en práctica de la interseccionalidad política: el caso de las políticas LGTB en Cataluña”, *Revista Española de Ciencia Política*, Nro. 31, pp. 153-172.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Demanda presentada ante la Corte IDH - Caso Valentina Rosendo Cantú contra México*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Demanda presentada ante la Corte IDH - Caso Inés Fernández Ortega vs. México*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Demanda presentada ante la Corte IDH - Caso Hermanas González Pérez contra México*.
- COMISIÓN-IDH (2011), *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), AECID (Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo), Washington.
- COMISIÓN-IDH (2011), *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollos y aplicación*, OEA, Washington.
- CORTE IDH (2006), *Caso Penal Castro Castro contra Perú*.
- CORTE IDH (2009), *Caso González y otras contra México-(Campo algodonero)*.
- CORTE IDH (2009), *Caso Masacre de las dos erres contra Guatemala*.
- CORTE IDH (2012), *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Resumen oficial emitido por la Corte IDH (fondo, reparaciones y costas).
- CRENSHAW, K.W. (1989), *Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, University of Chicago, Legal Forum, Chicago.
- CRENSHAW, K.W. (1994), “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, en ALBERTSON, M y MYKITIUK, R. (eds.), *The Public Nature of Private Violence*, Routledge, Nueva York, pp. 93-118.
- CURIEL PICHARDO, R.Y. (2007), “Crítica poscolonial desde las practicas políticas del feminismo antirracista”, *Nómadas*, Nro. 26, pp. 92-101.
- ESGUERRA MUELLE, C. y BELLO RAMÍREZ, J.A. (2014), “Interseccionalidad y políticas públicas LGBTI en Colombia: usos y desplazamientos de una noción crítica”, *Revista de Estudios Sociales*, Nro. 49, pp. 19-32.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (2010), “Sociología y crítica jurídica en Estados Unidos”, *Sociología y crítica del derecho*, Fontamara, México, pp. 95-138.
- GROSSMAN, C. (2005), “El futuro del Sisistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Vol. 3, pp. 1-16.
- LUGONES, M. (2008), “Colonialidad y Género: Hacia un feminsimo descolonial”, *Género y descolonialidad*, Ediciones del Signo, Buenos Aires.
- MOHANTY, C.T. (2008), “Bajo los Ojos de Occidente: Feminismo Académico y Discursos Coloniales”, en HERNÁNDEZ CASTILLO, R.A y SUÁREZ NAVAS, L.

- (eds.), *Descolonizando el Feminismo: Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Ediciones Cátedra, Madrid, pp. 112-161.
- MORAGA, C. (1988), "Introducción: En el sueño siempre se me recibe en el río", en MORAGA, C. y CASTILLO, A. (eds.), *Esta puente, mi espalda. Voces de mujeres tercermundistas en los Estados Unidos*, ism press, San Francisco, pp. 1- 6.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2012), *Carta Social de las Américas*. OEA, Cochabamba.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2013), *Reglamento Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. (1993), *El Movimiento 'Critical Legal Studies'*, Universidad de Alicante, Alicante.
- PERONI, L. y TIMMER, A. (2013), "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, Nro. 4, pp. 1056-1085.
- RODRÍGUEZ VIGNOLI, J. (2001), *Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes*, Organización de Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, C. (2001), "Genealogía de la vindicación", *Feminismos Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid.
- SERRANO, S. y VÁZQUEZ, L. (2011), "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en CARBONELL, M y SALAZAR, P (eds.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, Acervo de la Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, pp. 135-165. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf>. Revisado el 20 de septiembre de 2015.
- TRUTH, S. (1851), *Ain't i a woman?*, s.n., Ohio.
- UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P. (2009), "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en DÍAZ GÓMEZ, C., SÁNCHEZ, N.C. y UPRIMNY YEPES, R. (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), Bogotá, pp. 31-70.
- VIVEROS, M. (2010), *La interseccionalidad, un enfoque teórico y metodológico pertinente para las investigaciones sobre género y sexualidad*, Instituto Gino Germani de la Universidad de Buenos Aires, CEDES, Buenos Aires.



El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Colombia. Avances y retrocesos

Luz Ángela Arévalo Robles
Universidad del País Vasco
luzangela.arevalo@ehu.eus

Resumen

Este artículo examina el impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de dos elementos. El primero, el valor jurídico que el derecho colombiano otorga a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El segundo elemento, los avances y retrocesos en la aplicación efectiva de dicha jurisprudencia a partir de dos casos representativos.

Palabras clave

Derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho interno, Corte Constitucional de Colombia, diálogo jurisprudencial.

The impact of the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence in Colombia. Advances and setbacks

86

Abstract

This article examines the impact of the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence in the Colombian legal system through two elements. The first one is the legal status of the Inter-American Court's jurisprudence granted by the Colombian law. The second one is the advances and setbacks of the effective implementation of that case law, shown in two representative cases.

Keywords

Human rights, Inter-American Court of Human Rights, Domestic Law, Constitutional Court of Colombia, Jurisprudential dialogue.

1. Introducción

En las últimas décadas la protección de los derechos humanos en el continente americano se ha constituido en un tema central lo que se ha visto reflejado, de un lado, en la importancia que ha ido adquiriendo el Sistema de protección Interamericano y por otro, en la apertura de los ordenamientos jurídicos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹.

Desde finales de los ochenta se presenta un escenario de profundas transformaciones en los marcos constitucionales de gran parte de los Estados latinoamericanos, las cuales, permitieron constitucionalizar los derechos humanos que habían sido reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos décadas antes (Brewer-Carías, 2006: 233 ss).

Esta importante transformación en los ordenamientos internos de América Latina ha sido un paso fundamental en la consecución del respeto y protección de los derechos humanos, pero teniendo en cuenta que las disposiciones en ellos contenidas tienen un carácter abierto e indeterminado, se hace necesaria la concreción de su contenido y alcance. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha desempeñado un papel fundamental en la interpretación de los instrumentos interamericanos en la materia. Así, el desafío actual que enfrenta la efectividad de los derechos, está en la recepción que de dicha jurisprudencia hacen los Estados.

Por esta razón, es de la mayor relevancia que nos preocupemos por examinar cuál es el valor jurídico que se otorga al canon interpretativo de la Corte IDH y su aplicación efectiva en el sistema interno de casos, que es lo que nos permite tener una perspectiva del impacto real de la jurisdicción interamericana en el derecho interno.

Para este propósito hemos escogido el estudio del caso colombiano, que ha tenido un largo proceso desde la adopción de la Convención Americana hasta la aceptación definitiva de la vinculatoriedad del canon interpretativo de la Corte IDH. A partir de aquí, veremos en términos prácticos como la recepción de la jurisprudencia interamericana impacta el alcance de los derechos de las víctimas en un contexto de conflicto armado, pero a la vez, como persisten resistencias en la aplicación del canon interpretativo, mostrando los desafíos que enfrenta la construcción de un orden jurídico interamericano basado en derechos humanos.

2. La jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho colombiano ¿Relevante o vinculante?

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue aprobada por Colombia mediante ley 16 de 1972 y ratificada en 1973, sin embargo, al igual que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia antes de la Constitución de 1991, tuvo una exigua aplicación por los órganos judiciales, pues se consideraba que una ley aprobatoria de tratados internacionales, para ser aplicada, debía ser desarrollada por una ley reglamentaria².

¹ Una descripción sobre esta tendencia en la región puede verse en Abregú y Courtis (2004); Manili (2002).

² Uprimny (1991). Este autor hace un análisis de la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia sobre el tema y pone de presente que aún cuando la Constitución de 1886 no señalaba un



Esta situación se modifica en razón del tratamiento especial dado por la Constitución de 1991 a estos instrumentos, y específicamente, debido a la interpretación del articulado³ sobre la materia que ha hecho la Corte Constitucional de Colombia (en adelante, CCC), mediante la figura del “Bloque de Constitucionalidad”⁴, que permite que dichos tratados sean considerados como parte de la Constitución y, por tanto, los órganos judiciales deban aplicarlos en esa calidad.

En consecuencia, la CADH tiene rango constitucional dentro del ordenamiento interno lo cual, en nuestro criterio, significa que a su vez la interpretación que de ella haga la Corte IDH, por hacer parte del *acquis conventionnel*, resulta vinculante en el mismo sentido.

Sin embargo, esto no fue siempre claro para la CCC, cuyo criterio fue variando a través del tiempo, hasta que finalmente se consolidó la aceptación de la vinculatoriedad del canon interpretativo interamericano en el derecho colombiano, como veremos a continuación.

La CCC se pronunció por primera vez sobre la fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia en la sentencia C - 408 de 1996, en la que ejercía control automático de constitucionalidad a la ley aprobatoria de la “Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la violencia contra la mujer”. En dicha sentencia manifiesta la Corte que se deben acoger los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH sobre el alcance de los tratados de derechos humanos adoptados dentro de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) y ratificados por Colombia, por ser la Corte IDH el intérprete autorizado, y Colombia aceptó dicha competencia:

...en nada vulnera la soberanía que nuestro país admita que se requiera a la Corte Interamericana para que emita opiniones consultivas relacionadas con los alcances de la Convención (art. 11), pues si ese tribunal es el máximo intérprete judicial de los alcances de los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos, es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). En ese orden de ideas, si Colombia ya ha ratificado la Convención Interamericana y ha aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los tratados de derechos humanos (art. 62), es razonable que Colombia acepte que ese tribunal sea también el máximo intérprete internacional del presente tratado... (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

status superior, la Corte Suprema tenía herramientas jurídicas para conceder a los tratados de derechos humanos, un valor superior al de las leyes.

³ “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. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“La Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos” (Corte Constitucional de Colombia, 2002d).

⁴ “...el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*” (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

En 1998, la CCC declaró la inconstitucionalidad de una disposición que contemplaba como una causa de mala conducta la práctica de la homosexualidad, tomando en cuenta los pronunciamientos de tribunales internacionales. En este caso, la Corte consideró que un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional, creado por un tratado de derechos humanos, es vinculante para los órganos del Estado colombiano Parte en dichos tratados, con lo cual dicha jurisprudencia debía ser aplicada por todos los órganos del Estado Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Sin embargo, en una sentencia posterior, la CCC varió su criterio sobre la obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, acogiendo el concepto de “doctrina relevante”, pero no obligatoria. La primera sentencia en la que se manifiesta esta tesis es la C-010 de 2000:

Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales⁵.

Posteriormente, la CCC hace un pequeño giro hacia la inclusión, en el Bloque de Constitucionalidad, de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos realizada por los órganos autorizados. En la sentencia T-1319 de 2001, en principio, parece acoger el criterio de que la doctrina de la Corte IDH es relevante; sin embargo, cuando analiza qué constituye el Bloque de Constitucionalidad, razona que la incorporación por vía de interpretación del art. 93 CP, supone la inclusión no sólo de los tratados sobre derechos humanos, sino la interpretación autorizada que de ellos hagan las autoridades competentes (Corte Constitucional de Colombia, 2001: 13).

Esta interpretación supone que la jurisprudencia de la Corte IDH tendría rango constitucional, y que por tanto, sería obligatoria para todos los órganos del Estado; lamentablemente esta tesis fue descartada en una sentencia posterior en la que la CCC diferencia entre la jurisprudencia derivada de la competencia contenciosa de la Corte IDH de aquélla resultado de la competencia consultiva, pero no aclara cuál es el efecto jurídico que otorga a la segunda, pues al señalar que las opiniones consultivas no pueden ser ignoradas, pudiera pensarse que hay un grado de vinculatoriedad que no se puede precisar⁶.

La sentencia que cambia el criterio de obligatoriedad adoptado en la T – 1319 de 2001 es la C - 355 de 2006. En ésta, la Corte es clara al señalar que la jurisprudencia de la Corte IDH no forma parte del Bloque de Constitucionalidad, pero reconoce que como órgano judicial del Sistema interamericano, su jurisprudencia tiene un valor relevante para interpretar los instrumentos internacionales que sí son parte del Bloque superior al de cualquier organismo internacional que interpreta tratados de derechos humanos:

⁵ Esta jurisprudencia se reitera en la Sentencia C-251 de 2002.

⁶ En este sentido la Corte Constitucional acoge el criterio expresado por Buergenthal (2003: 192-193), sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH derivada de su competencia consultiva.



Postura reiterada en numerosas ocasiones (Corte Constitucional de Colombia, 2003; 2001), que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991⁷, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente (Corte Constitucional de Colombia, 2006a).

Esta postura de la Corte, calificada por Rodrigo Uprimny (2006: 138) como moderada, es considerada por este autor positiva, en la medida en que permitiría un diálogo productivo y horizontal entre los jueces nacionales; se refiere especialmente a los tribunales constitucionales y las instancias internacionales de derechos humanos, y permite que los jueces internos se distancien de los criterios adoptados por la Corte IDH, siempre que tengan un argumento de peso. Esto permitiría que las decisiones tanto de las instancias internacionales como de los jueces nacionales fueran más “coherentes, razonadas y sustentadas”, lo que considera de ayuda para consolidar el mecanismo de protección de las garantías.

Sin embargo, en una sentencia del mismo año, concretamente la Sentencia C - 370 de 2006 (núm. 4.4.1), en la que se estudia la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, se reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia del organismo internacional con el argumento sostenido en la T - 319 de 2001, que la Corte IDH es el intérprete autorizado de la Convención Americana⁸

6.2.2.3.14. Esta decisión legislativa se adecua al marco general establecido por las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Al respecto resulta relevante recordar nuevamente la jurisprudencia del intérprete autorizado de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que, en materia de publicidad de la información señaló: (...) (*Ibid.*: núm. 6.2.2.3.14)⁹

De esta forma, resulta claro que el canon interpretativo al ser parte del Bloque de Constitucionalidad, no sólo hace parte del ordenamiento jurídico sino que ostenta la mayor jerarquía y como tal vincula a todos los poderes públicos.

Esta posición se fortalece en la sentencia T- 653 de 2012, en la que no sólo mantiene el criterio de obligatoriedad sino que robustece los argumentos por los cuales considera que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para el Estado

⁷ En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

⁸ Un comentario sobre esta sentencia puede verse en González Espinosa (2012: 233 ss).

⁹ La sentencia a la que nos referimos está plagada de citas de resoluciones de la Corte IDH que se refieren, no a cuestiones de detalle o accesorias, sino a “estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas”. Dichos criterios jurisprudenciales fueron utilizados por la Corte Colombiana como especialmente relevantes para la interpretación de derechos y deberes en el orden interno.

colombiano. Refiere la CCC que cuando Colombia decide hacer Parte en la CADH acepta la jurisdicción de la Corte IDH y, además, se obliga por unos fines y valores contenidos en la CADH que son compatibles con la Constitución¹⁰.

Sin embargo, esta línea jurisprudencial sostenida con regularidad desde el 2006, vuelve a debilitarse en una sentencia del año 2014, aunque no la modifica de forma permanente, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la ley que le otorga poder al Procurador General de la Nación para imponer como sanción la inhabilidad general a funcionarios públicos, incluidos aquellos elegidos por votación popular.

En esta ocasión, la CCC se ve avocada a cambiar su precedente jurisprudencial, con base en una decisión de la Corte IDH que precisa el contenido del artículo 23 de la CADH modificando el parámetro de constitucionalidad. Esto obliga a la CCC a pronunciarse nuevamente sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, entrando en argumentos contradictorios para no cambiar su precedente con respecto a las competencias del Procurador, pero a la vez, con la imposibilidad de desconocer la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH dentro del ordenamiento colombiano.

Así, señala que los pronunciamientos de la Corte IDH solo vinculan a Colombia cuando ha sido Parte en el proceso, pero pasa inmediatamente a recordar que en sentencias anteriores ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, tratado que integra el parámetro de constitucionalidad, así como que la existencia de un intérprete auténtico de dicho tratado obliga a las autoridades estatales a tomar en cuenta dicha interpretación al momento de su aplicación (Corte Constitucional de Colombia, 2014: 75 y 76).

Además, señala que la propia Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que aunque los Estados no sean Parte en un proceso están vinculados por el Tratado (CADH), de forma que los jueces internos están obligados a efectuar un control de convencionalidad entre la CADH y las normas estatales, para lo cual no solo deben tener en cuenta el texto de la Convención, sino la interpretación realizada por la Corte IDH en calidad de intérprete último (*Ibid.*, 76).

De lo anterior, advierte la CCC, se desprende una necesidad de armonizar los tratados internacionales de derechos humanos con el derecho interno, puesto que estos hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, pero señala que dicha armonización no supone que la jurisprudencia de la Corte IDH se integre en dicho Bloque (*Ibid.*, 77). Sin embargo, matiza indicando que no le sería posible al Estado ignorar la interpretación hecha por el órgano internacional, cuando ésta ha sido, reiterada, clara y uniforme.

La primera afirmación de la CCC resulta contradictoria con el reconocimiento de la interpretación auténtica de los derechos que había señalado anteriormente, pues si la interpretación de la Corte IDH determina el alcance de los derechos, hace parte de la disposición que los reconoce, integrándose como un todo que favorece su efectividad. De forma que al estar la norma integrada en el Bloque de

¹⁰ La sentencia T- 653 de 2012 sostiene además que la obligatoriedad de la jurisprudencia se fundamenta también en que Colombia aceptó como Parte en la Convención otorgar competencia a la Corte IDH sobre los casos de interpretación y aplicación de la Convención; así como que de acuerdo al principio reconocido en el Derecho Internacional de *pacta sunt servanda*, consignado en el art. 26 de la Convención de Viena “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.



Constitucionalidad, también lo estaría su interpretación y por tanto, constituye el parámetro de constitucionalidad.

Por otra parte, anteriormente no había establecido la CCC condiciones para tomar en cuenta la jurisprudencia interamericana, pero en esta sentencia considera que sobre la materia ya había cosa juzgada constitucional y por tanto, para que la CCC decidiera cambiar su precedente con base en la jurisprudencia sobrevenida de la Corte IDH, ésta debía cumplir los siguientes requisitos:

- (i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada (*Ibid.*, 87).

Y finaliza considerando que la jurisprudencia de la Corte IDH aplicable al caso no cumple con dichas condiciones, puesto que en su jurisprudencia ha hecho diferentes interpretaciones del art. 23.2, como veremos en detalle al analizar los casos específicos¹¹. Este argumento carece de sustento, pues como lo señala la Magistrada María Victoria Calle en el salvamento de voto¹², la CCC obvia el hecho de que hay un caso interamericano claramente aplicable por la similitud de los hechos que se estudian, pero en vez de eso, da preferencia a otras sentencias de la Corte IDH en las que se analizan situaciones diferentes.

En definitiva, los argumentos de la CCC para no tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH no son consistentes y evidencian casos de resistencia, en parte, por la dificultad de cambiar el precedente y por la trascendencia política y jurídica del caso, puesto que como advierte la propia CCC, si siguiera el criterio interamericano, se encontraría con disposiciones constitucionales que no podrían ser aplicadas (Corte Constitucional de Colombia, 2014). Sin embargo, esta sentencia no representa un cambio permanente de posición, pues en sentencias posteriores la CCC sigue el parámetro de la Corte IDH como un criterio que le vincula¹³.

En síntesis, la jurisprudencia de la CCC ha tenido cinco etapas en las cuales ha oscilado entre avances y retrocesos hasta aceptar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH:

1. 1996 – 2000: Reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia bajo dos argumentos: que el artículo 93 C.C. integra al ordenamiento interno los tratados sobre derechos humanos adoptados en el marco de la OEA y la Corte IDH es el encargado de la interpretación autorizada de dichos instrumentos; y que Colombia como Parte en la Convención aceptó la competencia de la Corte IDH para todos los casos sobre interpretación y aplicación de la misma.

2. 2000- 2001: La jurisprudencia de la Corte IDH es relevante pero no vinculante¹⁴.

¹¹ Ver epígrafe 4.

¹² Salvamento de voto Magistrada María Victoria Calle (Corte Constitucional de Colombia, 2014a).

¹³ Ver, Corte Constitucional de Colombia (2015; 2014b; 2014c; 2014d; 2014e; 2014f).

¹⁴ Es a lo que Quinche Ramírez (2009: 168) ha llamado la posición “tibia” de la Corte.

3. 2001 - 2006: La jurisprudencia de la Corte IDH forma parte del Bloque de Constitucionalidad por ser la interpretación autorizada de la CADH.

4. 2006: Hay dos sentencias contradictorias. La primera, señala que la jurisprudencia de la Corte IDH no hace parte del Bloque de Constitucionalidad pues de él, sólo hace parte el texto del tratado internacional y por tanto, dicha jurisprudencia es sólo un criterio relevante.

La segunda, señala que la jurisprudencia de la Corte IDH sí es vinculante y una vez más, sostiene que dicho organismo es el intérprete auténtico de la CADH.

5. 2006 – 2014: El criterio de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH se mantiene, con algunas excepciones relevantes, bajo el argumento de la interpretación auténtica de la Corte y en las últimas sentencias agrega como sustento la aceptación de Colombia de la competencia de la Corte IDH al convertirse en Parte de la CADH, así como la derivada obligación general de cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda* (art. 26 Convención de Viena).

Encontramos un caso de especial trascendencia jurídica y política en el que la CCC emite una sentencia ambigua que debilita la posición que se había sostenido regularmente con respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, pero que no modifica de forma permanente su posición sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana.

A pesar de los cambios de la jurisprudencia a través del tiempo, vemos cómo se va consolidando la noción de que el canon interpretativo de la Corte IDH hace parte de la Convención Americana¹⁵, concreta sus contenidos y por lo tanto debe adoptarse en el derecho interno con la misma fuerza vinculante de la CADH.

3. La aplicación efectiva del canon interpretativo de la Corte IDH sobre derechos de las víctimas

En materia de derechos de las víctimas la CCC ha adoptado ampliamente el criterio interamericano, lo cual ha tenido importantes repercusiones en dos esferas: en materia de participación dentro del proceso penal y en las negociaciones de paz con grupos al margen de la ley.

En la sentencia T-275 de 1994, la CCC, refiriéndose al derecho a la búsqueda de la verdad como parte del de acceso a la justicia, adopta lo dicho por la Corte IDH en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988) en el que señaló que los familiares de las víctimas tienen derecho a saber qué pasó con ellas y que dicha pretensión debe ser cumplida por el Estado. Se consideró que aquella era una interpretación del alcance de las obligaciones del artículo 1 de la CADH, la cual prevalecía en el ordenamiento interno.

Si bien esta primera sentencia señala la obligatoriedad del criterio interamericano, será ocho años después cuando este se adopte de forma sistemática en la materia. Así, la Sentencia C-228 de 2002 constituye un hito en la jurisprudencia nacional (Quinche Ramírez, 2009: 183), pues en dicha sentencia, en la que se revisa la participación de la víctima en el proceso penal, la CCC,

¹⁵ En el mismo sentido, nos muestra Gozaíni (2006: 335-362) el fenómeno en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, en la que con avances y retrocesos existe tendencia a ir aceptando el canon interpretativo de la Corte IDH como obligatorio; ver también Bazán (cfr. 2008: 315-373).



reconociendo que en razón del art. 93 Constitucional los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, toma en cuenta los estándares de protección de los derechos de las víctimas establecidos en derecho internacional.

Al respecto, retoma la jurisprudencia de la Corte IDH en varios aspectos: el primero, sobre la obligación del Estado de proporcionar un recurso idóneo que permita establecer si existió violación de un derecho protegido y si así fuere, los medios para remediarlo¹⁶. En este mismo sentido, el deber del Estado de organizar los poderes públicos en función de la garantía del ejercicio efectivo de los derechos y como consecuencia de esto, la obligación de:

prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988: párr. 166; Corte Constitucional de Colombia, 2002b).

Por otra parte, incorpora la jurisprudencia del Caso Barrios Altos en el sentido de que son contrarias a la CADH, y por vía del artículo 93 constitucional al derecho interno, las leyes que impidan a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos o sus familiares, obtener las garantías judiciales contenidas en el art. 8, así como acceder a un recurso judicial efectivo para proteger los derechos consagrados en la CADH, que se concretan en el derecho a que dichas violaciones sean investigadas y como resultado de ello se conozca la verdad de lo ocurrido, se juzgue y sancione a los responsables y se tomen las medidas necesarias para reparar el daño causado.

Como consecuencia, hubo un cambio de perspectiva sobre el rol de la víctima como parte civil dentro del proceso penal, pues si de acuerdo con la Corte Interamericana las víctimas tenían derecho no solo a una indemnización sino además a la verdad, la justicia y la reparación, entonces se les debía permitir participar desde el inicio de la investigación previa teniendo acceso al proceso, aportando pruebas, siendo escuchadas sus alegaciones y finalmente obteniendo la reparación adecuada, que no solo se limita a una indemnización, sino a todas las medidas de reparación necesarias.

Otro aspecto relevante de la jurisprudencia interamericana¹⁷ fue incorporado en la Sentencia C- 1154 de 2005. En este caso, la CCC señaló que la decisión de archivo de la acción penal debe ser motivada y comunicada, tanto a las víctimas como al Ministerio público, de forma que ambos puedan, en caso de estar en desacuerdo con la decisión, intervenir presentando sus argumentos. Así mismo, que las víctimas puedan solicitar la reapertura de la investigación; y en caso de existir un desacuerdo con el ente acusador sobre dicha petición, intervenga para la protección de sus derechos, un juez de garantías que dirima la controversia (Corte Constitucional de Colombia, 2005b).

La segunda esfera en la que la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos de las víctimas ha tenido una gran repercusión es sobre normas relativas a las negociaciones de paz con grupos armados al margen de la ley. Con motivo de la expedición de la ley 995 de 2005, la CCC resolvió, mediante Sentencia C- 370 de

¹⁶ Estándares comprendidos en la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24.

¹⁷ Aquí la CCC se refiere nuevamente a lo señalado por la Corte Interamericana en el Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988).

2006, la acción de inconstitucionalidad sobre varias disposiciones de dicha norma, a las que se acusaba de permitir la impunidad de graves violaciones de derechos humanos y, en consecuencia, de no garantizar de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El alto Tribunal colombiano (2006b; fundamento 4.4.1.) señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana expresaba la interpretación auténtica de las disposiciones de la CADH y por tanto, era fuente de derecho vinculante. Así, explicita cuál es el contenido actual de los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación en el derecho internacional y particularmente en la jurisprudencia interamericana, lo que conforma el parámetro a la luz del cual revisará las disposiciones demandadas.

Señala la CCC como parámetros de la Corte Interamericana vinculantes en la materia:

(i) el de la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas; (ii) el de la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; (iii) el del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales; (iv) el de la no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz; (v) el de los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos; (vi) el de los aspectos involucrados en el derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad (*Ibid.*).

95

Como se evidencia, este fallo introduce en el derecho local todos los aspectos relacionados con la protección y garantía de los derechos de las víctimas y esto ha tenido como consecuencia, además de lo ya señalado hasta ahora, que no sea posible llevar a cabo un proceso de paz en el que los derechos de las víctimas no ocupen un lugar central en el debate¹⁸, aunque Zuluaga (2014: 182-184) considera que en el caso del marco normativo que soporta los actuales diálogos de paz, la CCC, hace una recepción inadecuada e incluso posiblemente contraria a lo que ha establecido la Corte Interamericana. Además, estos estándares vienen siendo aplicados no solo por los jueces penales, sino en distintos tipos de procesos en los que se discuten los derechos de las víctimas¹⁹.

4. Resistencia a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH

Si bien los derechos de las víctimas constituyen un avance en la recepción del canon interpretativo, encontramos otros casos en los que la CCC desatiende la jurisprudencia de la Corte IDH argumentando que dicha jurisprudencia no resulta

¹⁸ En el contexto de los diálogos de paz que se adelantan con la guerrilla de las Farc, se expidió el Acto legislativo 01 de 2012 "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la constitución política y se dictan otras disposiciones". La Corte Constitucional de Colombia (2013b), realiza el control de constitucionalidad y reitera los estándares del derecho interamericano, adoptados anteriormente por el ordenamiento colombiano, en materia de víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

¹⁹ Un ejemplo lo encontramos en materia de restitución de tierras a víctimas del conflicto armado (Corte Constitucional de Colombia, 2012b).



aplicable, pues considera que los hechos materia de examen por la Corte IDH no se corresponden en estricto sentido con los hechos que se presentan en los casos examinados en la jurisdicción interna.

Un ejemplo claro se evidencia en la sentencia C – 442 de 2011. En ésta se estudia la constitucionalidad de los artículos del código penal que establecen los delitos de injuria y calumnia. Uno de los argumentos de los demandantes es que se debe aplicar la jurisprudencia del Caso Kimel vs. Argentina (2008), en el que la Corte IDH considera que la legislación de ese Estado sobre los delitos de injuria y calumnia es contraria a la Convención por no ser precisa e inequívoca en detallar los elementos constitutivos del ilícito.

La CCC (2011) dice que, si bien es cierto que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante:

(...) esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión.

El argumento central de la CCC (*Ibid.*) es que la delimitación del contenido normativo de las disposiciones sobre injuria y calumnia ha sido hecha mediante la interpretación reiterada de los órganos de cierre del sistema jurídico interno (a lo que denomina “derecho viviente”) y que por lo tanto, no hay violación del principio de legalidad de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sin embargo, esto es discutible. De un lado, como bien se señala en un salvamento de voto (*Ibid.*)²⁰ las disposiciones del derecho argentino que fueron declaradas contrarias a la CADH guardan notoria similitud con las normas del derecho colombiano que examina la Corte colombiana.

Por otra parte, señala el salvamento, es contrario al texto de la CADH y la jurisprudencia que la ha desarrollado, que en materia penal se fijen los tipos penales por vía jurisprudencial y sustenta su argumento en el art. 13.2 de la Convención Americana que dispone que el derecho a la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley”, así como en la jurisprudencia establecida por la Corte IDH en la Opinión consultiva OC-6/86 sobre lo que significa el término “ley” cuando se emplea para referirse a las restricciones de derechos autorizadas por la CADH²¹:

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

²⁰ Salvamento de voto Magistrada María Victoria Calle Correa.

²¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986: “16. La pregunta se limita a indagar sobre el sentido de la palabra **leyes** en el artículo 30 de la Convención. No se trata, en consecuencia, de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como “leyes”, “ley”, “disposiciones legislativas”, “disposiciones legales”, “medidas legislativas”, “restricciones legales” o “leyes internas”. En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente. || 17. **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**” (negritas añadidas).

constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes (*Ibid.*)²².

Un segundo caso lo encontramos en la sentencia SU-712 de 2013 en la que la CCC examina, entre otras cosas, si la sanción administrativa que inhabilita a una Congresista de la República por término de 18 años es contraria al art. 23.2 de la Convención Americana²³ y, especialmente, a lo dicho por la Corte IDH en el fallo López Mendoza vs. Venezuela (2011). En dicha ocasión, el señor Leopoldo López Mendoza fue inhabilitado para ejercer la función pública por vía administrativa, razón por la que se le impide presentarse a las elecciones municipales y además, se presentan diversas irregularidades en el proceso administrativo que concluyó con la sanción.

Una vez más, la CCC (2013a) reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, pero hace varias consideraciones por las cuales no aplica la jurisprudencia del tribunal internacional referente al artículo 23.2. CADH.

La primera, es que los hechos del caso que examina “ocurren en un contexto fáctico y jurídico diferente”. Señala que la diferencia radica en que la Constitución venezolana sí establecía que el ejercicio de los derechos políticos solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, mientras que la Constitución colombiana no lo hace.

En segundo lugar, indica que no sería aceptable que el Procurador u otro juez que no fuera penal no pudiera imponer sanciones cuando la Constitución sí las permite y que:

(...) la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce la Convención al indicar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y el mecanismo de sanción. Así, como fue explicado en la Sentencia C-028 de 2006, la aplicación del bloque de constitucionalidad debe armonizarse la Constitución, a partir de una interpretación coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro estatuto (*Ibid.*: 76).

Sin embargo, consideramos que estos dos argumentos son insostenibles, primero porque la Corte IDH es clara en el alcance del art. 23.2 y por tanto, no es necesario que exista una norma en el texto de la Constitución que establezca la necesidad de sanción interpuesta por juez competente en proceso penal:

107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería

²² Citado en el Salvamento de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa.

²³ “Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

(...)

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

(...)

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”.



tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana (Caso López Mendoza Vs. Venezuela, 2011).

Y segundo, porque la Corte ha reconocido que la CADH hace parte del Bloque de Constitucionalidad y que la jurisprudencia de la Corte IDH, como intérprete auténtico de dicho instrumento, es vinculante para el Estado. En consecuencia, no es posible desconocer el precedente establecido en el caso López Mendoza, por el contrario, como lo señala la Magistrada María Victoria Calle en su salvamento de voto, conforme al art. 93 constitucional, los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, como la CADH. De forma que en el caso concreto:

(...) la forma de entender el debido proceso debe responder a la regulación de la Convención. Esta última establece por su parte, en el artículo 23, que los derechos políticos sólo pueden restringirse, mediante sanción, si esta deriva de una condena impuesta por juez competente en un proceso penal. En consecuencia, si se acata como es debido el mandato del artículo 93 constitucional, hoy por hoy nuestra Constitución permite imponer sanciones restrictivas de derechos políticos, en los casos de servidores públicos de elección popular, sólo a consecuencia de una condena, dictada por juez competente, en un proceso penal. Supuesto que haya dudas acerca de si eso es lo que dispone el artículo 23 de la Convención, en todo caso está la sentencia López Mendoza vs. Venezuela, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que así lo ratifica, y la Constitución misma es la que les da, a los pronunciamientos de la Corte Interamericana, el carácter de criterios hermenéuticos relevantes de interpretación de los derechos fundamentales²⁴.

Por otra parte, si la CCC encontrara una contradicción entre la Constitución y la CADH, su deber es armonizar ambos preceptos en aras de garantizar tanto la primacía de la constitución como el cumplimiento de las obligaciones internacionales²⁵.

Además, recuerda el salvamento de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas (2013) que:

la Corte IDH ha establecido que todos los órganos internos de un Estado parte en la Convención, incluso los jueces, están obligados a velar porque los efectos de las normas convencionales no se vean afectados por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin del tratado. En ese sentido, los órganos que componen la administración de justicia deben ejercer oficiosamente el *control de convencionalidad* de las normas internas²⁶.

Y posteriormente, indica que la armonización entre los preceptos constitucionales y la jurisprudencia de la Corte IDH debió hacerse en el siguiente sentido:

En este caso correspondía a la Corte Constitucional asumir el control de convencionalidad, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y, el método para llevarlo a cabo consistía precisamente en asumir un cambio de jurisprudencia que

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto Magistrada María Victoria Calle Correa (2013: 135).

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva (2013: 111).

²⁶ Esta posición es acorde a lo señalado por la Corte IDH en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay (2013: párr. 69).

armonice la interpretación del numeral 6º del artículo 277 de la Constitución, con el artículo 23 de la CADH. Ambas disposiciones solo resultan compatibles entre sí al asumir que la Procuraduría puede ejercer vigilancia y, en ese marco, denunciar posibles irregularidades en el desempeño del cargo por parte de funcionarios de elección popular, pero no tiene competencia para adelantar procesos e imponer sanciones disciplinarias en su contra (*Ibid.*).

Posteriormente, la CCC tuvo ocasión de revisar su posición en la ya citada C-500 de 2014, pero mantuvo los mismos argumentos que en la SU - 712 de 2013 para descartar un cambio de posición sobre la facultad del Procurador para sancionar a funcionarios públicos elegidos por voto popular, además del argumento mencionado anteriormente que señalaba que sobre este tema ya había cosa juzgada constitucional y que solo una jurisprudencia interamericana que cumpliera unos estrictos requisitos, que no había establecido con anterioridad, podía modificar su precedente.

Así, consideró la CCC que el caso “López Mendoza vs. Venezuela” no cumplía con dichas condiciones puesto que, según la CCC, la jurisprudencia de la Corte IDH no era uniforme, clara y reiterada ya que en otras sentencias: había asimilado las sanciones penales a las disciplinarias y las permitía siempre que se respetara el debido proceso²⁷; e indicó que las restricciones a los derechos políticos no se agotaban en las establecidas por el art. 23.2 pues estas solo tenían como propósito evitar discriminaciones, siendo posible establecer otras²⁸.

El anterior razonamiento no es preciso, pues como se manifestó en el salvamento de voto, los casos que cita la CCC para demostrar que no había jurisprudencia clara e unívoca, estudian patrones fácticos diferentes, siendo el caso “López Mendoza vs Venezuela” el que sí aborda el caso específico de restricción de derechos políticos por vía de sanción disciplinaria, como lo señala el salvamento de voto de la Magistrada María Victoria Calle:

Semejante exigencia, además de ser insólita pues la Corte jamás había exigido tanto para considerar relevante la jurisprudencia interamericana, es además una apreciación que carece de sustento. Cuando la mayoría de la Sala Plena se apresta a identificar la interpretación que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al artículo 23 de la Convención, se refiere a casos distintos, y les da preeminencia doctrinal a decisiones que no tienen qué ver con los límites convencionales a la restricción de derechos políticos mediante sanción²⁹.

Además, un segundo salvamento de voto³⁰ manifiesta que en realidad no existía cosa juzgada constitucional ya que el precedente de la CCC se había pronunciado sobre la violación de los arts. 40 y 93 CP, pero no sobre la vulneración de los arts. 2 y 29 CP, y el desconocimiento del art. 23 CADH.

Como hemos podido comprobar en los casos revisados, la CCC, a pesar de reconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH y de que ésta hace parte en el derecho interno del parámetro de constitucionalidad, lo desconoce con argumentos claramente contrarios a lo establecido en el Derecho Internacional.

²⁷ La Corte Constitucional se refiere a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ricardo Baena vs. Panamá, de 2 de febrero de 2001.

²⁸ La Corte Constitucional colombiana considera que esto es lo señalado por la Corte IDH en el caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto Magistrada María Victoria Calle (2014a: 91).

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto Magistrado Luis Ernesto Vargas (2014a: 94 y 95).



De esta forma, el Estado colombiano incumple con las obligaciones contraídas en los artículos 1.1 y 2 CADH (de los cuales deriva la eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana), que establecen el compromiso de respeto y garantía de los derechos y, especialmente, el artículo 2 que supone la adecuación del derecho interno a la CADH, lo que implica la supresión de cualquier tipo de normas y prácticas que produzcan una violación, así como expedición de normas y prácticas que conduzcan a la observancia de dichas garantías (Caso la Cantuta vs Perú, 2006: pár. 172). Cuando la CCC no se ajusta al estándar mínimo establecido por la Corte IDH y declara constitucionales disposiciones que atentan contra derechos protegidos por la Convención, está incumpliendo el deber de adecuación y está dejando sin efecto útil las disposiciones de la CADH.

Como recuerda Ferrer Mac-Gregor (2013: 645), el acatamiento del art. 2 CADH trasciende el ámbito legislativo, incluyendo a todos los poderes públicos, particularmente a los jueces, de forma que deben abstenerse de realizar interpretaciones que limiten el estándar interpretativo que ha establecido la Corte IDH para que la CADH logre una mínima efectividad. Si esto es así con carácter general, con mayor razón debe ser tenido en cuenta en el caso de las Cortes Constitucionales por la autoridad que tienen sus pronunciamientos en el ordenamiento interno.

En la sentencia SU – 772 de 2013 se desconoce incluso el principio *pro homine* por el cual se tenía que haber aplicado la interpretación más favorable al ser humano, a pesar de que el mismo tribunal había venido aceptando lo dicho al respecto por la Corte IDH³¹. En contra de esta jurisprudencia, aplica un criterio que no sólo va en contra de lo establecido por la Corte IDH, sino que es además el más restrictivo posible sobre los derechos de la accionante.

Adicionalmente, la Corte colombiana desconoce que el Estado está obligado por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que no se pueden invocar disposiciones de derecho interno para incumplir con las obligaciones internacionales contraídas por la firma de un tratado.

Es de la mayor relevancia la aplicación que de la CADH hace el órgano de cierre del derecho colombiano, pues esta jurisprudencia tiene efectos generales sobre todos los órganos. Ha sido la CCC la que ha servido de bisagra entre el derecho interno y el internacional desde la expedición de la Constitución de 1991, lo cual permitió que este último fuera adquiriendo relevancia para los demás jueces internos y estos lo fueran reconociendo como una fuente de derecho. Y de la misma forma, la resistencia de este alto tribunal a aplicar el criterio interamericano tiene un efecto irradiador en todo el orden interno.

Es por esto que resulta altamente preocupante que después del proceso que significó aceptar que el canon interpretativo de la Corte IDH era obligatorio para el Estado, se oponga resistencia por otras vías para no introducir el parámetro interamericano cuando la Corte colombiana no está de acuerdo con él. En lo que consiste precisamente la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional y en el momento en que se hace especialmente efectiva, es cuando los órganos internos la

³¹ Así lo señalaba la Corte Constitucional (2005a): “De modo reiterado la Corte Interamericana por medio de su jurisprudencia ha insistido en la necesidad de aplicar las disposiciones más favorables a la garantía del derecho a la libertad de expresión, muy en el sentido de lo dispuesto por el inciso (b) del artículo 29 de la Convención Interamericana: <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 instrumentos pero no en la convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce>”.

aplican aunque no compartan su criterio o aunque esté en contradicción con normas internas, caso en el cual tienen el deber de armonizar el derecho interno con las normas convencionales.

5. Conclusiones

El Caso colombiano pone de presente la complejidad a la hora de valorar la eficacia de los derechos protegidos en la CADH al interior de los Estados Parte y, en un plano más general, las dificultades en la construcción del orden jurídico interamericano.

Es un hecho que la aceptación del carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH es una muestra de la progresividad en la interacción del derecho interamericano y los derechos internos, no sin casos puntuales de resistencia que ponen en duda la consistencia de la posición de aceptación. Asimismo, la amplia recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH en materias específicas, evidencia que el Sistema Interamericano tiene un impacto importante y progresivo sobre los Estados Parte.

Un ejemplo patente es la apropiación y consolidación en el derecho colombiano de los estándares fijados por la Corte IDH sobre los derechos de las víctimas, lo que tenido como consecuencia que su protección tenga gran relevancia jurídica dentro de los procesos judiciales, así como que ocupe un lugar central en el debate político interno.

Por otra parte, es cierto a la vez, que este no es un proceso unidireccional, sino que está caracterizado por avances y retrocesos, estos últimos representados por distintas formas de resistencia en la aplicación de la jurisprudencia internacional, muchas de ellas consustanciales a los procesos de armonización del derecho regional, como igualmente acontece en la dinámica del Sistema Europeo de protección³². Estas resistencias pueden tener diferentes motivos, como la situación política interna, la diferencia de concepción de algunos derechos, que lleva a los tribunales internos a acudir al argumento de soberanía o de legitimidad democrática o incluso casos de marcada repercusión política, que afectan la aplicación efectiva del canon interpretativo, mostrando que a pesar de que ha sido reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no es un asunto pacífico en la práctica.

Por último, este panorama nos permite ver la importancia de los jueces constitucionales en la construcción de un orden jurídico interamericano, pues son ellos quienes tienen el papel protagónico en la introducción del canon interpretativo de la Corte IDH, al operar como bisagra entre el derecho interamericano y el derecho interno. De ahí, la importancia de seguir pensando en formas de diálogo jurisprudencial que posibiliten una articulación más pacífica entre el derecho convencional americano y el de los Estados Parte.

³² Queralt Jiménez (2009) nos muestra como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se presenta el mismo fenómeno de avances y retrocesos en la adopción del parámetro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



Bibliografía

ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps) (2004), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto, CELS, Buenos Aires.

BAZÁN, V. (2008), "La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno", *Revista de Derecho Político*, Núm. 73, pp. 313 – 373.

BREWER-CARÍAS, A. (2006), "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina", *Revista IIDH*, Vol. 46, pp. 219 – 271.

BUERGENTHAL, T. (2003), "Implementation of the judgments of the court", *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos En El Umbral Del Siglo XXI*. Tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 185 – 196.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1994). Sentencia T– 275/1994 de 15 de junio de 1994, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1995). Revisión constitucional 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)" hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo, sentencia C– 225/1995 de 2 de mayo de 1995, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1996). Revisión constitucional de la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994" y de la Ley N° 248 del 29 de diciembre de 1995, por medio de la cual se aprueba dicha convención, sentencia C– 408/1996, de 4 de septiembre de 1996, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1998). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 (parcial) del decreto 2277 de 1979, sentencia C– 481/1998 de 9 de septiembre de 1998, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2000). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2° (parcial), 3° (parcial), 5°, 6° (parcial) 7° literales c) y f), 8° inciso tercero, 10, 11 (parcial), 13 inciso primero, 14, 15 (parcial), 19 y 20 literal f) de la Ley 74 de 1966, sentencia C– 010/2000 de 19 de enero de 2000, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2001). Sentencia T– 1319/2001 de 7 de diciembre de 2001, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2002a). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887, sentencia C– 200/2002, de 19 de marzo de 2002, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2002b). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, sentencia C– 228/2002, de 3 de abril de 2002, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2002c). Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3, 6, 13, 20 literal a), 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 parágrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72, sentencia C– 251/2002, de 11 de abril de 2002, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2002d). Sentencia T– 1319/2002 de 7 de diciembre de 2001, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2003). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 734 de 2002, sentencia C– 067/2003 de 4 de febrero de 2002, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2005a). Sentencia T- 679 /2005 de 30 de junio de 2005, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2005b). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 290 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436 y 455 de la Ley 906 de 2004, Sentencia C- 1154/2005, de 15 de noviembre de 2005, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006a). Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000, sentencia C- 355/2006, de 10 de mayo de 2006, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006b). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005, sentencia C- 370/2006, de 18 de mayo de 2006, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2010). Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el párrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, sentencia C- 936/2010 de 23 de noviembre de 2010, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2011). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 1 de la Ley 599 de 2000, sentencia C- 442/2011 de 25 de mayo de 2011, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2012a). Sentencia T- 653/2012 de agosto de 2012, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2012b). Demanda de inconstitucionalidad: Artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, sentencia C- 820/2012 de 18 de octubre de 2012, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2013). Sentencia SU- 712/2013 de 17 de octubre de 2013, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014a). Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º (parcial) del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, sentencia C- 500/2014, de 16 de julio de 2014, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014b). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 (parciales) de la Ley 906 de 2004, sentencia C- 792/2014, de 29 de octubre de 2014, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014c). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 100, parcial, de la Ley 1448 de 2011, sentencia C- 795/2014, 30 de octubre de 2014, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014d). Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley número 65 de 2012 Senado y número 227 de 2013, sentencia C- 951/2014, 4 de diciembre de 2014, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014e). Sentencia T- 934/2014 de diciembre 3 de 2014, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014f). Sentencia T- 836/2014 de 11 de noviembre de 2014, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2015). Sentencia T- 015/2015 de 19 de enero de 2015, Bogotá.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988), Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), Caso *Barrios Altos vs Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006*, Serie C No. 154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso la Cantuta vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006*, Serie C, nº 162.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Caso Kimel vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011*, Serie C No. 233.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1986). *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, Serie A Nº. 6

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1987). *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987*, Serie A Nº 9

FERRER MAC-GREGOR, E. (2013), "Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata)". En: FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 617-672.

GONZÁLEZ ESPINOSA, O. (2012), "Acerca del «control de convencionalidad» por parte de los operadores de justicia (nacional e internacionales) en situaciones de crisis", *Revista IIDH* Vol. 56, pp. 215 – 271.

GOZAÍNI, O. (2006), "Incidencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, Núm. 2, pp. 335 – 362.

MANILI, P. (2002), "La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano". En: *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México DF, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 371 – 410.

QUERALT JIMENEZ, A. (2009), *La Interpretación de los Derechos: del tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional*, CEPC, Madrid.

QUINCHE RAMÍREZ, M. (2009), "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 12, pp. 163 – 190.

UPRIMNY, R. (1991), "Estado de sitio y Tratados Internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte". En: GALLÓN, G. (Comp.), *Guerra y Constituyente*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas.

UPRIMNY, R. (2006), "La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional. En: *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, pp. 127 – 142.

ZULUAGA T., J. (2014), "Alcance del artículo 1º inciso 4º del acto legislativo 1 de 2012 de la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal". En: AMBOS, K. (Coord.), *Justicia de Transición y Constitución*, Bogotá, Temis, pp. 155 – 196.



La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica*

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València
j.elias.esteve@uv.es

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la sentencia de Barrios Altos ha seguido una ejemplar línea jurisprudencial en la que se ha dictaminado que las amnistías no poseen efectos jurídicos y resultan ser contrarias a los postulados más elementales de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Siendo así, los asuntos de Almonacid Arellano, Gomes Lund y Gelman afianzaron la ineficacia jurídica de las autoamnistías. Todos estos precedentes constituyen una referencia a nivel internacional, de la cual debiera haber tomado ya nota el Tribunal Supremo en España que ha avalado la impunidad de los crímenes del franquismo. Ahora bien el caso de las Masacres del Mozote invocando el “juicio ponderado” y el derecho a la paz puede haber abierto el camino para que en este tipo de situaciones de posconflicto se produzca un cambio de paradigma que pudiera estar pensándose aplicar al proceso de paz en Colombia.

Palabras clave

Amnistías, justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, crímenes internacionales, impunidad, comisiones para la verdad.

* Estudio desarrollado en el marco del proyecto “El tiempo de los derechos. Consolidar-Ingenio 2010” *HURI-AGE, THE AGE OF RIGHTS*. CSD2008-0007 del Ministerio de Ciencia e Innovación y como resultado de la estancia de investigación desarrollada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la ayuda de la Universitat de València UV-INV-EPDI13-115442 y del Institut de Drets Humans.

El autor desea hacer constar el agradecimiento por la ayuda facilitada por el Secretario de la Corte, Pablo Saavedra Alessandri y las amables observaciones sobre el tema objeto de este somero análisis de los abogados Jorge Errandonea y Jorge F. Calderón. Asimismo resulta imperativo destacar durante esta estancia de investigación, la fuente de inspiración que siempre ha continuado siendo la anterior jueza del Tribunal Penal Internacional, la costarricense Elizabeth Odio Benito.

Comunicación presentada en las Jornadas sobre los treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2-4 marzo 2015, Madrid.

The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on amnesties laws: a reference for the needed transatlantic ‘cross-fertilization’

Abstract

Since the judgment of Barrios Altos, the Inter-American Court of Human Rights has followed an exemplary path declaring that amnesties do not have any legal effect and are contrary to the main provisions of the American Convention of Human Rights. Later decisions in cases of Almonacid Arellano, Gomes Lund and Gelman consolidated legal inefficiency of self-amnesties. All these precedents constitute an international reference, but the Spanish High Court that has endorsed the impunity of Franco regime crimes has not attended it. Now then the verdict in the Masacres del Mozote considering the right to peace, could have opened the route to change the punishing criteria in a posconflict scenario in order to be applied to the peace process in Colombia

Keywords

Amnesties, transitional justice, Inter-American Court of Human Rights, international crimes, impunity, truth commissions.

1. El orden jurídico internacional ante las amnistías de graves violaciones de los derechos humanos: la necesaria "fertilización cruzada"

Es bien sabido, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado un sólido precedente de lucha contra la impunidad, al haber ordenado desprover de todo efecto jurídico a las distintas leyes de amnistías que imperaban en Latinoamérica. Resulta incuestionable esta incesante labor jurisprudencial que no ha dudado en ir declarando incompatibles con la Convención Americana de los Derechos Humanos, tanto las auto amnistías, esto es, leyes de amnistía que se otorgan a sí mismos y a todos los agentes del Estado, los responsables políticos de los gobiernos donde se han violado de forma sistemática los derechos humanos, como las denominadas amnistías negociadas, que surgen tras un proceso de conflicto y que bajo el pretexto de la reconciliación nacional bloquean a las víctimas el derecho a la tutela judicial efectiva.

Siendo así, la Corte con estos veredictos ha ido apuntando, no sólo a la responsabilidad del Estado por gestar esas leyes de impunidad, sino que al mismo tiempo ha venido exigiendo que esas graves violaciones de derechos humanos acaecidas durante los convulsos tiempos en el continente americano deben acabar por someter al debido enjuiciamiento a sus máximos responsables. Pronunciamientos, que únicamente se entienden y ejecutan desde la necesaria cooperación entre Estados y entidades supranacionales, y cuyo espíritu conecta con los planteamientos doctrinales que siglos atrás ya planteara de forma desafiante Hugo Grocio, cuando en 1624 en su célebre obra *De Jure Belli ac Pacis* aseguraba que los soberanos no deben perseguir delitos que únicamente les afecten a ellos o a sus súbditos, sino que de manera particular no pueden ignorar las grandes violaciones a las leyes naturales y de las naciones (Schiffrrin, 2007: 167 ss). Así pues como nos recordó la Corte en la sentencia del asunto *La Cantuta vs. Perú* (2006), "*la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal*".

En efecto la persecución de los crímenes internacionales en el orden internacional no sólo se ha configurado como una norma imperativa o de *ius cogens*, sino que consecuentemente no admite exención alguna de responsabilidad criminal internacional derivada de una ley de amnistía, que se consideraría en todo caso contraria al derecho internacional (Corcuera Cabezut, 1999: 23-38; Pensky, 2008: 1-40; O'Shea, 2002; Chinchón Álvarez, 2013: 19-39). Tanto los mecanismos convencionales y extra convencionales de las Naciones Unidas, como algunos esporádicos veredictos de tribunales penales internacionales han venido ratificando esta nulidad de las amnistías para este tipo de supuestos.

Así por ejemplo, por un lado, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el tan invocado asunto *Furundzija* (1998: pár. 155) declaró que las amnistías sobre crímenes de torturas eran contrarias a la normativa internacional. Igualmente en el contexto africano el Acuerdo de Paz de Lomé de 7 de julio de 1999 suscrito entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario concedía abiertamente amnistías para los participantes en el conflicto armado interno, extremo que fue rechazado por el Tribunal Especial para Sierra Leona (2004: pár. 67).

Y de la misma forma en el ámbito de los distintos organismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, se han alcanzado los mismos veredictos aunque desprovistos de carácter vinculante y desde hace décadas el Comité de Derechos Humanos, entre otros organismos, tanto de forma genérica

(Observación General No. 20 sobre el artículo 7, 1992), como refiriéndose a casos particulares, se han opuesto a las amnistías que impedían investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos. Es más, en este contexto, todo ello ha acabado por provocar el posicionamiento por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas en favor del derecho a la justicia y a la reparación, a través de la Resolución 60/47, aprobando 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.

Así pues el fenómeno de la “fertilización cruzada” en esta materia debiera parecer garantizado, dados todos estos precedentes, y en este sentido el sistema interamericano de derechos humanos ha desempeñado una labor pionera y de gran alcance, como se reseñará en las sentencias de referencia que someramente serán desglosadas en los próximos apartados.

Ahora bien esa “polinización” que debiera impedir la germinación de la impunidad en cualquier región del planeta, continúa siendo una imposibilidad en numerosos supuestos. Sin ir más lejos, el caso de la ley de amnistía española de 1977 resulta lamentablemente paradigmático, donde la mencionada fertilización desde el otro lado del Atlántico no ha podido culminarse. Parece ser que décadas después de la llamada transición española, esa amnistía continúa siendo una suerte de pernicioso cultivo transgénico que no solo ha sido impermeable a la fertilización, sino que puede contaminar todo un sistema judicial.

Resulta chocante que en uno de los principales países del sistema europeo de derechos humanos se lleguen a veredictos, como el del auto del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2010 en el que el magistrado Luciano Varela no dudaba en dar curso a la querrela por prevaricación contra el juez Baltasar Garzón, puesto que la causa de los crímenes del franquismo y su *“artificiosa incoación suponía desconocer principios esenciales del Estado de Derecho, como los de legalidad penal e irretroactividad de la ley penal, además de implicar el desconocimiento objetivo de leyes democráticamente aprobadas, como la Ley de amnistía 46/1997”*. Y todo ello, a pesar de la directa recomendación del Comité de Derechos Humanos que instaba a España a *“considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977”*¹.

A pesar que la ulterior sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 no llegó a condenar por prevaricación al juez instructor de la Audiencia Nacional, mantuvo que todo el proceso fue un error y perpetuó la impunidad de la preconstitucional amnistía (Chinchón Álvarez, 2012). Del mismo modo y hasta la fecha, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lejos de las motivaciones de las sentencias de la Corte de Costa Rica en la materia (Chinchón Álvarez, 2009: 255-339), ha venido inadmitiendo a trámite (Caso Canales Bermejo c. España, 2012) o desestimando (Caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España, 2012) las distintas causas de estos crímenes amnistiados, a pesar del precedente de la sentencia Margus contra Croacia (Sentencia Marguš vs. Croatia, 2012: p. 74)².

En todo este contexto de procesos judiciales debe rescatarse la labor desempeñada por los tribunales nacionales amparándose en la jurisdicción universal, la cual también ha propiciado una estimulante interacción. Si los juicios de Madrid dirigidos contra algunos de los responsables de las dictaduras chilena y

¹ CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008, párrafo 9.

² Extremo que ratificó la Gran Sala en mayo del 2014.

argentina provocaron un efecto catalizador en los sistemas judiciales de los países de origen, hoy en día la reacción "kármica" ha resultado inevitable, y son los tribunales argentinos quienes han amparado a las víctimas españolas.

Y de esta forma mientras en España se deroga "de facto" la ley de justicia universal³ impidiendo perseguir los crímenes internacionales cometidos más allá de nuestras fronteras, al mismo tiempo la fiscalía y la Audiencia Nacional (2014b) han acabado por denegar la solicitud de extradición de torturadores españoles a la Argentina. Todo lo cual además entraña una flagrante violación a uno de los postulados más esenciales de la Convención contra la Tortura: el principio *aut iudicare aut dedere*⁴. Con ello el Estado español no sólo está desconociendo, como se ha mencionado, las reiteradas recomendaciones de distintos organismos de Naciones Unidas en materia de torturas y desapariciones forzadas (Comité Contra la Desaparición Forzada, 2013), sino que además al negarse a enjuiciar o extraditar a los juzgados de Buenos Aires a los presuntos torturadores está incurriendo en una responsabilidad internacional del Estado, que la Corte Internacional de Justicia recordó ya en su día a Senegal al negarse a extraditar a Bélgica al dictador Hissène Habré, al mismo tiempo que desistía de enjuiciarlo en los tribunales de Dakar (Belgium vs. Senegal, 2012). Así pues mientras la amnistía ampara la impunidad en España, al otro lado del Atlántico, desde hace años se ha venido dismantelando estas estructuras perpetuadoras de la injusticia.

2. Las primeras y paradigmáticas sentencias de la corte interamericana de derechos humanos

2.1. Los contenciosos peruanos: los asunto barrios altos y la cantuta

La imposibilidad de juzgar los crímenes internacionales cometidos bajo el mandato de Fujimori en Perú fueron los que posibilitaron la activación del sistema interamericano que acabaron con las ejemplares sentencias de *Barrios Altos* y *La Cantuta*. En efecto en el contexto de la política de Estado de erradicar por todos los medios cualquier elemento subversivo perteneciente o conectado al grupo maoísta Sendero Luminoso, el gobierno de Fujimori a través de los servicios de inteligencia y de un grupo armado clandestino cometió graves violaciones a los derechos humanos. En concreto el llamado Grupo Colina, cuyas prácticas destinadas a acabar con el terrorismo se sirvieron precisamente del terrorismo de Estado, procedió en el primero de los asuntos mencionados a ejecutar extrajudicialmente y a torturar a ciudadanos de la zona de Barrios Altos en Lima; y en el segundo a hacer desaparecer y ejecutar sumariamente a un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle La Cantuta", al ser apuntados como elementos subversivos. Con posterioridad el Congreso peruano aprobaba la auto amnistía a través de la ley 26.479 de 14 de junio de 1995, que fue interpretada por la ley 26.492, en las que a pesar que se impedía la investigación y enjuiciamiento de estos hechos, entre otras tantas violaciones de derechos humanos, su redacción apuntaba que no se estaba vulnerando "el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos".

Una de las primeras llamadas de atención sobre esta situación por parte de

³ BOE nº 63, Sección I, 14 marzo de 2014, pp. 23026-23031. Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

⁴ Véanse los avances del programa de trabajo "Obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut iudicare*)" de la Comisión de Derecho Internacional iniciado sobre la base de la recomendación del Grupo de Trabajo, *Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/59/10)*, par. 362.

la comunidad internacional, se constató en las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (1996), que ya advertía que la amnistía peruana contrariaba las obligaciones asumidas con la ratificación del Pacto Internacional de 1966. Poco después, la Corte Interamericana en el caso *Castillo Páez* (1998: pág. 168) acudía de forma genérica al mismo argumento de la primacía del derecho internacional sobre el interno para recordar que la “*Ley de Amnistía expedida por el Perú (...) obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia*”.

Ahora bien años después, la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos* sentó las bases de toda la posterior jurisprudencia en la materia. Sin dar lugar a ningún género de interpretaciones y ambigüedades, el fallo denunció “*la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” ya que “*las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos*” (2001: pág. 44). Es más se precisaba que ese derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas debía contribuir al “*esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes*” y en definitiva al “*derecho a la verdad*” (*Ibid.*: pág. 44). Una vez publicado el veredicto relativo al contencioso se pretendió eludir todos sus efectos y se acudió al recurrente dilema de si la sentencia tenía alcance general o únicamente era aplicable a los hechos relativos a Barrios Altos. Esta aparente obviedad quedó resuelta por la sentencia de interpretación de la Corte (2001: pág. 14), que siguió el criterio del Defensor del Pueblo peruano que resolvió, que la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana “*no puede serlo sólo en el caso Barrios Altos, sino además con relación a todos los supuestos de violaciones a los derechos humanos en los que ella resulte aplicable*” (Defensoría del Pueblo Perú, 2001). Además especial mención merece el voto concurrente del juez Cançado Trindade, quien detalló la importancia de este fallo, y añadió que las amnistías suponen “*un atentado en contra el propio Estado de Derecho*” y que vulneran derechos que “*recaen en el ámbito del jus cogens*” (Caso Barrios Altos, 2001: pág. 5 y 10).

Todos estos extremos fueron ratificados en el asunto *La Cantuta*, que reiteró los argumentos asentados en *Barrios Altos*, y concluyó de nuevo que las leyes de amnistía “*no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro*” (Caso La Cantuta vs. Perú, 2006: pág. 189).

Por último deben referenciarse con brevedad alguno de los efectos más destacados en el orden interno de estos pronunciamientos, y en este sentido cabe resaltar que los gobiernos post-Fujimori no querían proteger las barbaries cometidas por la dictadura constitucional. Por un lado, la labor de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, su Informe Final de 2003 y las repercusiones de su minuciosa investigación contribuyeron a mostrar las manifiestas deficiencias del Estado peruano. Sus precisas recomendaciones, plan integral de reparaciones y propuestas de reforma dio un impulso definitivo a la nueva etapa transicional. Los sucesivos gobiernos de los Presidentes Alejandro Toledo y fundamentalmente Ollanta Humala, acabaron por provocar cambios sustanciales en el poder judicial. De esta forma la Sala Penal Nacional desde el 2006 comenzó a emitir sentencias condenatorias impensables años atrás, condenando tanto crímenes cometidos por los agentes del Estado (incluido algunos integrantes del Grupo Colina), como las masacres ejecutadas por los líderes de Sendero Luminoso.

Al mismo tiempo se inició el proceso de extradición desde Chile de Fujimori, quien finalmente fue condenado por la Corte Superior de Justicia de Lima, en

sentencia de 7 de abril de 2009 por la comisión de crímenes contra la humanidad como autor mediato en los asuntos *Barrios Altos* y *La Cantuta* (Buró, 2009). Y precisamente las sentencias de la Corte Interamericana fueron invocadas en otros tantos procesos (Tribunal Constitucional Perú, 2007), sirviendo de precedente para iniciar el camino del fin de la impunidad en Perú (Amés Cobián y Reátegui, 2011: 247-272).

2.2. La consolidación de la vía abierta contra la impunidad: los asuntos Almonacid Arellano y Gomes Lund

Si la Corte Interamericana con el caso *Barrios Altos* creó el precedente de referencia para iniciar el fin de la impunidad en Perú, los asuntos *Almonacid Arellano* y *Gomes Lund* allanaron el camino para que la ilegalidad de las leyes de auto amnistía, quedara consolidado como un criterio inamovible.

En el primero de los casos, la ejecución extrajudicial del profesor de primaria Luis Alfredo Almonacid Arellano, cinco días después del fatídico 11 de septiembre de 1973, fue el detonante del caso ante el sistema interamericano, ya que la imposibilidad de su investigación y enjuiciamiento en Chile quedó avalada por el Decreto Ley 2191 de 1978. Ahora bien en este contexto de lucha contra la impunidad de crímenes internacionales cometidos en Chile resulta necesario resaltar otras iniciativas que acabaron por converger.

Los primeros pasos en esa dirección fueron dados por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación⁵, cuyas investigaciones se plasmaron en el llamado Informe Rettig de 1991. Los hechos denunciados y las recomendaciones de reparación fueron de inmediato rechazadas por la Corte Suprema de Chile (1991) y por el Ejército, el cual continuaba siendo liderado por su Comandante en Jefe, Augusto Pinochet. Con todo, esta situación no pasó desapercibida a la Comisión Interamericana quien en su informe anual de 1996 declaró la ley de amnistía chilena contraria a la Convención; conclusión que recordó el Comité de Derechos Humanos (1999: pár. 7) exigiendo las reparaciones pertinentes

Sin embargo habida cuenta de la ausencia de exigencia de responsabilidades individuales, de una forma impredecible, el inicio de las primeras investigaciones judiciales de los crímenes cometidos por la dictadura militar se desencadenaron como consecuencia de la presentación de una denuncia insólita ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional de Madrid. En marzo de 1996, la Unión Progresista de Fiscales, encabezada por el Fiscal Anticorrupción, Carlos Castresana, acusaba a los miembros de la Junta militar argentina de genocidio, terrorismo y torturas. Meses más tarde, el 4 de julio de ese mismo año, esa misma asociación presentó otro escrito en los mismos términos contra Augusto Pinochet y la cúpula militar chilena por los mismos crímenes internacionales ocasionados, no sólo a ciudadanos españoles, sino a todas las víctimas con independencia de su nacionalidad. El proceso suscitó el interés de toda la comunidad internacional, cuando el 16 de octubre de 1998, el dictador Augusto Pinochet fue detenido en Londres, al cursarse una orden de búsqueda y captura decretada por el juez Baltasar Garzón (Audiencia Nacional, 1998). En el célebre auto de procesamiento se esgrimieron toda una serie de fundamentos jurídicos que sustentaban la competencia de los juzgados españoles, ya que la persecución y sanción de los crímenes internacionales de la dictadura chilena se conformaba como una obligación de *ius cogens*; extremo que años después fue expresado en

⁵ Decreto Supremo Chile n.º 355 del 25 de abril de 1990.

los mismos términos en el asunto Almonacid Arellano. Los llamados juicios de Madrid desplegaron primero sus consecuencias en Argentina donde se acabaron por declarar contrarias al derecho internacional las leyes de amnistía de Obediencia Debida y Punto Final. Aunque no puede al mismo tiempo ignorarse el impulso político recibido por el Gobierno de Kichner y el combate sin tregua que desde los inicios dieron las asociaciones de víctimas, como el movimiento de las Abuelas de la Plaza de Mayo.

Igualmente el efecto del caso Pinochet (Remiro Brotons, 1999), no se vislumbró únicamente ante los tribunales españoles que “descubrieron” la aplicación absoluta de la justicia universal, sino que a nivel internacional este precedente inspiró otras causas. Y sobre todo la detención del dictador y su prolongado proceso de extradición en Londres, aunque frustrado en sus últimas consecuencias, contribuyó a la creación de la Mesa de Diálogo en Chile, lo cual supuso los primeros y titubeantes reconocimientos de responsabilidades. En efecto la reacción catalizadora del caso Pinochet pudo constatarse en breve en Chile con el inicio de procesos judiciales; siendo así, “en 2004 se encontraban procesados 311 agentes vinculados con 515 víctimas. El Ejército tenía 146 agentes procesados”. Es más, “los procesos por casos de detenidos desaparecidos dejaron de ser amnistiados. El caso de Miguel Ángel Sandoval en 2004, es el primer caso en que fueron condenados los agentes de la DINA responsables de la desaparición” (Lira, 2011: 119).

Con todos estos procesos en curso, el 11 de julio de 2005, la Comisión remitía a la Corte Interamericana el asunto Almonacid Arellano, la cual en su sentencia de 26 de septiembre de 2006 acudía no sólo a la Convención Americana, sino al Derecho Internacional para calificar la presente ejecución extrajudicial como crimen contra la humanidad, esto es, como parte de una ataque sistemático o generalizado contra la población civil chilena desde 1973. En consecuencia se concluyó 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. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía” (Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006: pág. 114). Es más esos crímenes de lesa humanidad, como ya evidenciara la Audiencia Nacional en España, violan el *ius cogens*, y por lo tanto su persecución es “obligatoria conforme al derecho internacional” (*Ibid.*: pág. 99).

Asimismo en el fallo la Corte se destacó el relevante papel de la Comisión de la Verdad mencionada, que ya incluyó en sus informes el caso de Almonacid Arellano, aunque precisó que el esclarecimiento de la memoria histórica “no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales” (*Ibid.*: 149-150). Y en esa dirección, la verdad se ha podido ir restableciendo también a través de la exigencia de las correspondientes responsabilidades penales en distintos procesos judiciales. Por un lado, en Chile las causas judiciales se han impulsado con fuerza, y no sólo por las víctimas, sino por el ministerio público⁶. Simultáneamente en España también ha proseguido la causa contra autoridades chilenas por el asesinato del español Carmelo Soria durante la dictadura de Pinochet; este asunto relativo al secuestro, torturas y ejecución extrajudicial del funcionario español de Naciones Unidas, archivado por la Corte Suprema de Chile tras la aprobación del Decreto de amnistía de 1978 ha

⁶ Lira (2011: 119) “el 26 de enero de 2011 la fiscal judicial Beatriz Pedrals presentó querrelas por 726 personas respecto a cuyas muertes o desapariciones no existe actividad judicial actual en Chile”.

permanecido activo. Y a pesar de la reciente reforma de la justicia universal en España, el haber calificado los hechos como "constitutivos, entre otros, de un delito de terrorismo, tal y como se contenía en la querrela admitida a trámite" (Audiencia Nacional, 2014a), ha permitido seguir con la instrucción acudiendo al principio de legitimidad pasiva.

Cuatro años después de la sentencia contra Chile, se consolidó la línea roja respecto a la ilegalidad de las auto amnistías, con la sentencia *Gomes Lund* de 24 de noviembre de 2010. En este asunto de nuevo una ley de amnistía n° 6683 de 1979 en el Brasil, imposibilitaba el enjuiciamiento de las torturas y desapariciones forzadas de un grupo de militantes del Partido Comunista, campesinos e integrantes de la *Guerrilha do Araguaia*. En esta ocasión, la Corte tras rechazar la pretensión de evaluar desde el punto de vista de la legislación interna brasileña referente a la constitucionalidad de la amnistía y afianzar el carácter continuado de los delitos de desaparición forzada, de nuevo acudió al *ius cogens*. Precisamente ese derecho imperativo internacional obliga a Brasil a investigar y sancionar a los responsables de las desapariciones forzadas, y concluía el veredicto, que "en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Brasil forma parte por decisión soberana, son reiterados los pronunciamientos sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos" (Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, 2010: pár. 149). Así pues, el Estado de Brasil ni había adecuado su legislación interna a la Convención Americana, ni sus autoridades judiciales controlaron la adecuación internacional de la amnistía; es más incluso se reprochaba en la sentencia que el "Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional" (*Ibíd.*: 177).

Una vez dictaminado que la ley de amnistía brasileña carecía de todo efecto jurídico, Brasil procedió a promulgar la ley 12.528 de 18 de noviembre de 2011, mediante la cual se creó la Comisión Nacional de la Verdad. La resolución de 17 de octubre de 2014 relativa a la supervisión del cumplimiento de la sentencia (Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil), a pesar de celebrar los avances en la investigación de los hechos relativos a los crímenes de Estado cometidos contra miembros de la *Guerrilha do Araguaia*, entre otros, declaró que en algunos casos, los tribunales brasileños continuaban aplicando la ley de amnistía. Dos meses más tarde se presentaba el extenso Informe Final de la Comisión Nacional de la Verdad en el que en sus conclusiones instan a exigir las responsabilidades penales necesarias a todos los agentes públicos estatales que cometieron graves violaciones de derechos humanos, que pueden ser calificados de crímenes contra la humanidad y consecuentemente ni han prescrito, ni pueden ser amnistiados. Es más, para sustentar esta argumentación se acude tanto al *ius cogens* internacional, como a la sentencia *Gomes Lund* de la Corte Interamericana, por lo que oficialmente se puede considerar que se ha dado el paso definitivo para oficializar el fin de la impunidad en Brasil, ya que según recoge el Informe Final: "A racionalidade da Corte Interamericana é clara: leis de autoanistia constituem ilícito internacional; perpetuam a impunidade; e propiciam uma injustica continuada, impedindo às vítimas e a seus familiares o acesso à justiça, em direta afronta ao dever do Estado de investigar, processar, julgar e reparar graves violacoes de direitos humanos"⁷.

3. El caso Gelman contra Uruguay de 2011: la Corte Interamericana ante la amnistía por referendun popular

⁷ COMISIÓN NACIONAL DE LA VERDAD (2014), Informe Final, Parte V, Capítulo 18, Conclusiones y Recomendaciones, punto 18, 10 de diciembre de 2014.



El caso Gelman contra Uruguay planteó una nueva disyuntiva a la Corte Interamericana, aunque los hechos a enjuiciar ya habían sido considerados en otros precedentes. En el presente asunto nos encontramos de nuevo con violaciones a los derechos humanos en el contexto de la guerra sucia de la Operación Cóndor, en la que los Estados del Cono Sur americano suprimieron de forma sistemática toda disidencia política; igualmente una ley de amnistía impedía su enjuiciamiento: la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado del Uruguay de 22 de diciembre de 1986. En este contexto el poeta Juan Gelman no había podido encontrar justicia, ni reparación, por el asesinato de su hijo, la desaparición forzada de su nuera, a la cual además se le sustrajo a su recién nacida para entregarla a una familia adoptiva colaboradora con el régimen.

Lo particular de este caso reside en la forma de aprobar la ley de amnistía, ya que si en los asuntos anteriores, los mismos perpetradores de los crímenes se otorgaron a sí mismos la protección de la impunidad, en el caso uruguayo la Ley de Caducidad, no sólo fue aprobada por un parlamento democrático, sino que además la misma fue ratificada por partida doble por el pueblo uruguayo: la primera mediante referéndum en 1989 y una segunda vez mediante plebiscito relativo a una reforma constitucional en la que se rechazó en una votación muy ajustada en 2009 declarar constitucionalmente nula la ley de amnistía.

Este extremo relativo a la participación democrática popular ya fue traído a colación por la Comisión Interamericana en su informe anual de 1992, en la que cuestionaba su compatibilidad con la Convención. De igual modo el Comité de Derechos Humanos (1998: pár. 1) a pesar de ese refrendo popular inicial cuestionó su adecuación con el Pacto Internacional. Finalmente en la sentencia de 24 de febrero de 2011 los jueces del tribunal de Costa Rica fueron expeditivos a la hora de resolver el dilema que parecía enfrentar a la soberanía popular o legitimidad democrática de una norma con el perjuicio causado por la impunidad de crímenes internacionales, y en las que se acudió al siguiente razonamiento:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, 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 sólo del Poder Judicial (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011: pár. 239).

Así pues el criterio inspirado por Ferrajoli (2008) en su tesis sobre “*la esfera de lo no decidible*” y que fue directamente invocado por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet* poco antes de la celebración del plebiscito, adelantándose al veredicto de la Corte Interamericana, acabó por prevalecer. Esta decisión no ha estado exenta de firmes críticas que han tachado la sentencia de “simplista y punitivista”. Efectivamente un sector doctrinal, cuya argumentación queda expuesta con claridad por el Profesor Gargarella, cuestiona la nula relevancia que se ha otorgado a la voluntad popular y la exigua fundamentación de la sentencia acudiendo al amplio argumento de estar violando el

artículo 1.1 de la Convención Interamericana, “que en ningún momento hace referencia más o menos explícita a los deberes de “prevenir,” “investigar”, “sancionar”, restablecer y “reparar” los “daños producidos por la violación de los derechos humanos”; todo lo cual “implica no tomar en cuenta el problema del desacuerdo (...) sobre el sentido, significado y alcance de los derechos” (Gargarella, 2012: 13).

Con todo, la controversia regresó al ámbito judicial con ocasión de la resolución de la Corte Interamericana relativa a la supervisión de cumplimiento del caso Gelman de 20 de marzo 2013 en la que se enfrentó al veredicto de la Corte Suprema de Uruguay, al fallar que según la ley uruguaya todo hecho delictivo cometido durante la dictadura hasta el 1 de marzo de 1985 había prescrito; sorprende que ese plazo de prescripción se computara desde el fin de la dictadura y no desde el momento en que se consideró inconstitucional la ley de amnistía. Al margen de este argumento de nuevo la Corte, tras recordar su jurisprudencia sobre esta cuestión, sentenció que “*la imprescriptibilidad de este tipo de “conductas delictivas es una de las únicas maneras que ha encontrado la sociedad internacional para no dejar en la impunidad los más atroces crímenes cometidos en el pasado, que afectan la consciencia de toda la humanidad y se transmite por generaciones”* (Caso Gelman vs. Uruguay, 2013: pár. 94).

4. Las amnistías ante los conflictos armados internos en el asunto de la masacre del Mozote 2013: ¿hacia el nuevo paradigma de la “ponderación” de la paz?

Una vez examinados los anteriores precedentes de auto amnistías ante la Corte Interamericana, por último queda constatar su posicionamiento ante una amnistía surgida tras un conflicto armado, en la que parecen enfrentarse otros dos valores supremos: la consolidación de la paz y el cumplimiento efectivo de los derechos humanos en favor de las víctimas. Y fue precisamente con ocasión de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el contexto de los doce años de guerra civil en El Salvador, que arrojó un balance de más de setenta mil víctimas, el que llevó al último veredicto en la materia por parte del sistema interamericano de derechos humanos.

El asunto de las *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños contra El Salvador*, examina los hechos acaecidos en diciembre de 1981, cuando las fuerzas armadas del Estado ejecutaron de forma masiva e indiscriminada a ciudadanos en plena lucha contra la insurgencia. Al finalizar el conflicto, y tras la firma del Acuerdo de paz de Chapultepec de 16 de enero de 1992 y la previa gestación de la Comisión de la Verdad meses antes, el Gobierno y el FMLN comenzaron a sentar las bases del proceso de paz. Ahora bien el hecho controvertido, que es uno de los puntos principales enjuiciados por la Corte Interamericana, aparece cuando el 20 de marzo de 1993, días después que la Comisión de la Verdad presentara su demoledor informe final, el Gobierno neutralizó sus efectos mediante la promulgación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Con el objeto de afianzar la impunidad, la Corte Suprema de Justicia, junto con la Fuerza Armada de El Salvador, se posicionaron oficialmente en contra de las recomendaciones del Informe de la Comisión (Cuéllar Martínez, 2011: 169).

Ante este desafío gubernamental, judicial y militar, que enarbolaba el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, la Comisión Interamericana (1994) advirtió que dicha amnistía incumplía las obligaciones de la Convención

Americana. Del mismo modo, casi diez años después el Comité de Derechos Humanos (2003: pár. 6) alertaba de nuevo sobre la incompatibilidad de la Ley de Amnistía General con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 2º del Pacto Internacional. A pesar de estos llamamientos internacionales, el Gobierno salvadoreño permaneció indiferente, incluso tras el veredicto de la Corte Interamericana en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz* de 1 de marzo 2005, donde se denunciaba la imposibilidad de la persecución penal y sanción de los crímenes cometidos durante el conflicto.

Al no afrontarse desde El Salvador la persecución judicial de los crímenes cometidos durante el conflicto, se acudió a los tribunales españoles invocando el principio de jurisdicción universal. El llamado caso Ellacuría, en el que la acción popular ejercida por el *Center for Justice and Accountability* denunciaba el asesinato de un grupo de jesuitas españoles en la Universidad Centroamericana, fue admitido a trámite por la Audiencia Nacional (2009). El juez Eloy Velasco, tras comprobar la inexistencia de justicia en El Salvador, acabó por procesar a los responsables salvadoreños por la comisión de “*asesinatos terroristas (crimen de Estado)*” y “*crímenes de lesa humanidad o contra el Derecho de gentes*” (Audiencia Nacional, 2011). Al mismo tiempo se decretaron órdenes de arresto internacional, que fueron remitidas a la Interpol, para que se procediera a la detención de los acusados. A pesar de que la Corte Superior de Justicia del Estado centroamericano se negó de forma reiterada a cooperar con esta actuación judicial, la instrucción ha proseguido en los juzgados de Madrid. Así pues aún a pesar también de la actitud inactiva del ejecutivo salvadoreño, donde tanto la derecha como el FMLN se han mostrado reticentes con la búsqueda de responsabilidades penales por los crímenes del pasado, las investigaciones continúan en la actualidad. Es más, el caso Ellacuría ha podido también salvar las draconianas limitaciones de la jurisdicción universal y el juez Velasco, amparándose en el delito de terrorismo y en la existencia únicamente de víctimas españolas, ha decidido continuar con el proceso. Es más, en su auto de 30 de marzo dando cumplimiento al apartado 5 del nuevo artículo 23 LOPJ, elevó el caso a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que determinara respecto a los crímenes de lesa humanidad, si los juicios celebrados en el país centroamericano han sido “*un mero fraude, una formalidad para aparentar la realización de una justicia que no fue tal, ante el hecho de que no hizo comparecer ante el tribunal ni a los inductores y ordenantes del crimen, ni aún a todos sus autores materiales, recibiendo el jurado instrucciones políticas*” (Audiencia Nacional, 2014c).

Mientras la jurisdicción española seguía su instrucción, la Corte Interamericana emitió la sentencia de 25 de octubre de 2012 relativo a las Masacres de El Mozote. Esta vez nos encontrábamos ante el nuevo contexto mencionado: el decreto de una amnistía en una situación de posconflicto en el que había que valorar una serie adicional de argumentos políticos y razonamientos jurídicos.

En un lado de la balanza se hacía constar la necesaria inevitabilidad de la amnistía bajo el pretexto que era la única salida de poder consolidar la paz tras el conflicto. La Corte Suprema de Justicia (1998) se mostraba favorable a esta postura, y cuando resolvió la acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Amnistía General, abiertamente concluyó que “*la amnistía es una gracia del soberano, una gracia colectiva que tiende a garantizar la paz social y política, pues constituye la expresión jurídica de un acto político que permite la apertura de un proceso democrático y favorece el consenso nacional, con el objetivo primordial de neutralizar una situación de crisis interna —conflicto armado no internacional— o consolidar la terminación de un conflicto armado internacional. Lo anterior indica que la amnistía se fundamenta en la soberanía misma, siendo pues, la potestad de*

clemencia un atributo de aquélla". Con este veredicto no se hacía más que buscar el amparo de lo dispuesto en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra que permite "a la cesación de las hostilidades" la concesión de una amnistía "lo más amplia posible"⁸.

Por el contrario la posición contraria a la anterior, no niega el tenor literal de lo mencionado en el Protocolo II, aunque especifica que debe contextualizarse con el resto de disposiciones, objeto y fin de toda la normativa de Ginebra. Y en ese sentido el mismo Comité de la Cruz Roja Internacional en su Comentario 152 relativo al Derecho Internacional Consuetudinario asegura que no puede interpretarse el artículo mencionado del Protocolo II con la intención de sustraer de la justicia a los criminales de guerra (Henckaerts y Doswald Beck, 2005), esto es, no pueden dejarse en la impunidad las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Y precisamente esta línea roja es la que traza la Corte Interamericana en la sentencia de las Masacres del Mozote (2012: pár. 296), la cual tras constatar numerosas violaciones a los derechos humanos contemplados tanto en la Convención Interamericana, como en el Protocolo Adicional II, concluía que:

(...) Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador.

117

Ahora bien puede atisbarse un posible y futuro giro en relación a este paradigma punitivo. Y llama poderosamente la atención el voto particular del Presidente de la Corte, Diego García Sayán, al que se adhirieron otros cuatro magistrados, en el que en los considerandos 37 y 38 se invoca un "principio de ponderación". Según éste, se asienta que existe un derecho a la paz y una obligación de alcanzarla por parte del Estado, y siendo así, sobreviene "un juicio de ponderación" entre "los derechos de las víctimas (...) y "la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado". Y sigue ese voto concurrente excusando al Estado al añadir que:

*en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se **ponderen** de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás (Caso Masacres de El Mozote, 2012: pár. 37 y 38).*

Estas aseveraciones del voto pueden plantear inquietantes interrogantes. Por un lado, sorprende que si la opinión mayoritaria (cinco de siete) era favorable a ese "juicio de ponderación" en este contexto de proceso de transición ¿por qué no se incluyó en el cuerpo principal de la sentencia, y se dejó de forma marginal en un voto concurrente? Y por otro lado, el cuestionamiento del carácter absoluto de

⁸ Artículo 6.5. Protocolo Adicional (II) de 8 de junio de 1977 a los Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

derechos fundamentales, y más aún cuando se invocan tras haber sufrido las víctimas crímenes internacionales, parecen chocar de forma frontal con planteamientos esclarecedores que años atrás dejara asentados el juez Cançado Trindade. En sus distintos votos razonados, como por ejemplo en el mencionado caso Almonacid Arellano (2006: pár. 4 y 5), planteaba una postura tajante a este respecto y argumentaba que el pretexto de la “reconciliación nacional” y el “perdón”, “no puede ser impuesto por decreto ley, ni de ninguna otra forma: sólo puede ser concedido espontáneamente por las propias víctimas. Y, para eso, éstas han buscado la realización de la justicia”. Es más, precisaba que las amnistías “ni siquiera buscan (...) la realización del bien común”, sino más bien “sustraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas”.

5. Consideraciones finales

El voto concurrente en la sentencia de El Mozote, al acudir al *juicio de la ponderación* y dictaminar que un derecho, como el de la tutela judicial efectiva de las víctimas, no reviste carácter absoluto, puede estar apostando por un valor universal que pudiera ser la consolidación de la paz y con ello la no reiteración de las masacres. Según sus adeptos, este mal inevitable que debe tolerarse por el bien común, este “mal necesario” (Freeman, 2009)⁹, seguramente se haya invocado porque se estaba pensando en los resultados del fin de otro conflicto armado interno en Latinoamérica y en formas alternativas de justicia (Stahn, 2005; Ambos, 2009). Se puede compartir la actitud de aplicar la cautela a la hora de valorar las realidades internas de otras regiones y países; y es más, se debe denunciar la desigual aplicación del derecho internacional, como en España, en la que los tribunales han perseguido los crímenes internacionales cometidos por las dictaduras latinoamericanas, y en cambio continúan resistiéndose a la exigencia de responsabilidades cometidas en territorio español. Véanse a estos efectos la reciente y reiterada negativa española a la “fertilización”, que pudiera llegar bien desde la Corte de Costa Rica, bien desde Ginebra, cuando de forma expresa el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff (2014), acaba de exigir al Gobierno de Madrid privar de efectos a ley de amnistía española.

En definitiva el hacer efectivos los derechos fundamentales de las víctimas de crímenes internacionales no debe ser visto como una disyuntiva propia de los críticos realistas de las relaciones internacionales en la que hay que elegir entre el derecho o la política, esto es, midiendo el “coste” que implica poner en práctica no solo unos valores humanitarios, sino un derecho imperativo que es una conquista de nuestra civilización. El debate jurídico no debe desviarse hacia argumentos y elecciones propias de la *real politik* (Kissinger, 2001), planteando dilemas impropios de un Estado de Derecho. Tampoco debiera derivarse este debate hacia estériles dialécticas entre teóricos punitivistas y antipunitivistas (Greenawalt, 2014)¹⁰.

Tampoco debiera perderse la perspectiva que estas causas judiciales nacionales o internacionales ponen de manifiesto que los procesos de transición de

⁹ Sobre este tenso debate acerca de la justificación de algún tipo de amnistías, véase también la monografía de Mallinder (2008); Robinson (2003) y Dorado Porras (2013).

¹⁰ Asimismo resulta lamentable que desde las torres de marfil de la academia se haya criticado la combativa labor judicial contra la impunidad de algunos jueces, acusándolos de neo-punitivistas y de alentar “un discurso dirigido a ciertos grupos de la comunidad de las ONG en lugar de un análisis jurídico estricto y reaviva recuerdos desagradables del debate de neo-punitivismo en América Latina” (Ambos, 2012: 24, nota 156).

regímenes dictatoriales o consolidación de las democracias, como el que deberá experimentar Colombia, no suponen una elección entre democracia y justicia, teniendo que necesariamente descartar una de los dos, sino que más bien la incompatibilidad se encuentra, si pretenden ir de la mano la democracia, la ausencia de reparación y de justicia social para las víctimas y la impunidad.

Resulta innegable que en ese voto concurrente en el caso del Mozote se estaba pensando en el proceso de paz en Colombia, y más aún, cuando el Presidente Santos públicamente ha solicitado a la Corte que no se dinamite judicialmente esa transición¹¹. De lo contrario se premia a torturadores y genocidas, y se da entender que sus prácticas inhumanas han conseguido un fin, ya que en aras de otros objetivos los mismos quedan desprovistos de toda la correspondiente responsabilidad penal. Y lo peligroso de esa impunidad es que puede provocar la reiteración de la comisión de crímenes internacionales, ya que deja de tener el efecto disuasorio, preventivo e incluso ético que de forma vital requiere.

En conclusión los derechos fundamentales de las víctimas son inderogables y como hiciera constar el juez Cançado Trindade en su voto concurrente en el caso Barrios Altos (2001: pár. 26), *"ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. (...) Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas 'leyes' de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad"*. Valoración que resulta aplicable a toda forma de amnistía.

Bibliografía

AMBOS, K. (2009), "The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC" en *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development: The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, ed. Kai Ambos, Judith Large, and Marieke Wierda. Springer, Nueva York.

AMBOS, KAI (2012), "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", *InDret.com* 3/2012. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>. Revisado el 21 de julio de 2015.

AMÉS COBIÁN, R. y REÁTEGUI, F. (2011), "El caso de Perú: itinerario y dificultades de una agenda transicional", *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, San José, Costa Rica, pp. 247-272.

AUDIENCIA NACIONAL (1998), Juzgado Central de instrucción nº 5, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: "operación Cóndor", Auto de procesamiento 10 diciembre 1998.

AUDIENCIA NACIONAL (2009), Auto de 12 de enero de 2009, Diligencias Previas 391/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 6.

¹¹ En su discurso Santos dirigiéndose al Presidente de la Corte y en el contexto de su discurso relativo a las negociaciones de paz en La Habana, le interpeló: "Y vamos a necesitar de su ayuda y de su comprensión para respetar, por supuesto, la justicia, pero al mismo tiempo hacer posible la paz." Presidencia de la República de Colombia: *Palabras del Presidente Juan Manuel Santos en la instalación del 47º Período de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Medellín, 18 marzo 2013. Disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Marzo/Paginas/20130318_08.aspx. Revisado el 21 de julio de 2015.



AUDIENCIA NACIONAL (2011), Auto de 30 de mayo de 2011, Sumario 97/19, Diligencias Previas 391/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 6.

AUDIENCIA NACIONAL (2014a), Auto de 23 de mayo de 2014, Sumario 19/1997-D, Pieza III, Juzgado Central de Instrucción nº 5.

AUDIENCIA NACIONAL (2014b), Auto de 24 de abril de 2014, Sección Tercera, Sala de lo Penal, procedimiento de extradición 21/13.

AUDIENCIA NACIONAL (2014c), Auto de 31 de marzo de 2014, Sumario 97/2010, Juzgado Central de Instrucción nº 6.

BURÓ, J.M. (2009), "Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations", *International Journal of Transitional Justice*, 3, pp. 384-405

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009), *Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: Impunidad fáctica, amnistías e indultos*. In Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008). Ediciones Documenta Balear, Mallorca, pp. 255-339.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2012), *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*. Ed. Universidad de Deusto, Bilbao.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2013) "El binomio Justicia Transicional-Derecho Transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes", *Actas V Jornadas de Estudios de Seguridad*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, Madrid, pp. 19-39.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1992), "Informe N.º. 29/92, Uruguay, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375", 2 de octubre de 1992.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1994), "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador", OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28 Rev., 11 de febrero de 1994.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1996), "Informe N.º. 36/96, Chile, caso 10.843", 15 de octubre de 1996.

COMISIÓN NACIONAL DE LA VERDAD (2014), Informe Final. Disponible en: http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571. Revisado el 21 de julio de 2015.

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN CHILE (1991), Informe. Disponible en http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_retti.html. Revisado el 21 de julio de 2015.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA (2013), Observaciones Finales al Informe de España de 2013, párrafos 9 y 10.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1996), "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú", CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1998), "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay", CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1999), "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile", CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 7.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2003), "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador", CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003.

COMITÉ DERECHOS HUMANOS (1992), "Observación General No. 20 sobre el artículo 7", AGNU, A/47/40, 10 de marzo de 1992.

Decreto Supremo Chile n.º 355 del 25 de abril de 1990.

CORCUERA CABEZUT, S. (1999), "Las leyes de amnistía en el derecho internacional de los derechos humanos", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 29, pp. 23-38.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998), Asunto *Castillo Páez v. Perú, Reparaciones*, sentencia de 27 de noviembre de 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, párrafo 44.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Fondo, reparaciones y costas, n° 172.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, n°. 162.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C. No. 221.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de octubre de 2012. Serie C n° 252, párrafo 296.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Caso Gelman vs. Uruguay*. Resolución de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), Resolución de 17 de octubre de 2014. Supervisión de cumplimiento de sentencia. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA (2009), Sala Penal Especial: *Casos Barrios Altos, La Cantuta (Alberto Fujimori Fujimori)* – Expediente No. A.V. 19-2001, 7 de abril de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1998), Sala de lo Constitucional: *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz)*. Incidente 24-97/21-98, 27 de septiembre de 2000.

CORTE SUPREMA DE CHILE (1991), Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Estudios Públicos 42, Disponible en: www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1181.html. Revisado el 21 de julio de 2015.

CUÉLLAR MARTÍNEZ, B. (2011), "El Salvador. ¿Justicia transicional? ¿impunidad tradicional?", *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, San José, Costa Rica, pp. 163-190.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO PERÚ (2001), Informe n° 57 "Amnistía vs Derechos Humanos: buscando justicia", aprobado mediante Resolución Defensorial N° 019-2001/DP.

DORADO PORRAS, J. (2013), "Justicia transicional, persecución penal y amnistías", *Derechos y Libertades, Núm. 28, época II*, pp. 81-113.

FERRAJOLI, L. (2008), *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid.

FREEMAN, M. (2009), *Necessary evils. Amnesties and the search for justice*, Cambridge University Press.

GARGARELLA, R. (2012), "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman". Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf Revisado el 21 de julio de 2015.

GREENAWALT, ALEXANDER K. A. (2014), "International Criminal Law for Retributivists", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35-4, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2411090>. Revisado el 21 de julio de 2015.

HENCKAERTS, J-M. y DOSWALD BECK, L. (2005), *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol. I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge.

KISSINGER, H., A. (2001), "The pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyranny", *Foreign Affairs* 80. Disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/2001-07-01/pitfalls-universal-jurisdiction> Revisado el 21 de julio de 2015.

LIRA, E. (2011), "Chile. Verdad, reparación y justicia: el pasado que sigue vivo en el presente", *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, San José, Costa Rica, pp. 85-128.

MALLINDER, L. (2008), *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the peace and justice divide. Studies in International Law*, Volume 21. Hart Publishing, Oxford y Portland.

PENSKY, M. (2008), "Amnesty on Trial: Impunity, Accountability and the Norms of International Law", *Ethics and Global Politics*, Vol. 1, Núm. 1-2, pp. 1-40.

O'SHEA, A. (2002), *Amnesty for crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya.

RELATOR ESPECIAL SOBRE LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN (2014), Informe de Pablo de Greiff. Misión a España, 22 julio 2014. A/HRC/27/56/Add.1.

REMIRO BROTONS, A. (1999), *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior Biblioteca Nueva, Madrid.

ROBINSON, D. (2003), "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth commissions and The International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Núm. 14, pp. 481-505.

SCHIFFFRIN, L. (2007), "Hugo Grocio y la jurisdicción penal universal", En: REZSES (ed.), *Aportes Jurídicos para el análisis y juzgamiento de genocidio en Argentina*, Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, pp. 167-181.

STAHN, C. (2005), "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 3, pp. 695-720.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERÚ (2007), *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas* – Expediente No. 679-2005-PA/TC, 2 de marzo de 2007.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA (2004), Sala de Apelaciones; *Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara*, case No. SCSL-2004-16-AR72(E), párrafo 67, 13 marzo 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, nº. 301410/09, 27 de marzo de 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Canales Bermejo c. España*, nº. 56264/12, 8 de noviembre de 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS (2014), Sentencia *Marguš v Croatia*, n°. 4455/10, 13 noviembre 2012, párrafo 74. Extremo que ratificó la Gran Sala en mayo del 2014.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2012), Questions Concerning the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment (Jul. 20, 2012).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA YUGOSLAVIA (1998), Prosecutor v. Furundzija, case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998.

TRIBUNAL SUPREMO (2010), Sala de lo Penal, auto de 7 de abril de 2010. Causa especial n° 20048/2009.





El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistía

Yolanda Gamarra
Universidad de Zaragoza
gamarra@unizar.es

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha contribuido a la cristalización de un sólido fundamento jurídico internacional por el que las amnistías que trataban de dejar en la impunidad graves violaciones de los derechos humanos fueron declaradas incompatibles con el derecho internacional. El legado de la Corte IDH se evidencia en la existencia de un *corpus* conceptual favorable a la protección de los derechos humanos al margen de medidas internas limitadoras de derechos y libertades. La arquitectura de este estudio a resultas de la labor de la Corte IDH en sus treinta y cinco años de funcionamiento se construye en torno a tres ejes. Primero, se plantea la problemática de la legalidad versus legitimidad de las leyes de amnistía a propósito de los dos últimos casos vivos, Brasil y Uruguay. Segundo, se reafirma la primacía de las obligaciones internacionales de los Estados ante la naturaleza de los delitos objeto de las leyes de amnistía. Las leyes de amnistía y otras eximentes de responsabilidad intentan dejar en la impunidad crímenes y violaciones atroces cometidos durante conflictos armados u otro tipo de situaciones de convulsión política. Todos esos delitos son contrarios a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y de ello ha dejado constancia la Corte IDH. Tercero, se aborda cómo las leyes de amnistía de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Se concluye con unas reflexiones acerca de la inmensa labor realizada por la Corte IDH en la erradicación de las leyes de amnistía en el continente americano, en la medida en que su jurisprudencia posee también un valor didáctico de primer orden para la defensa de los derechos y libertades fundamentales.

Palabras clave

Derechos y libertades, leyes de amnistía, víctimas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligaciones internacionales, crímenes internacionales.

The legacy of the Inter-American Court of Human Rights in eradicating the amnesty laws

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) contributed to the crystallization of a solid international legal foundation through which the amnesties that were trying to stop the impunity of serious violations to the human rights were professed contradictory with the international law. IACHR's legacy recreates in the existence

of a conceptual corpus favourable to the human right protection apart from limiting internal rules in terms of rights and freedom. The architecture of this study derived from the IACHR's work in its thirty-five years of operations is built around three axes. First, it arises the problematic between legality and legitimacy of the amnesties laws as consequence of the last two live cases, Brazil and Uruguay. Secondly, it reaffirms the primacy of international obligations of the States faced with the nature of crimes covered by the amnesty laws. Amnesty and others laws with exemption of responsibility try to leave in the impunity atrocious crimes and violations committed during armed conflicts or other situations of political turmoil. All these offenses are contrary to the international obligations of States. Thirdly, is approached how amnesty laws are incompatible with the international law of human rights. It conclude with some reflections about the immense work done by the IACHR in the eradication of the amnesty laws in the Americas, also in the extent in that its case law also has a first order didactic value to the defend of fundamental rights and freedoms.

Keywords

Rights and Freedoms, Law of Amnesties, Victims, Inter-American Court of Human Rights, international obligations, international crimes.



“Progress, far from consisting of change, depends on retentiveness... Those who cannot remember the past are condemned to repeat it” (Santayana, 1936).

1. Introducción

En las últimas décadas se ha experimentado un interés creciente por buscar justicia para enjuiciar a transgresores de los derechos humanos en jurisdicciones supranacionales (Lutz y Sikkink, 2001: 1-33). Entre los años 2010 y 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) declaró la incompatibilidad de las leyes de amnistía de Brasil y Uruguay con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Con ello, la Corte IDH se pronunció sobre las dos últimas leyes de amnistía que quedaban todavía vigentes en el continente americano. Sin duda, la jurisprudencia de la Corte IDH es de gran relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos dado que, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y dada la historia reciente de América Latina, se vio obligada a analizar situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos ocurridas durante épocas de gran convulsión política vividas en el continente, incluso de situaciones en las que los Estados no habían reconocido su jurisdicción¹. Del argumento jurídico construido por la Corte IDH para erradicar las leyes de amnistía en el continente americano trata este estudio.

En Estados que pasaron por regímenes autoritarios y dictaduras, como Chile, Argentina, Perú, Brasil, Guatemala, Uruguay, Paraguay, Sudáfrica o España, entre otras, ha resurgido una discusión sobre la legalidad y legitimidad de las leyes de amnistía, en particular de aquellas aprobadas en democracia como medidas diseñadas para avanzar en los procesos de transición (Majzub, 2002: 247; Lean, 2003: 171). El tema es complejo y altamente especializado y se sitúa en un terreno fronterizo entre disciplinas jurídicas afines (derecho internacional público, derecho internacional privado, derecho penal, derecho procesal...) estando además en proceso de profunda y acelerada evolución².

Los argumentos jurídicos frecuentemente utilizados por parte de aquellos que están a favor de mantener las amnistías son que las mismas descansan bajo los principios de “seguridad jurídica”, “irretroactividad de la ley penal”, “seguridad nacional”, o como garantía de “paz social”. Asimismo, es frecuente escuchar que las amnistías han permitido, en buen número de casos, una transición democrática pacífica³.

Frente a estas posiciones, organizaciones y tribunales internacionales no han hecho sino reafirmar, sobre todo en los últimos años, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con los principios y obligaciones derivados del derecho internacional de los derechos humanos⁴. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁵, y su Subcomisión para la Prevención y Protección de las Minorías concluyeron que

¹ Véanse Deodhar (1988) y Zuppi (2007: 195). Un repaso de la bibliografía y documentación española en Ripol Carulla (2014: 76-107).

² Las transformaciones que se están produciendo en el campo del derecho internacional penal han suscitado una notable revitalización de la producción doctrinal en la materia, que se ha convertido en un área de especial interés científico (Gamarra, 2012: 88 ss).

³ Véase la tesis expuesta por Dugard (1999: 1001 ss).

⁴ Véanse Orentlicher (1994), Meintjes y Méndez (2000: 76 ss) y Young (2002-2003: 216 ss).

⁵ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Informe final del Relator Especial, Ch. Bassiouni, presentado en virtud de la Resolución 1999/33, E/CN.4/2000/62, pág 25.

las amnistías eran una de las principales razones para continuar con las violaciones de los derechos humanos⁶. La Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión IDH) consideraron que las amnistías que todavía se encontraban en vigor en el continente americano eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, 2001: pár. 41-44).

Desde las últimas décadas, la comunidad internacional ha mostrado su repulsa contra los abusos en materia de derechos humanos y la preferencia por investigar, procesar y, en su caso, condenar a los perpetradores antes que por reconocer leyes de amnistía. Dicha preferencia se recoge en ciertos instrumentos jurídicos internacionales, tales como la Convención para la prevención y sanción del delito del genocidio de 9 de diciembre de 1948⁷, las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁸, el Convenio sobre la represión y castigo del crimen del Apartheid de 30 de noviembre de 1973⁹ o el Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984¹⁰. También instituciones internacionales se han manifestado en ese mismo sentido, como la Corte IDH (Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, 2001: par. 41), la Comisión IDH, el TEDH (Caso Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany, 2001: pár. 103) o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay, 1988). Incluso, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia se sumó a estas tesis (Caso Prosecutor vs. Anto Furundzija, 1998: pár. 155).

El objeto del estudio es analizar los argumentos jurídicos de la Corte IDH para erradicar las leyes de amnistía del continente americano y la influencia en otros sistemas de protección internacional de los derechos humanos. En la sentencia de reparaciones del caso *Castillo Páez vs. Perú* (1997), la Corte IDH reafirmó y completó su posición sobre la obligación de castigar a pesar de la existencia de leyes de amnistía¹¹. Así como en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), *Bulacio vs. Argentina* (2003), *19 Comerciantes vs. Colombia* (2004), *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2005), *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), *Goiburú y otros vs. Paraguay* (2006), y *Cantuta vs. Perú* (2006). Con estas decisiones, la Corte IDH ratificó la doctrina construida por la Comisión IDH sobre amnistías por las que se exigió a los Estados la eliminación de los obstáculos para la investigación y castigo de los delitos en materia de derechos humanos.

⁶ Véase Comisión (hoy, Consejo) de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Informe sobre las Consecuencias de la Impunidad, Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1990/13.

⁷ El artículo 4 de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, establece que "(l)as personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".

⁸ El artículo 146, par. 1 de la IV Convención de Ginebra relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de Guerra, de 1949, va más lejos al reconocer que los Estados parte están obligados a "tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieron o diesen orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio" y en el párrafo se establece la obligación de "buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte contratante haya formulado contra ella suficientes cargos".

⁹ El artículo V establece que las "personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción".

¹⁰ El artículo 5 paras. 1 y 2, y el artículo 7 Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984, se refieren a compromisos similares.

¹¹ Véase también Cerna (2002: 91-92).

Este estudio, articulado en torno a tres ejes, parte del debate surgido en Brasil y Uruguay sobre la legalidad *versus* legitimidad de las leyes de amnistía. En ambos Estados existe una resistencia de los parlamentos nacionales a modificar las leyes de amnistía contrarias a las obligaciones internacionales contraídas en el ámbito de los derechos humanos. La influencia de la política en la ejecución de sentencias de órganos internacionales de derechos humanos en las jurisdicciones nacionales impide avanzar en los procesos penales abiertos contra los perpetradores de los derechos humanos. No obstante, como se apunta en el segundo epígrafe, existe un *corpus* conceptual y jurídico construido por la Corte IDH contrario a los delitos objeto de las leyes de amnistía. Las leyes de amnistía y otras eximentes de responsabilidad intentan dejar en la impunidad crímenes y violaciones atroces cometidos durante conflictos armados u otro tipo de situaciones de convulsión política. Dichas violaciones incluyen torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, y otras graves violaciones de los derechos humanos. En buen número de casos, tales actos constituyen crímenes de guerra, genocidio, o crímenes de lesa humanidad. Todos estos casos están prohibidos por el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos. En un tercer epígrafe, se aborda la incompatibilidad de las leyes de amnistía con el derecho internacional de los derechos humanos. Se identifican los casos en los que prevalece la obligación de respetar los derechos humanos al ser considerados como *hard law*, en particular el derecho a la vida, derecho a la justicia, o derecho a la verdad. Se concluye con unas reflexiones acerca de cómo la jurisprudencia de la Corte IDH y la práctica en el continente americano han contribuido a cristalizar un sólido fundamento jurídico internacional por el que las amnistías que pretenden dejar en la impunidad graves violaciones de los derechos humanos son incompatibles con el derecho internacional.

2. Legalidad *versus* legitimidad de las Leyes de Amnistía

2.1. Un precedente: caso de la *Guerrilha do Araguaia vs. Brasil*

En el caso de la *Guerrilha do Araguaia*, la Corte IDH se pronunció sobre una ley de amnistía aprobada ya en democracia siendo ésta una razón esgrimida por el Gobierno brasileño para considerar que, así las cosas, la misma no podía ser anulada. Todavía hoy la ley de amnistía de Brasil sigue sin ser modificada, ni derogada.

La *Guerrilha do Araguaia* fue un movimiento de resistencia al régimen de dictadura militar que vivió Brasil desde 1964 a 1985, el cual se proponía luchar contra el régimen mediante un ejército popular de liberación. Este grupo estaba constituido por algunos miembros del Partido Comunista de Brasil, y en 1972 contaba con setenta miembros, la mayoría jóvenes (Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, 2010: pár. 88). Entre los años 1972 a 1975, esta *Guerrilha* fue objeto de detenciones arbitrarias, y posteriormente de acciones para la eliminación de sus miembros. A finales de 1974 no quedaban guerrilleros de dicho grupo (*Ibid.*: par. 89 y 90).

El Estado había aprobado en 1995 una Ley por la cual reconocía su responsabilidad por el asesinato de opositores políticos durante la dictadura militar, que reconoció la desaparición de sesenta víctimas miembros de la *Guerrilha do Araguaia*, y que determinó el derecho de reparaciones para sus familiares (*Ibid.*: par. 91-93). Si bien el 28 de agosto de 1979 fue sancionada en Brasil la ley de amnistía, previamente aprobada por el Congreso Nacional, que concedió una amnistía a las personas que entre 1961 y 1979

cometieron crímenes políticos o conexos con éstos, crímenes electorales, a quienes tuvieron sus derechos políticos suspendidos y a los servidores de la administración directa e indirecta, de fundaciones vinculadas al poder público, a los servidores de los poderes legislativo y judicial, a los militares y a los dirigentes y representantes sindicales, sancionados con fundamento en actos institucionales y complementarios¹².

La Ley de Amnistía brasileña comprende no sólo a servidores públicos, como fuerzas militares y policía que cometieron excesos contra la población civil, sino también a aquellos que durante la dictadura incurrieron en crímenes políticos, esto es, opositores y grupos de resistencia.

El 29 de abril de 2010, el Supremo Tribunal Federal do Brasil, la institución judicial de mayor rango en el Estado, declaró improcedente una acción de incumplimiento que pretendía la anulación de la ley de amnistía considerando que ésta fue resultado de la etapa de transición hacia la democracia y democratización del país y que no se trató de una auto-amnistía (Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, 2010: pár. 44). En opinión de los jueces integrantes del Supremo Tribunal Federal do Brasil a los mismos no les competía revisar una ley que fue aprobada por el poder legislativo¹³.

En el momento de este pronunciamiento, el caso ya estaba siendo tratado en la Corte IDH. Así, el fallo fue utilizado por Brasil para plantear una excepción preliminar, en la que alegaba que la Corte IDH carecía de competencia para revisar decisiones adoptadas por las más altas instancias del Estado. Al respecto, la Corte IDH fue contundente al considerar que

no está llamada a realizar un examen de la ley de amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete [...], sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana (Caso Gomes Lund y Otros vs. Brasil, pár. 49).

En mayo de 2012, una comisión nacional de la verdad comenzó a investigar las violaciones sistemáticas de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar entre 1964 y 1985, incluidas ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas, detenciones arbitrarias y limitaciones a la libertad de expresión. El 10 de diciembre de 2014, la Comisión nacional de la verdad presentó su Informe Final en el que recomendó la revocación parcial de la Ley de Amnistía decretada en 1979, para castigar a torturadores y otros agentes que cometieron graves violaciones de los derechos humanos. No se trató de una recomendación unánime dado que uno de los miembros, José Paulo Cavalcanti, disintió de los otros cinco al recordar que en 2010, el Supremo Tribunal Federal do Brasil decidió mantener la validez de esta Ley¹⁴.

A Brasil no le queda otra alternativa que modificar o derogar la referida Ley de Amnistía para cumplir con las obligaciones internacionales y respetar los derechos humanos. En este extremo, la Corte IDH está vigilante (Gamarra y

¹² Artículo 1 de la Ley 6.683/79 de la Presidencia Da República do Brasil, Concede anistia e dá outras providências, *DOU* de 28 de agosto de 1979.

¹³ Voto del Ministro Relator en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental No. 153 resuelta por el Supremo Tribunal Federal do Brasil.

¹⁴ Véase más información en el Informe de Human Rights Watch, 2015. Disponible en <<https://www.hrw.org/es/americas/brazil>>. Revisado el 20 de julio de 2015.

Vicente, 2010: 73 ss), como también es necesaria la presión de las organizaciones - intergubernamentales y no gubernamentales- que trabajan para la defensa de los derechos humanos.

2.2. Democracia y obligaciones internacionales: caso *Gelman vs. Uruguay*

El caso *Gelman vs. Uruguay* surge a causa de la desaparición forzada de María Claudia Iruretagoyena de Gelman, nuera del poeta argentino Juan Gelman, a finales del año 1976, cuando fue detenida en Buenos Aires junto con su esposo Marcelo Gelman, encontrándose en avanzado estado de embarazo. María Claudia fue retenida en el centro de detención clandestino conocido como "Automotores Orletti", en Buenos Aires, y con posterioridad trasladada a Uruguay en el marco de la Operación Cóndor. Ya en Uruguay, fue recluida en otro centro clandestino de detención hasta que dio a luz a su hija María Macarena Gelman. Tras ello desapareció sin que hasta la fecha se conozca su paradero. Su hija María Macarena fue dada en adopción en Uruguay (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011: pág. 79-90).

La Corte IDH ya había tenido ocasión, en otros casos, de pronunciarse sobre el alcance de la Operación Cóndor, que supuso la coordinación en la década de los setenta de los gobiernos autoritarios del Cono Sur del continente americano, que bajo la "doctrina de seguridad nacional" llevaron a cabo actos de represión contra personas consideradas como "elementos subversivos" o enemigos comunes sin importar su nacionalidad (Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, 2006: pág. 61.5-61.8; Caso Gelman vs. Uruguay, 2011: pág. 44 ss).

En el caso *Gelman*, empero, la Corte IDH aborda una de las prácticas más deleznable utilizadas durante la Operación Cóndor: la sustracción y apropiación de niños y niñas, muchos de ellos nacidos en cautiverio, para ser entregados a familias de militares y policías (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011: pág. 60-63).

Al respecto, la Corte IDH, al analizar la desaparición forzada de María Claudia, considera que su estado de embarazo constituyó una "condición de especial vulnerabilidad" y que los hechos "revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres" (*Ibid.*: pág. 97). De ese modo, la Corte IDH concluye que los hechos denunciados "pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer [...], que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género" (*Ibid.*, pág. 98).

La Corte IDH analiza, además, la sustracción y supresión de la identidad de la niña María Macarena, y la califica jurídicamente como desaparición forzada, desde el momento de su sustracción hasta el descubrimiento de su identidad verdadera en el año 2005. Según la Corte IDH, la sustracción, supresión y sustitución de identidad de María Macarena como consecuencia de la detención y desaparición de su madre habría tenido los mismos propósitos o efectos que la de su madre, esto es, dejar una incógnita sobre su destino y paradero y la negativa a reconocer su desaparición (*Ibid.*, pág. 132). La Corte IDH determina, además, que el Estado uruguayo violó los derechos de María Macarena a la vida, libertad personal, personalidad jurídica, los derechos del niño, la nacionalidad, el derecho al nombre y el derecho a la familia, conformando estos tres últimos el derecho a la identidad protegido por la Convención sobre los Derechos del Niño (*Ibid.*: pág. 122-131).

La otra particularidad del caso Gelman es la relativa a la existencia de la Ley

de Caducidad. Dicha Ley suponía una manera de responder a la crisis política ocasionada por las denuncias interpuestas contra el personal militar por violaciones de los derechos humanos, y que en la visión de un sector de la población, habrían hecho peligrar la recién conseguida democracia. Por ello, para preservar el Estado de Derecho, se llegó a un pacto de impunidad, silenciando de ese modo el derecho de las víctimas y sus familiares a saber la verdad y obtener justicia por las violaciones de los derechos humanos cometidos en su contra.

La Ley, que en ningún momento se califica expresamente como una ley de amnistía, implica la caducidad del "ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto a los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales"¹⁵.

Esta Ley ha sido objeto de dos referendos por parte de la ciudadanía y de interpretaciones de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. El primero de los referendos tuvo lugar en 1989, cuando un grupo de ciudadanos y familiares de víctimas promovieron y obtuvieron las firmas suficientes para impulsar un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad. En esa primera ocasión se obtuvo el 42.4% de los votos a favor de derogar la Ley y los demás en contra, con lo que se mantuvo la Ley (Engle, 2012: 61 ss). El segundo referéndum tuvo lugar en octubre de 2009, cuando se sometió a consideración de la ciudadanía mediante el mecanismo de "iniciativa popular" un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad y dejaría sin efecto los artículos 1 a 4 de la misma. También en esta ocasión más reciente se obtuvieron sólo el 47.7% de los votos, no llegando a contar con el apoyo necesario para derogar la Ley.

Respecto a los pronunciamientos sobre constitucionalidad, pese a que la Suprema Corte se pronunció en el año 1988 sosteniendo la constitucionalidad de la Ley¹⁶, cambió su posición en casos más recientes. De ese modo, en octubre de 2009, días antes del segundo referendo, la Corte IDH se pronunció en el caso *Sabalsagaray*, declarando la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3, y 4 de la Ley de Caducidad, resolviendo que eran inaplicables al caso concreto¹⁷. La Suprema Corte ratificó dicha jurisprudencia en otro caso, días después del referéndum, manteniendo la inconstitucionalidad de la Ley¹⁸.

En el presente caso, y a pesar de los pronunciamientos favorables de la Suprema Corte en el año 2009, la Corte IDH se enfrentaba a varios retos. De un lado, el de pronunciarse acerca de una Ley aprobada por un parlamento democrático como una medida de justicia transicional. De otro lado, la Corte IDH debía decidir si la decisión de la mayoría de la sociedad, aun siendo contraria a los principios de derecho internacional, podía prevalecer sobre los derechos que amparan a las víctimas y sus familiares bajo la Convención Americana sobre

¹⁵ Artículo 1 de la Ley 15.848 (llamada Ley de Caducidad) Funcionarios Militares y Policiales. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985, DO N° 22295, de 28 de diciembre de 1986.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Autos caratulados "Detta, Josefina; Menotti, Noris; Martinez, Federico; Musso Osiris; Burgell, Jorge s/inconstitucionalidad de la ley 15.848. Arts. 1, 2, 3 y 4", Sentencia No. 112/87, resolución de 2 de mayo de 1988, prueba, folios 2256 a 2318.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso "Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela -Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad", Sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009, prueba, folios 2325 a 2379.

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Autos caratulados "Organización de los derechos humanos - denuncia - excepción de inconstitucionalidad - arts. 1, 3, 4 de la Ley No. 15.848 - Ficha IUE 2-21986/2006, Sentencia No. 1525, de 29 de octubre de 2009, prueba, folios 5205 a 5207.



Derechos Humanos.

Respecto a la Ley de Caducidad como Ley de Amnistía, la Suprema Corte reiteró su jurisprudencia previa, sustentada no sólo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también en numerosos pronunciamientos de órganos internacionales y nacionales. Al respecto estableció que

[d]ada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011: par. 232).

La Corte IDH se pronunció explícitamente sobre el valor de los referendos populares sobre la Ley de Caducidad afirmando que el que la Ley haya sido aprobada en un régimen democrático y ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones, "no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional" (*Ibíd.*: par. 238). Es más, la Corte IDH consideró que los dos referendos sobre la Ley debían considerarse como un hecho atribuible al Estado y que por tanto generaría su responsabilidad internacional (*Ibíd.*).

Finalmente, la Corte IDH analiza el hecho de que la Ley hubiera sido aprobada en democracia, un argumento que como hemos señalado en el presente estudio es frecuentemente utilizado por aquellos Estados que todavía tienen leyes de amnistía vigentes. Al respecto, la Corte IDH es contundente al afirmar lo siguiente:

(l)a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocido en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las 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 sólo del Poder Judicial (*Ibíd.*: par. 239).

La Corte IDH confirmó que los Estados no pueden vulnerar sus obligaciones internacionales respecto a las graves violaciones de derechos humanos, así existan normas o medidas legislativas adoptadas en democracia, o por voluntad de una mayoría democrática. Establece además un punto fundamental, y es que aun si el Estado de manera institucional no reconociera la inaplicabilidad de las leyes de amnistía, los distintos poderes del Estado, incluyendo jueces y funcionarios administrativos están obligados (como representantes del Estado) a cumplir con las obligaciones internacionales del mismo, y por tanto a no aplicar las leyes de amnistía, favoreciendo de ese modo el legítimo derecho de las víctimas y sus familiares a acceder a la justicia y a conocer la verdad.

A diferencia de lo que ocurre en Brasil con la aplicación de la sentencia en el caso de la *Guerrilha do Araguaia*, en Uruguay hay una voluntad para ejecutar y cumplir cabalmente con las disposiciones de la Corte IDH. Así fue reconocido por el

antiguo Presidente de Uruguay, José Mújica, el 21 de marzo de 2012, al asumir públicamente la responsabilidad por estos hechos. Asimismo, reconoció el obstáculo a la justicia que representa la vigencia de la Ley de Caducidad para actuar contra los responsables de violaciones de los derechos humanos.

A pesar de ello, la adopción de medidas internas para dejar sin efectos la Ley de Caducidad no es tarea fácil, sobre todo teniendo en cuenta la polarización que existe en la sociedad uruguaya en torno a este tema. El propio Presidente Mújica, mantuvo una posición de alejamiento y neutralidad sobre una decisión que tendría un gran coste político entre algunos sectores de la sociedad y que sin duda ya ha originado una reacción de parte de aquellos militares retirados que ven más cerca la posibilidad de tener causas abiertas en su contra.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia siguió emitiendo pronunciamientos de inconstitucionalidad de la Ley¹⁹ y los primeros casos iniciados a nivel interno contra militares comenzaron a resolverse. De ese modo, el 8 de noviembre de 2010 el General Miguel Dalmao, jefe de la División de Ejército IV, fue el primer militar en activo procesado por violaciones de los derechos humanos durante la dictadura acusado de "homicidio muy especialmente agravado" por el caso de Nibia Salbasagaray.

Además, previendo la decisión de la Corte IDH en el caso *Gelman*, el 20 de octubre de 2010 la Cámara de Diputados aprobó un proyecto que buscaba declarar inaplicable la Ley de Caducidad, contando sólo con los votos del Frente Amplio, partido de gobierno en ese momento, y la oposición de los otros tres partidos con representación en el Parlamento. Finalmente, tras la emisión de la sentencia de la Corte IDH, el 12 de abril de 2011, el Senado uruguayo aprobó, con 16 votos a favor frente a 15, un proyecto de ley interpretativo de la Ley de Caducidad que derogaba tres artículos de la ley por violar la Constitución, lo que hace la norma inaplicable en la práctica. El Proyecto de ley volvió a la Cámara de Diputados, para que éstos aceptaran las modificaciones hechas por la Cámara alta. El empate en las votaciones -49 votos frente a otros 49 votos- impidió que el proyecto fuese trasladado al Ejecutivo para su ratificación.

Nuevas alternativas fueron estudiadas para dar solución a la situación de estancamiento en que se encuentra la derogación parcial de la ley (Brunner, 2011). El reto está en estudiar qué medidas adoptar para que el poder judicial pueda cumplir con los estándares internacionales y con la sentencia de la Corte IDH en los múltiples procesos penales pendientes por graves violaciones de los derechos humanos en Uruguay (Gamarra, 2012: 88-92).

Poco después de su llegada al poder en 2015, Tabaré Vázquez, decidió crear una Comisión de la Verdad y Justicia para investigar sobre los desaparecidos, y respaldó anular la Ley de Amnistía. Con esta medida se abre un nuevo tiempo de cambios en el plano político que quizás ayuden a avanzar en los procesos penales pendientes de resolución.

¹⁹ El 1 de noviembre de 2010, la Suprema Corte de Justicia declaraba inconstitucional la Ley de Caducidad para un caso en el que se acusa al antiguo Presidente Bordaberry de 20 asesinatos. El 11 de febrero de 2011, la Suprema Corte declaró inconstitucional, por tercera vez en menos de año y medio, la Ley de Caducidad, en esta ocasión por el caso de cinco guerrilleros tupamaros secuestrados en Argentina en 1974 y asesinados en la ciudad de Soca, a unos 30 kilómetros de Montevideo.



3. Primacía de obligaciones internacionales: *corpus conceptual*

3.1. Las desapariciones forzadas como delitos continuados

Las leyes de amnistía y otras eximentes de responsabilidad intentan dejar en la impunidad crímenes y violaciones atroces cometidos durante conflictos armados u otro tipo de situaciones de convulsión política (Kohen, 2007: 315). Dichas violaciones incluyen torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, y otras graves trasgresiones de los derechos humanos. En muchos casos, tales actos constituyen crímenes de guerra, genocidio, o crímenes de lesa humanidad (O'Brien, 2005: 261 ss).

Los crímenes internacionales de los individuos se caracterizan por la particular gravedad de las violaciones cometidas y, sobre todo, por atentar contra intereses fundamentales de la comunidad internacional. Estos crímenes se encuentran definidos en instrumentos internacionales que, con mayor o menor precisión, tipifican las conductas punibles y establecen deberes de cooperación internacional para su represión.

Entre los intereses y valores cuya protección se quiere garantizar figura el núcleo duro de los crímenes internacionales perpetrados por individuos. Ese *corpus* jurídico y conceptual viene formado por las violaciones que afectan a valores más trascendentales tales como la paz (crimen de agresión, terrorismo internacional), el respeto de los derechos fundamentales (esclavitud, trata de seres humanos, genocidio, crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas, tortura y contra la integridad moral), y las exigencias de las normas de derecho internacional humanitario (crímenes de guerra).

En este sentido, distintos órganos de las Naciones Unidas adoptaron como política que los acuerdos de paz nunca podrían apoyar amnistías por crímenes de genocidio, guerra, lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos²⁰. Ello incluye tanto disposiciones legislativas como normas o regulaciones que *de facto* prevean la investigación y sanción de ciertos crímenes.

La práctica de desaparición forzada ha marcado la historia del hemisferio americano alcanzando la calificación de delito de lesa humanidad²¹. La Corte IDH ha sido pionera en el tratamiento dado a la desaparición forzada, desde el primer caso contencioso que analizó en 1988 (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988), hasta determinar en el caso *Goiburú* que la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables había alcanzado carácter de *jus cogens* (Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, 2006: pár. 84).

La propia gravedad, pero también la naturaleza de este delito, le otorga una serie de características de suma importancia a la hora de analizar el deber de los Estados de investigar y sancionar esta conducta. Ello por cuanto, por un lado el carácter continuado de la desaparición forzada implica que el delito se siga consumando desde el momento de la comisión hasta el momento en el que el

²⁰ Véase Secretario General de Naciones Unidas (2004).

²¹ Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos de 18 de noviembre de 1983. AG/RES.666 (XIII-0/83).

Estado localice el paradero de la víctima y, en su caso, identifique sus restos mortales. La continuidad del delito, junto con la gravedad de la conducta, implica, por otro lado, que el mismo no sea objeto de prescripción, con lo cual ni los Estados, ni aquellos responsables de su comisión, pueden alegar que dado que los hechos fueron cometidos en un período político-histórico ya superado, y por el paso del tiempo, los mismos ya no son objeto de ser investigados por haber prescrito (Gamarra y Vicente, 2010: 96).

La Corte IDH ha sido clara en este sentido, al afirmar desde su primer caso contencioso que la desaparición forzada es una “violación múltiple y continuada” de varios derechos recogidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988: pár. 156). Estos mismos principios se reafirman en el Preámbulo y el artículo III de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la desaparición forzada. La naturaleza múltiple de este delito implica que ante una desaparición forzada se configura de inmediato una violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida y personalidad jurídica de la víctima (Medina Quiroga, 2003: 128-129)²². Su naturaleza permanente, tal y como se ha señalado, responde a que la desaparición continúa en tanto no se establezca el paradero de la persona y se determine con certeza su identidad (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011: pár. 72 y 73; Caso Radilla Pacheco vs. México, 2009: pár. 138; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, 2010: pár. 57).

La obligación de investigar la desaparición forzada es independiente de la presentación de una denuncia, dado que en estos casos el derecho internacional y el deber general de garantía imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación, de manera seria, imparcial y efectiva. La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad. No obstante, toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas deberá denunciarlo tan pronto como sea posible (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011: par. 186 ss).

3.2. Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de graves violaciones de los derechos humanos

Además de la desaparición forzada, existen otras violaciones de los derechos humanos, como la tortura, y otros crímenes de lesa humanidad que son imprescriptibles, y sobre los que también existe una norma de *ius cogens* que obliga a los Estados a investigar²³.

La Corte IDH consideró en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometido en un “contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil” en una situación de convulsión política constituye un crimen de lesa humanidad (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006: pár. 96), e incidió en que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general (*Ibid.*: pár. 99).

²² Véanse, también Caso Gelman vs. Uruguay (2011: pár. 92-101); Caso Gómez Palomino vs. Perú (2005, pár. 92).

²³ Sobre la necesidad de contar con una mayor seguridad jurídica que garantice el goce y disfrute de los derechos humanos y defienda la dignidad humana véanse: Davidson (1997) y Harris y Livingston (1998).

De acuerdo con el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación de los derechos humanos y afecta a la humanidad en su conjunto: de ahí la imposibilidad de amnistiar los crímenes de tal naturaleza (*Ibid.*: pár. 110). Por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido además de ser inadmisibile -mantiene la Corte IDH - es imprescriptible (*Ibid.*: pár. 105 y 106).

La Corte IDH, en el caso *Gelman v. Uruguay*, repasó la interpretación de otros órganos internacionales protectores de los derechos humanos para confirmar su posición. La jurisprudencia del TEDH es clara sobre este particular al estimar que los procesos penales referentes a crímenes como la tortura que impliquen violaciones graves de los derechos humanos no son prescriptibles y no se deben permitir amnistías o perdones al respecto (Caso Abdülsamet Yaman vs. Turkey, 2004: pár. 55). Más aún, en ciertos casos, el TEDH resaltó que cuando un agente estatal es acusado de crímenes que violan los derechos del artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de 1950 (derecho a la vida), los procedimientos penales no deben verse obstaculizados y la concesión de amnistía no es permisible (Caso Yeter vs. Turkey, 2009: pár. 70).

3.3. Obligación de investigar y sancionar graves violaciones

La obligación de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos ha sido establecida en pronunciamientos de los órganos de protección de los derechos humanos²⁴, y reafirmada en el derecho internacional (Alston, 1996). De ese modo, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido el deber de los Estados de investigar de buena fe las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Caso Larrosa vs. Uruguay, 1981: párr. 11.5; Caso Gilboa vs. Uruguay, 1985: pár. 7.2).

Desde su primera sentencia, la Corte IDH ha destacado la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988: pár. 166). La obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar adquiere particular relevancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens* (Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, 2006 pár. 84; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2010: pár. 193; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, 2010 pár. 197).

Incluso, en aquellos casos en los que las violaciones de los derechos humanos se produjeron antes de la firma por parte de los Estados de un tratado internacional, algunos órganos han establecido que los Estados, si bien no incurrir en responsabilidad por hechos anteriores a la firma del tratado, sí incurrir en responsabilidad internacional por no investigarlos y sancionar a todos los culpables,

²⁴ Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, CAT. Caso Qani Halimi Nedzibi vs. Austria. Comunicación No. 8/1991. Dictamen de 30 de noviembre de 1993, pár. 13.5; Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Impunidad. Resolución 2005/81, 61 Periodo de Sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005; Informe Final del Relator Cherif Bassiouni. Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia y la impunidad. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000, y Case Aksoy vs. Turkey (1996: pár. 98).

tanto intelectuales como materiales. En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH mantuvo que en los términos del artículo 1, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos (Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006: pár. 160).

En el caso *Cantuta*, la Corte IDH determinó que eran “inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción” (Caso *La Cantuta vs. Perú*, 2006: pár. 152).

Existe el deber general de investigar graves violaciones de los derechos humanos, si bien algunos delitos por su naturaleza y relevancia, han sido objeto de pronunciamientos específicos. Tanto decisiones de la Corte IDH como tratados interamericanos hacen énfasis en la necesidad de investigar los hechos y castigar a los culpables. De modo que uno de los elementos repetitivos de los organismos del sistema interamericano para reparar las violaciones es que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH estimó que de existir motivos razonables para sospechar que una persona hubiese sido sometida a desaparición forzada debería iniciarse una investigación. Dicha investigación debería ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad (Caso *Gelman vs. Uruguay*, 2011: pár. 186.). La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados partes sino que, según el Estado de que se trate, deriva de la legislación interna que establece el deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y de las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querrelas, pruebas, 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 (*Ibíd.*: pár. 188). La Corte IDH optó por hacer primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y, en su caso, sanción de los responsables (*Ibíd.*: pár. 194).

4. Derechos inherentes a todo individuo

4.1. Derecho a la vida: núcleo duro de los derechos humanos

La mayor parte de las decisiones de la Corte IDH y la Comisión IDH tratan sobre violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal que permanecen impunes: masacres, ejecuciones extra-judiciales, desapariciones forzadas, torturas, entre otras.

Desde la sentencia de *Velásquez Rodríguez y El Amparo*, la Corte IDH ha puesto especial énfasis en la obligación de investigar y castigar efectivamente a los perpetradores de violaciones de los derechos humanos, en particular cuando se trata del derecho a la vida²⁵.

La Corte IDH consideró que eran inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y establecimiento de eximentes de responsabilidad cuyo fin fuese

²⁵ Véase Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) y Caso *El Amparo vs. Venezuela* (1995).



impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, caso del derecho a la vida (recogido en el artículo 4 de la Convención Americana).

4.2. El derecho de acceso a la justicia y su inconsistencia con las leyes de amnistía

Las leyes de amnistía y otras eximentes de responsabilidad han sido utilizadas por los Estados como mecanismos para impedir y obstaculizar la investigación y sanción de las personas responsables de graves violaciones a los derechos humanos (Kohen, 2007: 315 ss).

El derecho de acceso a la justicia es un derecho humano y es uno de los principios universalmente aplicables reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y desde su aprobación, ha constituido un principio legalmente vinculante para todos los Estados como parte del derecho internacional consuetudinario (Abramovich y Kohen, 2006; Rey Cantor, 2010).

Desde ese momento, el derecho de acceso a la justicia se ha reafirmado y desarrollado en tratados vinculantes, caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), así como en numerosos tratados internacionales y regionales, y en otros instrumentos que no tienen la consideración de tratados, adoptados por Naciones Unidas y por organismos intergubernamentales regionales, en particular la Corte IDH (Cançado Trindade, 2003: 53-83).

Existen numerosos pronunciamientos de diferentes órganos de Naciones Unidas sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con el derecho de los derechos humanos. Sobre este particular, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos determinó que las amnistías y otras eximentes de responsabilidad fomentan la impunidad y constituyen un obstáculo para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas, dado que impiden la investigación de los hechos²⁶. Dicho órgano ha señalado también de manera inequívoca que no son permisibles las amnistías que:

- a) Impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer y la violencia de género; b) interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, incluida la reparación; o c) limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario²⁷.

La Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU) emitió, en 2005 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

²⁶ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El Derecho a la Verdad. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007.

²⁷ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto. Amnistías. 2009, pág. 12.

Obtener Reparaciones²⁸. Los mismos Principios establecen la obligación de los Estados de investigar y, si hay pruebas suficientes, sancionar en casos de violaciones manifiestas al derecho internacional²⁹ y de que las víctimas cuenten con recursos eficaces para participar en estos procedimientos y obtener la pertinente reparación³⁰. En la resolución de la AGNU 67/1, de 1 de septiembre de 2012 que contiene la Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, los Estados se comprometieron (eso sí, sin clara voluntad de plasmarlo en un tratado) a

asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las graves violaciones de los derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales³¹.

Dichos pronunciamientos se recogieron reiteradamente en el Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad del que la Comisión (hoy, Consejo) de Derechos Humanos de Naciones Unidas tomó conocimiento en 2005³². El Principio 24 dispone explícitamente que los autores de delitos graves de derecho internacional no podrán beneficiarse de las amnistías en tanto los responsables no sean sometidos a un tribunal competente nacional o internacional.

Por su parte, el Secretario General de las Naciones Unidas reiteró en 2004 que "los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistía por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos"³³.

En ese sentido, las Naciones Unidas han establecido que aún existiendo amnistías internas relativas a violaciones de los derechos humanos, ello no impedirá el enjuiciamiento de los responsables ante tribunales extranjeros o internacionales³⁴.

4.3. Derecho de las víctimas a la verdad

La Corte IDH estableció en el caso *Gomes Lund y Otros vs. Brasil* (2010: pár. 196 ss) que, de acuerdo con la protección que otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende "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"³⁵. Al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

²⁸ Resolución A/RES/60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 21 de marzo de 2006.

²⁹ *Ibid.*, pár. 4.

³⁰ *Ibid.*, pár. 3(d).

³¹ Resolución A/RES/67/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1 de septiembre de 2012, pár. 22.

³² Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 2005/81, relativa a impunidad, pár. 20.

³³ Informe del Secretario General de Naciones Unidas, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, pár. 10 y 32.

³⁴ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El Derecho a la Verdad. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, págs. 29-30.

³⁵ Véanse Corte IDH, Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información (Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006: pár. 76).

La Corte IDH estableció que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que toda persona tiene a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la mencionada Convención. Por ello, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y establece la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que la información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla³⁶. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea (Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, 2001: pár. 67; Caso López Álvarez vs. Honduras, pár. 163, y Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006: pár. 77).

La Corte IDH ha destacado la existencia de un consenso regional de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) sobre la importancia del acceso a la información pública. La necesidad de protección del derecho de acceso a la información pública ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA (Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, pár. 78), que “[i]nst[ó] a los Estados Miembros a que respeten y hagan respetar el acceso de todas las personas a la información pública y [a promover] la adopción de las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva”³⁷. Asimismo, la citada Asamblea General consideró en diversas resoluciones que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información³⁸.

Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, pár. 163, y Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 76.

³⁶ *Ibid.*, pár. 77.

³⁷ Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, Punto Resolutivo Segundo.

³⁸ Asamblea General de la OEA, Resoluciones AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003; AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004, AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006, AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007, AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, y AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009, todas ellas sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

La Corte IDH, por su parte, determinó que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones (Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006: pár. 92).

Además, la Corte IDH determinó que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad³⁹. De modo que los familiares de las víctimas, y la sociedad en general, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones (Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 2004: pár. 261; Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, 2004: pár. 128; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003: pár. 274).

5. Conclusión

Con la aprobación de leyes de amnistía se pretendió crear un ambiente de reconciliación a menudo a expensas de las víctimas de los crímenes. En gran número de ocasiones se aprobaron este tipo de leyes invocando el interés del conjunto de la sociedad. La amnistía es un acto político en el que el elemento de "justicia", en un sentido judicial, está ausente. Estas leyes impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones de los derechos humanos, al obstaculizar la investigación y el acceso a la justicia e impedir a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Esta es la razón del rechazo que despiertan en sociedades democráticas avanzadas.

En los últimos años encontramos una cascada de casos en los que se ha logrado modificar o derogar las leyes de amnistía debido a la influencia ejercida por órganos internacionales de protección de los derechos humanos, caso de la Corte IDH, Comisión IDH o TEDH, entre otros. Estos órganos de protección de los derechos no tienen como misión determinar la responsabilidad penal individual, más bien identificar las violaciones de los derechos humanos por los órganos de un Estado. Al órgano legislativo compete modificar o derogar aquellas leyes (las de amnistía) que violan los más elementales derechos y libertades de todo individuo.

Los avances logrados en el continente americano son significativos en la eliminación de las leyes de amnistía. La Corte IDH al considerar a las leyes de amnistía incompatibles con los derechos humanos ha creado un *corpus* conceptual y jurídico específico y ha fortalecido, a su vez, el derecho internacional. Se necesita tiempo, no obstante, y también presión internacional y voluntad de cambio para que los jueces nacionales puedan avanzar en los procesos penales. La experiencia vivida en buen número de Estados de Latinoamérica para erradicar las leyes de amnistía bien pudiera servir a otros a seguir sendas similares⁴⁰.

De igual modo, el legado de la Corte IDH contribuye al fortalecimiento de las instituciones internas de los Estados con el fin de lograr la efectiva incorporación de estándares básicos de derechos humanos en la práctica interna de los Estados. No es tarea fácil. La labor por realizar es todavía inmensa, pero los intereses políticos no deberían imponerse cuando se trata de proteger los derechos y las libertades básicos de cada uno de nosotros. En ese empeño, la labor de los órganos

³⁹ En la doctrina se ha reconocido ese derecho de las víctimas a la verdad, véase Antowiak (2001-2002: 977-1013).

⁴⁰ Sobre la interrelación entre los procesos democráticos y la eliminación de las leyes de amnistía, véase Barahona de Brito (1997).



jurisdiccionales americanos, y también europeos o africanos, resulta de suma importancia en la medida en que su jurisprudencia posee igualmente un valor didáctico de primer orden para la defensa de los derechos y libertades fundamentales⁴¹.

Bibliografía y documentos

ABRAMOVICH, V., BIRGIN, H. y KOHEN, B. (eds.) (2006) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos CEDAEL, Buenos Aires.

ALSTON, Ph. (1996), *Human Rights law*, Aldershot, Dartmouth.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2006), Resolución A/RES/60/147 de la AGNU, de 21 de marzo de 2006.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2012), Resolución A/RES/67/1 de la AGNU, de 1 de septiembre de 2012.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (1983), Resolución AG/RES.666 (XIII-0/83) de 18 de noviembre de 1983.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2003), Resolución AG/RES.1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2004), AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2005), Resolución, AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2006), Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2007), Resolución AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2008), Resolución AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008.

ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA AG/RES (2009), Resolución 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009.

BARAHONA DE BRITO, A. (1997), *Human Rights and democratization in Latin America: Uruguay and Chile*, Oxford University Press, Nueva York.

BRUNNER, L. (2011), "Is Uruguay foundering on the path to accountability? The Aftermath of the Gelman decision of the Inter-American Court", *American Society of International Law*, Summer 2011.

CANÇADO TRINDADE, A.A. (2003), "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de derechos humanos*, Núm 37, pp. 53-83.

CERNA, C.M. (2002), "Introductory Note to IACHR: Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. V. Peru)", *International Legal Materials*, vol. 41, pp. 91 – 92.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1999), Informe sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Informe final del Relator Especial, Ch. Bassiouni, presentado en virtud de la Resolución 1999/33, E/CN.4/2000/62.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1990), Informe sobre las Consecuencias de la Impunidad, Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1990/13.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (2005), Resolución de Derchis Humanos 2005/81: Impunidad, de 21 de abril de 2005, E/CN.4/RES/2005/81, Disponible en: <<http://www.refworld.org/docid/45377c930.html>> Revisado el 20 de julio de 2015.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS (1993), Caso Qani Halimi Nedzibi vs. Austria. Comunicación No. 8/1991. Dictamen de 30 de noviembre de 1993, CAT, Ginebra.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1988) Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay, Comment n° 322/1988, UN doc. CCPR/C/51/D/322/1988. Informe de 9 de agosto de 1994.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1981), Caso Larrosa vs. Uruguay. Comunicación No. 88/1981. UN doc. CCPR/C/OP/2. Informe de 25 de marzo de 1983.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1985), Lucía Arzuaga Gilboa vs. Uruguay. Comunicación No. 147/1983. UN doc. CCPR/C/OP/2. Informe de 1 de noviembre de 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988), Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 4, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1995), Caso El Amparo vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C No. 19, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997), Caso Castillo Páez vs. Perú, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), 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 No. 73, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre et al. vs. Perú, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 78, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C N°. 100, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, San José de Costa Rica.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C N°153, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C N° 212, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), 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° 219, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1985), Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica, “La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Fallos y Opiniones. Serie A No. 5, San José de Costa Rica.

DAVIDSON, S. (1997), *The Inter-American Human Rights system*, Aldershat, Dartmouth.

DEODHAR, N.S. (1988), “Recent Development in International Organizations. First Contentious Cases Before the Inter-American Court of Human Rights”, *Am. U.J. Int'l & Policy*, pp. 284-297.

DUGARD, J. (1999), “Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, pp. 1001- 1015.

ENGLE, K. (2012), “Self-Critique, (Anti)Politics and Criminalization: Reflections on the History and Trajectory of the Human Rights Movement”. En: BENEYTO, J.M. y KENNEDY, D. (eds.), *New Approaches to International Law. The European and American Experiences*, La Haya, T.M.C. Asser Press/Springer, pp. 41 - 73.

FRANCIONI, F. et al. (2008), *Acceso alla giustizia dell'e individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milán.

GAMARRA, Y. y VICENTE, A. (2010), “El discreto control de los órganos políticos sobre las decisiones de las instituciones judiciales: un análisis comparado de los sistemas americano y europeo”. En: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.), *El espacio jurídico común del Consejo de Europa (En Conmemoración del 60 Aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, ed. Gandulfo, pp. 73-107.

GAMARRA, Y. (2012), "National Responses in Latin America to International Events Propelling the Justice Cascade: The Gelman Case". En: BENEYTO, J.M. y KENNEDY, D. (eds.), *New Approaches to International Law. The European and American Experiences*, La Haya, T.M.C. Asser Press/Springer, pp. 75- 96.

HARRIS, D. y LIVINGSTON, S. (eds.) (1998), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, New York.

HUMAN RIGHTS WATCH, Informe Mundial 2015: Brasil. Disponible en <<https://www.hrw.org/es/americas/brazil>> (Revisado el 20 de julio de 2015)

KOHEN, M. G. (ed.) (2007), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promoción de la justicia, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflish, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.

LEAN, S. (2003), "Is Truth Enough? Reparations and Reconciliation in Latin America". En: TORPEY, J. (ed.), *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, pp. 169-191.

LUTZ, E. y SIKKINK, K. (2001), "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law* 1, pp. 1 -33.

MAJZUB, D. (2002), "Peace or Justice? Amnesties and the International Criminal Court", *Melbourne Journal of International Law*, pp. 247-278.

MEDINA QUIROGA, C. (2003), *La Convención Americana: Teoría, y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso, y Recurso Judicial*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

MEINTJES, G. y MÉNDEZ, J. E. (2000), "Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction", *International Law Forum du droit international* 2, pp. 76 – 97.

O'BRIEN, R. (2005), "Amnesty and International Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, pp. 261-278.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2007), Informe sobre El Derecho a la Verdad. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, Nueva York y Ginebra.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2009), Informe sobre los Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto. Amnistías. HR/PUB/09/1, 2009, Nueva York y Ginebra.

ORENTLICHER, D. (1994), "Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation". En: HENKIN, L. y HARGROVE, J.L. (eds.), *Human Rights: An Agenda for the New Century*, Washington, DC, American Society of International Law, pp. 425-486.

PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASUNTOS JURÍDICOS, Ley 6.683/79, Concede anistia e dá outras providências, *DOU* de 28 de agosto de 1979.

REY CANTOR, E. (2010), *Acceso al sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá.

RIPOL CARULLA, S. (2014), "La justicia de transición. Concepto y práctica española (Selección de Bibliografía y Documentación)", *Historiografías. Revista de historia y teoría*, 2014, No. 8, pp. 76-107.

SANTAYANA, G. (1936), *Life of Reason or the Phases of Human Progress*, 5 Vols., Charles Scribner's Sons.

SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2004), Informe sobre El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 23 de agosto de 2004.

SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Ley N° 15.848 , Funcionarios Militares y Policiales. Se reconoce que ha cadudado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto

de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985, DO N° 22295, de 28 de diciembre de 1986.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY (1988), Autos caratulados “Detta, Josefina; Menotti, Noris; Martinez, Federico; Musso Osiris; Burgell, Jorge s/inconstitucionalidad de la ley 15.848. Arts. 1, 2, 3 y 4”, Sentencia No. 112/87, resolución de 2 de mayo de 1988, prueba, folios 2256 a 2318.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY (2009), Caso “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela –Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, Sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009, prueba, folios 2325 a 2379.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY (2009), Autos caratulados “Organización de los derechos humanos – denuncia – excepción de inconstitucionalidad – arts. 1, 3, 4 de la Ley No. 15.848 – Ficha IUE 2-21986/2006, Sentencia No. 1525, de 29 de octubre de 2009, prueba, folios 5205 a 5207.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1996), Case Aksoy vs. Turkey. Application No. 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, Estrasburgo.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2001), Caso Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany. Applications nos. 34044/96, 35532/97, 44801/98. Sentencia de 22 de marzo de 2001, Estrasburgo.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2004), Caso de Abdülsamet Yaman vs. Turkey. Application No. 32446/96, Sentencia de 2 noviembre de 2004, Estrasburgo.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANO (2009), Caso de Yeter v. Turkey. Application No. 33750/03, Sentencia de 13 de enero de 2009, Estrasburgo.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Caso Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, TPIY, La Haya.

UNITED NATIONS (2004), *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*. Report of the Secretary General of 23 August 2004. S/2004/616.

YOUNG, G. K. (2001-2002), “Amnesty and Accountability”, *Davis Law Review*, pp. 427-482.

ZUPPI, A. L. (2007), “Swinging Back and Forth between Impunity and Impeachment: The Struggle for Justice in Latin America and the International Criminal Court”, *Pace International Law Review*, pp. 195- 222.



Perspectivas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en justicia transicional y su aplicabilidad a las actuales negociaciones de paz en Colombia

Alejandro Gómez Velásquez
Universidad EAFIT
agomezv1@eafit.edu.co

Resumen

A la luz de las negociaciones de paz que viene adelantando el gobierno colombiano, se propone abordar las perspectivas que en torno a la justicia transicional ha planteado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) a lo largo de su jurisprudencia. Para ello, en una primera parte se hará referencia a la naturaleza jurídica que tiene, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, como la jurisprudencia de la Corte IDH dentro del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano y su vinculatoriedad. Luego, se analizarán los principales pronunciamientos que en materia de procesos de transición ha hecho la Corte IDH, destacando las reglas jurisprudenciales allí creadas. Para estos efectos, se analizarán las sentencias de los casos fallados por la Corte IDH sobre leyes de amnistías en Perú, Chile, Brasil, Uruguay y El Salvador, para concluir que las reglas jurisprudenciales allí creadas constituyen un referente normativo relevante que debe ser atendido en el contenido de los eventuales acuerdos de paz.

Palabras clave

Justicia Transicional, Proceso de Paz, Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bloque de Constitucionalidad, Corte Constitucional.

Perspectives on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights about transitional justice and its applicability to the current Colombia's peace negotiations

Abstract

In light of the peace talks that have been promoting the Colombian government, this paper addresses the perspective that has raised the Inter-American Court of Human Rights about transitional justice throughout in its jurisprudence. Doing so, the first part refers to the legal status that the Inter-American Convention of Human Rights and the jurisprudence of the IACHR has within the Colombian legal system and its binding nature. In the second part, will be analyzed the main pronouncements that IACHR has made on amnesties laws in transitional contexts, highlighting the *holding* created there. In this sense, the judgments of cases decided by the Court on amnesty laws in Peru, Chile, Brazil, Uruguay and El Salvador will be analyzed, concluding that the jurisprudential rules created there are a relevant normative parameter for the eventual peace agreements.

Keywords

Transitional Justice, Peace Process, Inter- American Court of Human Rights, Constitutional Block, Constitutional Court

1. Introducción

En la actualidad es indudable que los avances en la protección y garantía de los derechos humanos dependen de una apropiada interacción entre los sistemas jurídicos nacionales e internacionales. Al respecto, Colombia ha sido un ejemplo paradigmático en la materia, ya que el alto número de casos colombianos que han sido conocidos y fallados en los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, incluyendo al interamericano, y la decisión política mostrada por las instituciones colombianas para darles cumplimiento, han contribuido a elevar los estándares de protección y garantía de los derechos contenidos tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el mismo texto constitucional colombiano. Actualmente Colombia enfrenta uno de los retos más decisivos a lo largo de su historia republicana y es precisamente intentar poner fin a más de 50 años de conflicto armado interno con los principales grupos guerrilleros a través de un proceso de negociación. Sin lugar a dudas, el que los términos de los eventuales acuerdos de paz cumplan con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, y en especial, los propios del sistema interamericano, constituyen una garantía para la validez, legitimidad y firmeza jurídica de los mismos.

Por lo tanto, el presente texto se propone abordar la interacción entre el sistema constitucional colombiano con el sistema interamericano de protección de derechos humanos y más específicamente con los pronunciamientos emanados de la Corte IDH. Para el análisis de dicha interacción, tal y como lo sostiene Uruña (2013: 309), metodológicamente pueden identificarse dos perspectivas. Por un lado, una global que parte de indagarse por el papel que deben cumplir los sistemas jurídicos nacionales para el avance del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por otro lado, existe también una perspectiva nacional que se indaga por cómo se integran en este caso el derecho convencional en el ordenamiento jurídico colombiano y de allí como a partir de las categorías propias del sistema jurídico interno puede garantizarse un mayor cumplimiento del derecho interamericano de los derechos humanos. Desde ésta perspectiva los fenómenos de “constitucionalización” de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ha sido la estrategia predominante.

148

En este orden de ideas, este escrito adopta una perspectiva nacional para indagarse, en una primera parte, por cómo el derecho convencional, y más particularmente, los pronunciamientos de la Corte IDH, se integran dentro del sistema jurídico colombiano. Por lo tanto, lo que allí corresponderá será establecer a la luz del ordenamiento constitucional colombiano que lugar específico ocupan dichos pronunciamientos respecto del sistema de fuentes establecido en el mismo, y por tanto, el grado de obligatoriedad que estos suponen, tanto en el orden interno, como de cara a la eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano. En tanto este es un asunto de claro raigambre constitucional, dicho análisis se centrará en lo dispuesto sobre el particular en la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (en adelante, Corte), en su calidad de intérprete autorizado de la Constitución Política vigente en Colombia.

Aplicando éste marco teórico, en una segunda parte del escrito se analizarán algunos de los principales pronunciamientos emitidos por la Corte IDH en torno a la tensión que se genera entre el derecho a las garantías y protección judicial de los derechos de las víctimas, y la consecución de la paz en contextos de justicia transicional. Para ello, se abordarán los casos fallados por la Corte IDH sobre leyes

de amnistías en Perú, Chile, Brasil, Uruguay y El Salvador, haciéndose un breve recuento del caso y proponiendo las reglas jurisprudenciales que pueden derivarse de ellos. Lo anterior tiene como finalidad brindar algunos parámetros y directrices, que como se propondrán, resultan de cada vez más marcada relevancia dentro del sistema jurídico colombiano y que por tanto, debe ser tenidas en cuenta durante las negociaciones de paz que actualmente se adelantan.

1. El sistema jurídico colombiano y el Derecho Convencional

1.1 El Bloque de Constitucionalidad colombiano y la Convención Interamericana de Derechos Humanos

A la luz del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, “*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.[...]*” (Constitución Política de Colombia, Art. 93). A partir de la interpretación de esta, entre otras “cláusulas constitucionales de remisión”, la Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina del “Bloque de Constitucionalidad”. En virtud de dicha doctrina, la Corte ha considerado que armonizando dicho mandato con el artículo 4° constitucional, el cual define a la Constitución como “norma de normas”, los instrumentos internacionales que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 93 se integrarán al texto Constitucional con su misma jerarquía normativa.

Esta posición jurisprudencial ha conducido a que la misma Corte haya reconocido desde hace varios años que este subconjunto de normas internacionales que entran a formar parte del Bloque en sentido estricto, servirán de parámetro para el control de constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido ha señalado la Corte

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional (Corte Constitucional, 1995).

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), adoptada en el seno de la Organización de los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972 y entró en vigor para Colombia, en virtud de su ratificación, el día 18 de julio de 1978. Desde la expedición de la Constitución vigente en Colombia, la Corte Constitucional ha sostenido de manera pacífica a lo largo de su jurisprudencia que en virtud de la finalidad y contenido de la CADH, dicha norma de derecho internacional cumple con los presupuestos del artículo 93 de la Constitución y por tanto hace parte del “Bloque de Constitucionalidad” (Corte Constitucional, 2006a y 2007). En este sentido, es posible afirmar que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la CADH se encuentra integrada y por ende hace parte de la Constitución Política colombiana.

Como consecuencia de ello, la Corte ha reconocido expresamente que la CADH constituye un parámetro en el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas y demás normas de inferior jerarquía. De allí que pueda afirmarse, por un lado, que cualquier ciudadano colombiano podrá demandar la constitucionalidad de una norma colombiana por contrariar la Convención, y a su vez, que la Corte Constitucional o cualquier otro juez constitucional colombiano, podrá declarar la



inconstitucionalidad de cualquier norma colombiana por infringir lo dispuesto en la CADH. Sin embargo, de dicho razonamiento la Corte Constitucional ha derivado una tercera consecuencia y es que por tratarse de normas con el mismo rango o jerarquía normativa, en casos de confrontación entre lo dispuesto por el texto constitucional y la CADH, dichas normas deberán interpretarse armónica y sistemáticamente, sin que prevalezca automáticamente alguna de ellas.

Este ha sido el caso, precisamente, que llevó a la Corte Constitucional a declarar constitucional la facultad que tiene una autoridad administrativa, como lo es, la Procuraduría General de la Nación, para establecer sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargo públicos, a pesar de la restricción que en dichos asuntos establece expresamente el artículo 23 de la Convención. En aquella oportunidad, dispuso la Corte refiriéndose a la CADH que

[...] la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen (Corte Constitucional, 2006a).

Esta posición de la Corte Constitucional colombiana que parece justificarse desde una visión monista del derecho interno- nacional presenta serios reparos. En primer lugar, tal y como lo señala Uribe (2012: 104), esta posición presenta serias dudas desde la lógica formal clásica, en tanto, en rigor lógico la CADH no puede a su vez “prevalecer” en el ordenamiento jurídico e integrarse al mismo texto constitucional colombiano. En segundo lugar, presenta serios reparos desde la doctrina del control multinivel de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH, el cual tal y como ha quedado sentado en su jurisprudencia incluye a los mismos textos constitucionales de los Estados miembros (Corte IDH, 2001: 88). En tercer lugar, parece no ser la interpretación más garantista de la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los deberes internacionales que le otorga el constituyente a las instituciones colombianas. A pesar de lo anterior, la posición antes descrita es y ha sido la sostenida por la Corte Constitucional Colombiana frente al lugar que ocupa la CADH en el sistema jurídico colombiano.

1.2 Los pronunciamientos de la Corte IDH y el sistema jurídico colombiano

Como un asunto derivado de dicha posición jurisprudencial, aparece la pregunta por la vinculatoriedad y relevancia normativa de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema jurídico colombiano. Para comenzar debemos distinguir los tipos de pronunciamientos contenciosos expedidos por la Corte IDH¹. Por un lado, aquellos donde el Estado Colombiano ha sido parte del proceso jurisdiccional y por ende en la parte resolutoria de los mismos se hace mención expresa al Estado. Y por otro lado, los pronunciamientos de la Corte IDH donde han sido Estados distintos al colombiano quienes se han constituido como parte en el proceso y por ende no se hace mención del Estado Colombiano en la parte resolutoria del mismo.

Frente al primer tipo de pronunciamientos, no existe duda que estos son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Colombiano. Esta afirmación se sustenta, por lo prescrito expresamente por el artículo 67 de la CADH, al disponer el carácter definitivo e inapelable de los mismos, al igual que con lo dispuesto por el

¹ Se distinguen de los pronunciamientos contenciosos las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte IDH con fundamento en el artículo 64 de la CADH.

artículo 68.1, en virtud del cual, los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. De esta manera lo ha reconocido reiterada y pacíficamente tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2014) como de las demás altas cortes colombianas en su jurisprudencia.

Sin embargo, es frente al segundo tipo de pronunciamientos, a saber, aquellos donde Colombia no se ha constituido como parte del proceso, frente a los que se genera mayor discusión en cuanto al lugar que estos ocupan dentro del sistema jurídico colombiano y por ende frente a su obligatoriedad. Frente a este tipo de pronunciamientos, la misma Corte IDH se ha pronunciado señalando que no sólo hace parte del parámetro de convencionalidad el tratado, es decir, la CADH, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, en su calidad de “interprete último de la Convención Americana” (2006a: 124). Incluso en pronunciamientos más recientes, la Corte IDH (2013: 10) ha afirmado expresamente que en relación con el control de convencionalidad, las autoridades del Estado parte deberán ejercer dicho control tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, 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 Interamericana [...]”.

La pregunta que se suscita para el caso colombiano es qué tipo de fuente del derecho corresponde a los pronunciamientos de la Corte IDH en los que Colombia no ha sido parte y por ende de qué fuerza normativa estos disponen. Para responder dicho interrogante, corresponde, inicialmente, establecer que el mismo texto constitucional colombiano identifica en su artículo 230 fuentes de naturaleza principal y fuentes de naturaleza auxiliar o subsidiaria. Entre las primera de ellas, la Corte Constitucional (1993) interpretando el concepto de “ley” incluido en dicho artículo, ha identificado a la Constitución, las leyes y los actos administrativos de manera genérica. Por su parte, como fuentes auxiliares se identifican de la lectura de dicho artículo constitucional a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y a la doctrina. En este orden de ideas, corresponde vislumbrar si los mencionados pronunciamientos de la Corte IDH se deben incorporar al texto constitucional en tanto componentes del “Bloque de Constitucionalidad”, al ellos mismos hacer parte de la interpretación autorizada de la CADH y por ende, constituir fuente principal y obligatoria, o si por el contrario, dichos pronunciamientos constituyen jurisprudencia y por ende fuente auxiliar y accesoria dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Esta última fue precisamente la posición sostenida por la Corte Constitucional en sentencia C- 442 de 2011, donde se analizó la constitucionalidad de los delitos de injuria y calumnia que establece el código penal colombiano. En esta sentencia, uno de los argumentos esgrimidos por el ciudadano demandante consistía en señalar que dichos delitos eran inconstitucionales ya que la Corte IDH en sentencia del Caso Kimel contra Argentina (2008), había decidido que la tipificación penal, imprecisa e indeterminada de ambas conductas era contraria a la CADH y que “los pronunciamientos de los órganos creados por estos tratados internacionales, con el fin de proteger y promover los derechos humanos, son también parte del bloque de constitucionalidad” (Corte Constitucional, 2011).

Al respecto, si bien la Corte Constitucional partió de reconocer que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, señala a continuación que sólo ésta hace parte del parámetro de constitucional a través del Bloque de Constitucionalidad. Por lo tanto,



sin bien en el cuerpo de la sentencia se hace referencia a lo considerado y decidido en el caso Kimel, recociéndosele como “importante” y “precedente significativo”, la Corte termina por declarar la constitucionalidad de ambos tipos penales al concluir que

[E]sta decisión [La sentencia del caso Kimel] no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia (Corte Constitucional, 2011).

Un nuevo caso donde la Corte Constitucional debió analizar la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH fue en la sentencia SU-712 de 2013. En esta decisión la Corte revisó en sede de tutela nuevamente la constitucionalidad de la sanción administrativa de destitución e inhabilidad que se le impuso a una senadora en ejercicio por parte del Procurador General de la Nación dentro de un proceso disciplinario. Dentro de la acción de tutela, la accionante expuso como uno de los argumentos lo decidido por la Corte IDH en el Caso López Mendoza contra Venezuela (2011c), en el cual se resolvió como contraria a la CADH la sanción de inhabilitación impuesta a un reconocido político de dicho país por parte de una autoridad administrativa, en tanto, la restricción del derecho al sufragio pasivo a la luz de la CADH ha debido imponerse en virtud de una condena, por juez competente y en proceso penal.

Frente a este argumento, la Corte en su decisión parte de reconocer la existencia de la sentencia de la Corte IDH (2011c) en el caso López Mendoza, sin embargo de manera inmediata afirma que dicha decisión ocurrió en un contexto fáctico y jurídico diferente, y que “la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta” (Corte Constitucional, 2013). Por lo tanto, frente al asunto que nos ocupa, la Corte descarta la obligatoriedad del precedente y junto con otra serie de argumentos, procede a denegar el amparo solicitado, manteniendo en firme la sanción impuesta. Si bien esta fue la posición asumida por la Corte Constitucional, dicha posición no fue tampoco unánime, tal y como lo muestran los salvamentos de votos de al menos dos magistrados del alto tribunal, quienes afirmaron el carácter vinculante del precedente sentado por el caso López Mendoza.

A raíz de la posición sostenida por la Corte Constitucional en las sentencias antes referidas se deriva que en tanto la jurisprudencia de la Corte IDH en casos donde Colombia no ha sido considerada parte, no se integran al Bloque de Constitucionalidad y por tanto son una fuente auxiliar dentro del sistema jurídico colombiano. En concordancia con dicho razonamiento podría a su vez afirmarse que en tanto dicha jurisprudencia no se inserta a través del Bloque de Constitucionalidad a la Constitución colombiana, esta serie de pronunciamientos no hacen parte del parámetro de constitucionalidad y en consecuencia un pronunciamiento de este éste tipo o un cambio de posición jurisprudencia de la Corte IDH no pudieran considerarse, en principio, argumentos válidos para discutir la constitucionalidad de una norma dentro del sistema jurídico colombiano.

Sin embargo, frente a un reciente fallo de la Corte Constitucional parece que la contundencia de dicha posición ha comenzado a relativizarse. En esta nueva oportunidad nuevamente se sometieron a revisión las competencias del Procurador General para la destitución e inhabilidad de cargos de elección popular, pero esta vez en sede de control abstracto de constitucionalidad. Dentro de la demanda, uno de los argumentos propuestos señalaba que si bien dicha competencia ya había sido objeto de estudio por la Corte, con la decisión de la Corte IDH en el caso

Mendoza contra Venezuela, el parámetro de constitucionalidad había variado y que ello merecía un nuevo análisis de constitucionalidad de dichas competencias. Inicialmente, baste con señalar que la Corte Constitucional admitió dicha demanda y procedió al estudio de éste, entre otros argumentos.

En su abordaje, la Corte (2014) parte señalando que si bien en su jurisprudencia ha otorgado “significativa importancia” a la jurisprudencia de la Corte IDH a efectos de interpretar las normas de derechos humanos que integran el Bloque de Constitucionalidad, dicha “armonización que se plantea no supone integrar al Bloque de Constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, con lo cual parece mantener su posición en el tema. Sin embargo, frente al planteamiento puntual esgrimido por el demandante referente a la posibilidad de abrir o reabrir un asunto previamente examinado por la Corte Constitucional en consideración a las interpretaciones hechas por la Corte IDH en sus pronunciamientos de una disposición internacional integrada al parámetro de control constitucional, como lo sería la CADH, la Corte señala que

[T]al hipótesis solo podría abrirse paso cuando se acredite adecuadamente el cumplimiento de condiciones muy estrictas. En efecto, ello solo será posible en aquellos casos en los cuales (i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada (Corte Constitucional, 2014).

Si bien en la sentencia mencionada, la Corte consideró que respecto del caso de López Mendoza no se configuraban las condiciones exigidas y por ende terminó declarando la constitucionalidad de las competencias del Procurador General, si resulta relevante, al menos como *obiter dicta*, el que la Corte plantee dicha posibilidad, ya que para que esta nueva hipótesis disponga de corrección lógica en el sistema jurídico colombiano, necesariamente se estaría reconociendo que la jurisprudencia de la Corte IDH que cumpla con dichas criterios dejaría de ser considerada como fuente accesoria del ordenamiento jurídico y se convirtiera en fuente principal, al mismo nivel constitucional, en tanto parte del parámetro del juicio de constitucionalidad. Si bien esta es una posición actualmente incipiente y preliminar por parte de la Corte Constitucional y su desarrollo dependerá de pronunciamientos posteriores, resulta relevante destacar que una posición como estas parece al menos ser una posición más coherente con la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH, en la que ya es pacífico, como se señaló anteriormente, que el parámetro para éste será tanto el tratado como la jurisprudencia derivada del mismo. En este orden de ideas, adquiere plena justificación para el contexto colombiano indagarse por la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a los procesos de justicia transicional, tal y como se hace a continuación.

De igual forma, debemos advertir en este punto el defecto lógico que se sigue presentando en la posición sostenida por la Corte Constitucional, según la cual la Convención y la Constitución siguen conservando una misma jerarquía normativa a pesar de la jurisprudencia que al respecto ha establecido la Corte IDH y la “prevalencia” que le otorga el mismo texto de la Constitución colombiana a normas internacionales como la CADH, lo cual ha impedido que la Corte Constitucional colombiana pueda ejercer en propiedad como jueces de convencionalidad. Una revisión de ésta posición, sin lugar a dudas, contribuiría a



consolidar, tal y como lo sostiene Contesse (2011: 251) un modelo de protección multinivel de los derechos humanos en América Latina, al igual que la idea de un constitucionalismo interamericano en torno al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2. Principales pronunciamientos de la CIDH frente a las leyes de amnistía.

A partir de una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la CADH, la Corte IDH ha señalado que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la CADH. Así, desde su primera sentencia, dicho tribunal ha ido decantando el alcance de dicha obligación estatal sosteniendo que la misma abarca las labores de investigación, identificación, procesamiento, juicio y, en su caso, la sanción de los responsables por las violaciones de los derechos consagrados en la CADH. En recientes pronunciamientos ha reconocido que dichas obligaciones han alcanzado carácter de norma de *ius cogens* (Corte IDH, 2011b). Además, ha precisado la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia que dichas labores deberán cumplirse (i) con arreglo al principio del juez natural; (ii) de oficio; (iii) con la debida diligencia; (iv) en un plazo razonable; (v) debe existir racionalidad y proporcionalidad entre la violación cometida y la sanción impuesta; (vi) la pena establecida debe cumplirse en los términos establecidos; (vii) es una obligación de medio; y (viii) debe estar precedida por el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos ocurridos.

En este mismo sentido, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios casos sucedidos en Colombia y donde se ha declarado responsable al Estado colombiano por el incumplimiento de dichos deberes establecidos en la CADH. Dentro de los casos más relevantes vale destacar la sentencia del Caso de la “Masacre de Mapiripán” contra Colombia (Corte IDH, 2005). En este caso, la Corte IDH conoció el caso de la masacre de cerca de 49 civiles a manos de un grupo paramilitar con connivencia de algunas unidades del Ejército Nacional en 1997 en el Municipio de Mapiripán- Meta. En la sentencia de fondo sobre el caso, la Corte IDH parte de constatar la existencia del conflicto armado colombiano en los términos establecidos por el Derecho Internacional Humanitario para considerar que la acción sujeta a examen fue realizada en dicho contexto, sin embargo, al analizar la obligación de Estado colombiano para investigar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables por dichos hechos, la Corte no matiza sino que mantiene en pleno rigor dicha obligación estatal en éste contexto, y al constatar su incumplimiento, declara responsable al Estado colombiano.

Frente a la posibilidad de suspender o matizar el alcance de la obligación de investigación judicial tras violaciones a los derechos humanos como medidas dictadas dentro de un proceso de transicional, la Corte IDH no ha tenido oportunidad de pronunciarse expresamente al respecto a un caso donde el Estado colombiano haya sido parte. Si bien en la sentencia sobre el Caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia (Corte IDH, 2007), la Corte hizo referencia a la Ley 975 de 2005, más conocida como “Ley de Justicia y Paz” y la cual sirvió de marco jurídico para la desmovilización de los grupos paramilitares en Colombia, lo hizo sólo como un elemento contextual del pronunciamiento y no realizó ningún análisis bajo los parámetros convencionales de la misma, en tanto consideró que para entonces existía incertidumbre sobre el contenido y alcance de la ley por encontrarse en sus primeras etapas de implementación. No obstante lo anterior, en el mismo fallo, la Corte llamó la atención del Estado para que tuviera en cuenta los parámetros ya

establecidos por la jurisprudencia interamericana, y además formuló temas puntuales sobre la realización de la investigación en contexto de justicia transicional.

Por lo tanto, procede referirnos brevemente a los casos en que la Corte IDH ha abordado estos asuntos frente a casos sucedidos en otros Estados- parte. Para ello, atendiendo a la cronología y los fines pretendidos con las leyes de amnistía, podemos identificar en la jurisprudencia de la Corte IDH al menos tres diferentes fases. Una primera fase que corresponde a los casos donde la Corte IDH se pronunció sobre la compatibilidad de las leyes de autoamnistía con la CADH; una segunda fase, relativa a la convencionalidad de las leyes de amnistías generales; y por último, una tercera fase relativa a la validez de leyes de amnistía que han sido resultado de procesos de negociación para la terminación de un conflicto armado.

2.1 Primera fase: las leyes de auto-amnistía en la jurisprudencia de la Corte IDH

Dentro la primera fase, encontramos la sentencia fundadora de dicha línea jurisprudencial, a saber, la sentencia de fondo del Caso Barrios Altos contra Perú (Corte IDH, 2001b). En este caso, la Corte Interamericana tuvo oportunidad de analizar la convencionalidad de una ley de amnistía dictada por el Congreso peruano en la cual se exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que habían participado en violaciones de los derechos humanos entre 1980 y 1995. Llama la atención que la ley fue presentada y aprobada en un mismo día, y sin ningún tipo de debate o deliberación dentro del órgano legislativo. Frente a la vigencia de dicha ley, debe anotarse que la jueza que instruía el caso en contra de los miembros de la Fuerza Pública implicados en la masacre de Barrios Altos, en la cual fueron asesinadas quince personas que se encontraban departiendo en una fiesta, decidió no aplicar la amnistía y continuar el proceso penal. Ante esta situación, el Congreso expidió una nueva ley que estableció que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era obligatorio aplicarla. Como consecuencia de la aplicación de la ley, se liberó a los ocho hombres recluidos por el caso conocido posteriormente por la Corte IDH (2006b) como “*La Cantuta*”, algunos de los cuales estaban procesados en el caso Barrios Altos. Al analizar la compatibilidad de ambas leyes con la CADH, la Corte IDH partió estableciendo expresamente que

[S]on inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de 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 (Corte IDH, 2001b: 41).

Sobre la naturaleza de ambas leyes, la Corte les calificó como leyes de auto-amnistía en tanto conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de impunidad y por ende como manifiestamente incompatibles con la letra y espíritu de la Convención, por lo que procedió a determinar que estas “carecen de efectos jurídicos”.

En esta misma fase de pronunciamientos, encontramos la sentencia de fondo del Caso Almonacid Arellano contra Chile (Corte IDH, 2006a). En esta oportunidad la Corte conoció el caso de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano por parte de miembros de la Fuerza Pública chilena durante la dictadura militar. Tras calificar dicho homicidio como un delito de lesa humanidad, procedió la Corte IDH a analizar las actuaciones del Estado chileno tras la



mencionada muerte, para lo cual constató que dichas investigaciones se habían visto obstruidas por la expedición y la vigencia otorgada al Decreto Ley 2.191, el cual fue expedido en 1978 durante el gobierno de facto. Para la Corte IDH, la *ratio legis* de esta norma la constituye una autoamnistía puesto que fue emitida por el propio régimen militar para sustraer de la acción de la justicia los graves hechos delictivos contra los derechos humanos, incluyendo la ejecución extrajudicial del señor Almonacid. Por lo tanto, la Corte IDH retomando explícitamente la *ratio decidendi* del caso Barrios Altos, concluyó que desde la ratificación de la Convención por parte del Estado Chileno, con la vigencia de Decreto Ley 2.191 se incumplió con los deberes impuestos por la Convención en los artículos 1.1, 8.1 y 25, al mantener formalmente dentro de su ordenamiento jurídico una norma que otorga autoamnistías y que por tanto es contraria a la letra y espíritu de la Convención misma.

2.2 Segunda fase: Leyes de amnistías generales

Una segunda fase en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de justicia transicional se refiere a la incompatibilidad de leyes de amnistías generales con la CADH. El primer caso que encontramos en este respecto es la sentencia del caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”) contra Brasil (Corte IDH, 2010). En esta sentencia se estudió el caso de la desaparición forzada de cerca de 60 miembros de una guerrilla durante el régimen militar que se impuso en este país entre los años 1964 y 1985. En este contexto, el Estado aprobó la Ley 6.683 de 1979, la cual concedió a quienes habían cometido crímenes políticos o conexos con estos una amnistía. Esta Ley absolvió automáticamente todas las violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes del Estado, razón por la cual hasta la fecha de la sentencia de la Corte IDH, Brasil no había investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones cometidas durante el régimen militar.

Para analizar la compatibilidad de dicha ley de amnistía con la CADH, la Corte IDH parte de hacer un exhaustivo recuento sobre la materia en los distintos sistemas nacionales e internacionales existentes de protección de derechos humanos para concluir que

[T]odos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su compatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacionales del Estado de investigar u sancionar dichas violaciones (Corte IDH, 2010: 170).

A partir de este postulado, la Corte IDH reafirma su “jurisprudencia constante” y reitera nuevamente que son inadmisibles las disposiciones de amnistía y similares que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. En este sentido, concluye la Corte IDH que Brasil ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos al, por un lado, impedir que los familiares de las víctimas fueran oídos por un juez, y por otro, por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables por los hechos mencionados, para lo cual deja sin efectos dicha ley de amnistía. Por último, frente al argumento esgrimido por el Estado en virtud del cual dicha ley no incluía sólo una autoamnistía, como en los casos contra Perú y Chile, sino que también era aplicable a la población civil relacionada con los hechos, la Corte IDH (2010: 175) de manera categórica concluyó que “la incompatibilidad respecto de la

Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”.

Un segundo caso en el que la Corte analizó la convencionalidad de leyes generales de amnistías, fue en el caso Gelman contra Uruguay (Corte IDH, 2011a). En esta ocasión la Corte IDH conoció el caso de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de identidad y entrega a terceros de María Macarena Gelman por parte de miembros de las fuerzas armadas argentinas y uruguayas en el marco de la Operación Cóndor. Frente al tema que nos ocupa, en la sentencia la Corte IDH constata que el principal obstáculo que se ha tenido para las debidas investigaciones por estos hechos ha sido la vigencia y aplicación de la Ley de Caducidad aprobada por el parlamento uruguayo en 1986. Frente a la vigencia de dicha ley, valga destacar que en 1989 y en 2009 se realizaron sendos referendums con el fin de derogar dicha ley y en ninguna de estas oportunidades se obtuvo el número de votos requeridos para ello por lo que salvo algunas inaplicaciones para casos particulares por parte de tribunales uruguayos, dicha norma se encontraba vigente al momento de la sentencia.

Al analizarse la adecuación de dicha ley de caducidad con la CADH, la Corte IDH retoma el razonamiento con base al derecho comparado y el recuento de su jurisprudencia para reiterar la incompatibilidad de las leyes de amnistía sobre graves violaciones a los derechos humanos con las obligaciones internacionales de los Estados de investigar y sancionar dichas violaciones. Como aspecto novedoso, la Corte IDH se refiere al hecho que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, frente a lo cual señala que ello no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. Al respecto, señala expresamente la sentencia

[L]a existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, 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 instancia democráticas (Corte IDH, 2011a: 239).

Por lo tanto, concluye la Corte IDH que la expedición y aplicación de la Ley de Caducidad se constituye en una ley de amnistía al impedir la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones graves, continuadas y permanentes, por lo cual se incumplen los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25.1 de la CADH y que por tanto deberá dejarse a la misma sin efectos jurídicos.

2.3 Tercera fase: Las leyes de amnistía adoptadas en el marco de un acuerdo de paz

Finalmente el más reciente caso en el que la Corte IDH analizó la obligación de investigar, juzgar, y en su caso, sancionar en el marco de la justicia transicional fue en la sentencia sobre las Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador (Corte IDH, 2012). El caso se relaciona con las masacres sucesivas cometidas entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981 en el marco de un operativo militar por parte de unidades del Ejército del Salvador en las cuales aproximadamente un millar de personas perdieron la vida. Lo que resulta novedoso de esta sentencia, en relación con las anteriores, es que por primera vez la Corte

IDH analiza la compatibilidad de una ley de amnistía dictada en este caso por el parlamento salvadoreño en el marco de unas negociaciones de paz para la terminación de un conflicto armado.

En la sentencia, la Corte IDH consideró probado que las graves de violaciones de derechos humanos como ejecuciones extrajudiciales masivas, actos de tortura y de violencia contra la mujer, cometidos en el contexto del conflicto armado interno en El Salvador, incluyendo las relacionadas con la Masacre del Mozote, no habían podido ser investigadas y por ende, perseguidos penalmente los responsables, en razón a que la Asamblea Legislativa dictó en 1993 la denominada “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz”, la cual, como su nombre lo indica concedía una amnistía amplia, absoluta e incondicional para todos los delitos cometidos durante el conflicto. Al comenzar el análisis de la compatibilidad de dicha norma con la CADH, la Corte IDH (2012: 284-288) modificó su enfoque en relación con los pronunciamientos anteriores y partió considerando la especificidad del caso sometido a su consideración en tanto “se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado”. A partir de ellos, la Corte IDH opta por analizar el caso también a la luz del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y del propio acuerdo de paz que puso fin al conflicto en El Salvador, el cual impuso al Estado la obligación de investigar y sancionar “al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la verdad, de modo tal que no quedaran impunes y evitara su repetición”.

Frente a este punto valga destacar, tal y como lo afirma Uprimny (2013: 72ss), lo novedoso que resulta dentro de la sentencia el que la Corte IDH incluya los términos del Acuerdo de Paz celebrado entre las partes como uno de los parámetros de análisis sobre la legitimidad de la Ley de Amnistía, afirmando que dicha ley precisamente había dejado sin efecto lo que las propias partes habían acordado. Por otro lado, resulta igualmente sugerente el que la Corte no contravirtiera expresamente el contenido de los acuerdos que establecían la investigación y juzgamiento sólo de las “graves violaciones” de derechos humanos, sino que por el contrario lo tomara como referencia al sustentar la violación de la Convención. Por lo tanto, si bien la Corte concluyó que con la expedición y vigencia de dicha Ley de Amnistía se estaba vulnerando los deberes que el Estado del Salvador había asumido tras la ratificación de la CADH y por ende la deja sin efectos, el hecho que se hayan incluido estos nuevos razonamientos resultan relevantes para casos futuros como el colombiano. Frente al argumento de que dichos razonamientos constituyen sólo *obiter dicta* en el caso, baste sólo revisar el contenido de voto concurrente que acompaña a la sentencia para constatar que este tipo de razonamientos tiene respaldo en un número significativo de los jueces que acompañaron la decisión adoptada.

Conclusiones

A manera de síntesis, puede afirmarse que a la luz del artículo 93 de la Constitución Colombiana, la CADH hace parte del Bloque de Constitucionalidad. Según la posición sostenida por la Corte Constitucional, ello implica que la CADH se integra en el mismo nivel jerárquico de la Constitución y por tanto no existe prevalencia entre ninguna de estas normas. Por su parte, frente a los pronunciamientos de la Corte IDH y su integración al ordenamiento jurídico colombiano, debemos distinguir, por un lado, aquellos pronunciamientos emitidos dentro de procesos donde Colombia se ha constituido como parte, los cuales, a la luz de la misma CADH resultan de obligatorio cumplimiento. Por otro lado, encontramos pronunciamientos de la Corte IDH en los que Colombia no se ha

constituido parte ni se le ordena actuación alguna, frente a los cuales existe discusión sobre su valor normativo en el sistema jurídico colombiano.

La posición reiterada por la Corte Constitucional al respecto ha sido la de considerar que dichos pronunciamientos se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano como fuente auxiliar o accesorio, asimilables a la doctrina o la jurisprudencia de otros tribunales nacionales, y por ende como un referente meramente interpretativo. Esta postura contrasta con lo sostenido por la Corte IDH, en tanto el referente para llevar a cabo el control de convencionalidad no solo lo constituye el tratado sino también su jurisprudencia. Sin embargo, recientemente la Corte Constitucional ha reconocido, de manera preliminar, la hipótesis según la cual los pronunciamientos de la Corte IDH puedan llegar a hacer parte del parámetro constitucional y por tanto, dicha jurisprudencia pudiera integrarse al Bloque de Constitucionalidad y en consecuencia sea considerada como fuente principal y obligatoria del ordenamiento jurídico colombiano.

A partir de este razonamiento, resulta de gran relevancia el que dentro del desarrollo de las negociaciones de paz que actualmente se adelantan entre el Gobierno colombiano y las guerrillas, se tenga en cuenta las reglas jurisprudenciales trazadas por la Corte IDH en sus pronunciamientos contenciosos. Así las cosas, revisando la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a la posibilidad que tienen los Estados miembros para conceder amnistías en contextos de transición, pueden extraerse las siguientes reglas jurisprudenciales. En primer lugar, resultan incompatibles con la CADH, y por ende “carecen de efectos jurídicos”, las leyes expedidas por los Estados miembros que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las “violaciones graves de los derechos humanos”. En segundo lugar, dentro de esta categoría de graves violaciones se encuentran la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas y demás delitos de lesa humanidad.

En tercer lugar, la mencionada incompatibilidad tendrá lugar no sólo respecto a leyes de auto-amnistías, sino también frente a amnistías generales, e independiente que su expedición o vigencia atienda a procedimientos institucionales y/o democráticos ya que lo determinante será su contenido material. Por último, cuando dichas leyes sean expedidas en el contexto de un proceso de negociación para la terminación de un conflicto armado no-internacional, el alcance de las obligaciones de investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos podrá atender a los términos de los acuerdos de paz alcanzados por las partes, siempre y cuando, en ellos no se encubra una amnistía en los términos antes descritos. Por lo tanto, el que el gobierno colombiano y las guerrillas tengan en cuenta dichas reglas con miras a la eventual suscripción de un acuerdo de paz que ponga término a uno de los conflictos armados más antiguos del mundo constituyen una garantía no sólo de su validez y firmeza jurídica, sino también de su legitimidad.

Bibliografía

CONTESSE SINGH, Jorge (2011), “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internacionalización de los derechos humanos”. En: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord), *El Derecho en América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, pp. 251-270.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1993), Sentencia C-489 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1995), Sentencia C-225 de 1995.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2001), Sentencia C-836 de 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006a), Sentencia C-123 de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006b), Sentencia C-028 de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007), Sentencia C-504 de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2011), Sentencia C-442 de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2013), Sentencia SU-712 de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014), Sentencia C-500 de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile), Sentencia de 5 de febrero.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso de la “masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006a), *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006b), *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo. Reparaciones y Costas*, Sentencia de 29 de noviembre.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, Fondo, Sentencia de 11 de mayo.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Caso Kimel Vs. Argentina*, Fondo, Sentencia de 2 de mayo.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011a), *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011b), *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011c), *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, Sentencia de 1º de septiembre de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, Sentencia de 25 de octubre de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo.
- URIBE ÁLVAREZ, Roberth (2012), “Defectos Lógicos del discurso colombiano estándar sobre el Bloque de Constitucionalidad”, En: MONTROYA BRAND, Mario (Coord), *Reflexiones Constitucionales: a propósito de dos décadas de la Constitución en Colombia*, EAFIT, Medellín, pp. 89-120.
- URUEÑA HERNANDEZ, René (2013), “Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina”, *Revista Derecho del Estado* 30, pp. 301-328.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SÁNCHEZ DUQUE, Luz María; SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo (2013), *Justicia para la paz*, Colección Dejusticia, Bogotá. pp. 22-63.



El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones a derechos humanos

Walter Fernando Pérez Niño
Universidad Autónoma de Chile
w.perez@uautonoma.cl

Laura Sofía Zambrano Salazar
UPTC Colombia
laurasofia550@gmail.com

Emerson Harvey Cepeda Rodríguez
Fundación Universitaria Juan de Castellanos Colombia
sonemer86@gmail.com

Resumen

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un impacto trascendental en la forma como el Consejo de Estado de Colombia viene reparando a víctimas de graves violaciones de derechos humanos, desde hace algunos años. Así, se ha pasado de una mera indemnización pecuniaria a una verdadera indemnización integral, siguiendo para tales efectos los lineamientos que ha dado la Corte Interamericana en sus pronunciamientos. Para ello, el máximo Tribunal Administrativo ha aplicado el denominado control de convencionalidad y ha incorporado dentro de su jurisprudencia medidas de justicia restaurativa conforme al principio de *restitutio in integrum* y de reparación integral, llegando inclusive a abordar el tema de la reparación transformadora.

Palabras clave

Control de convencionalidad, reparación, víctimas, Colombia, Consejo de Estado y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

The impact of the conventionality control in the jurisprudence of the colombian Council of State in the reparation to victims in serious violations of human rights

Abstract

Since few years ago, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights has had a transcendental impact in the form how the Colombian Council of State is repairing the victims in serious violations of human rights. Thus, it has passed from a mere pecuniary compensation to a real integral compensation following for such

effects the guidelines given by the Interamerican Court in its pronouncements. In order to achieve that, the maximum Administrative Court has applied the called conventionality control and has incorporated inside his jurisprudence measures of restorative justice in conformity with the beginning of restitution *in integrum* and of integral repair, managing to approach including the topic of the transformative repair.

Keywords

Conventionality control, reparation, victims, Colombia, Council of State, Inter-American Court of Human Rights.

1. Introducción

El Control de Convencionalidad es una figura jurídica creada jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de derechos humanos (en adelante, Corte IDH), que impone la obligación a los órganos de los Estados que integran el pacto de San José, en especial aquellos que administran justicia, de respetar las normas que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la interpretación que de las mismas realiza la Corte IDH.

En este sentido, resulta interesante analizar la forma como el Consejo de Estado de Colombia en aplicación de aquél instrumento, ha adoptado los estándares de reparación establecidos por la Corte IDH en los casos de masivas violaciones a derechos humanos, en donde se visibilizan oportunidades y limitaciones para materializar la verdad, la justicia y la reparación.

Para tales efectos, se desarrolla: 1) la evolución, concepto y consecuencias del control de convencionalidad y su incorporación a través del bloque de constitucionalidad en Colombia; 2) los estándares de reparación en la jurisprudencia interamericana; y 3) la aplicación del control de convencionalidad por parte del Consejo de Estado colombiano frente a graves violaciones a derechos humanos.

2. El control de convencionalidad

2.1. Evolución, concepto y consecuencias del control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una figura creada y desarrollada en la jurisprudencia de la Corte IDH, aunque normativamente se sustenta en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), disposición que establece la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas legislativas o “de cualquier otro carácter” necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades fijadas en el Pacto y el artículo 62 numeral 1, que indica que los Estados partes reconocen la competencia de la Corte en cuanto a la interpretación y aplicación de la CADH.

Su origen se remonta a los votos razonados del Juez Sergio García Ramírez en los casos Myrna Mack contra Guatemala (2003) y Tibi contra Ecuador (2004). Los pronunciamientos se destacan por sostener que la Corte IDH y los Tribunales Constitucionales ejercen una labor similar, en tanto que los últimos tienen la facultad de estudiar si los actos impugnados se ajustan a los principios y valores de la Constitución, mientras que la Corte IDH debe analizar los actos que llegan a su conocimiento y revisar su convencionalidad a la luz de las normas, principios y valores de los tratados que hacen parte de su competencia contenciosa (Hitters, 2009: 110-113).

Posteriormente, algunos rasgos de esta figura aparecen en la sentencia proferida en el caso Raxcacó Reyes contra Guatemala (2005), al determinar que el artículo 201 del código penal quebrantaba las previsiones de la CADH, toda vez que contemplaba la pena de muerte; por esta razón, la Corte IDH ordenó modificar la norma (Hitters, 2009: 114).

Luego, en el asunto López Álvarez en contra de Honduras (2006), la Corte IDH, al examinar lo que debe entenderse por “plazo razonable”, conforme al artículo 7 numeral 5 y el artículo 8 numeral 1° del Pacto, menciona que al efectuarse el Control de Convencionalidad se debe revisar las circunstancias de jure y de facto en

cada asunto (Hitters, 2009: 114-115).

Desde allí, el Tribunal ha afianzado y delimitado la figura del Control de Convencionalidad en sus distintas decisiones. Así, en la sentencia Almonacid Arellano contra Chile (2006), la Corte IDH indicó que el poder judicial debía realizar una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas aplicadas a casos concretos y la CADH. De igual manera, en el fallo se indica que el control debe tener en cuenta las decisiones de la Corte IDH, como su legítimo intérprete.

Tal criterio fue reiterado en las sentencias proferidas en los casos Boyce y otros en contra de Barbados (2007) y Trabajadores Cesados del Congreso en contra de Perú (2006). Cabe resaltar que en la segunda providencia, el juez Sergio García Ramírez, en voto razonado, hace un aporte importante al progreso, conceptualización y demarcación de la figura al señalar que el control de convencionalidad no solamente se debe efectuar en relación con la Convención, sino que también debe comprender otros instrumentos que son parte del “corpus juris convencional”, tales como el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada.

Seguidamente, en sentencias como Cabrera García y Montiel Flores contra México (2010) y Gelman contra Uruguay, la Corte IDH aclaró que el control de convencionalidad debía ser aplicado por todos los órganos del Estado (Jinesta, 2012: 274), sin que sea exclusivo del poder judicial.

Así pues, se puede afirmar que el control de convencionalidad es una figura jurídica creada jurisprudencialmente por la Corte IDH, que obliga tanto a éste Tribunal como a los órganos de los Estados que integran el Pacto de San José, en especial aquellos que administran justicia, a respetar las previsiones establecidas en la CADH y demás normas que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Teniendo claro lo anterior, el control de convencionalidad se clasifica en concentrado y difuso. El control concentrado es el examen realizado por la propia Corte IDH en sus decisiones, al momento de establecer la existencia de vulneraciones por parte de los Estados. Por su parte, el control difuso es el análisis que realizan los organismos estatales, en especial los jueces, con el propósito de respetar los parámetros de aplicación de la CADH (Burgogue-Larsen, 2014: 132); dentro de estas facultades se incluye el ajuste del ordenamiento normativo interno para hacerlo compatible con las disposiciones de la Convención (Escobar, Benítez y Cárdenas, 2011: 169-170).

Las consecuencias del control de convencionalidad en los ordenamientos internos pueden ser de índole técnico y político (Burgogue-Larsen, 2014: 131-139). Así, las primeras implican el deber de las autoridades estatales de incorporar en sus actuaciones el control de convencionalidad, mientras que las segundas tienen que ver con el impacto de las interpretaciones en las políticas públicas o la autonomía estatal, en temas como el sistema punitivo.

Un ejemplo de las repercusiones del control de convencionalidad y la importancia dentro del derecho interamericano es la sentencia dictada en el asunto Radilla Pacheco contra México (2009), que ordena al Estado demandado reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, dentro del control concentrado de

convencionalidad. Adicionalmente, al aplicar la decisión se produjo una reforma constitucional que ordenó a los jueces atender la Convención a la hora de emanar cualquier decisión (Hitters, 2012: 238-538).

Así pues, el control de convencionalidad cobra cada vez más relevancia como parámetro de protección de los derechos humanos.

2.2. Control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad en Colombia

La aplicación del Control de Convencionalidad en Colombia resulta procedente de acuerdo a los postulados jurisprudenciales y constitucionales. En efecto, la Constitución admite que los tratados y convenios internacionales ratificados por el país y que traten de derechos humanos prevalecen en el orden interno (artículo 93). Asimismo expone que la enunciación de los derechos y garantías enunciados en la Carta Política y Convenios Internacionales no debe entenderse como negación de otros inherentes a la persona que no figuren expresamente (artículo 94).

En relación con este tema, la Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1995 se pronunció manifestando que aquel conjunto de normas y principios nacionales e internacionales conforman un “bloque de Constitucionalidad”, que a su vez es parámetro de control constitucional.

Después, el Tribunal Constitucional en la sentencia C-488 de 2009, explicó que la incorporación al ordenamiento jurídico procedía a) como “integración normativa” para los casos de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que versaran sobre derechos humanos que no pueden limitarse en estados de excepción; y b) como “referente interpretativo” para los tratados que versen sobre derechos que sean susceptibles de ser limitados en los estados de excepción.

De esta forma queda claro que, a la luz de la normatividad colombiana, las prescripciones del Sistema Interamericano de derechos humanos, particularmente, tratándose de control de convencionalidad, constituyen un elemento relevante para las autoridades estatales al momento de ejercer sus funciones, desde luego, comprende el estudio que debe hacer el sistema judicial colombiano a la hora de fijar reparaciones en casos de vulneraciones de derechos humanos.

3. Estándares de reparación en la jurisprudencia interamericana

Teniendo en cuenta los ejes que explican el control de convencionalidad en la Corte IDH, en esta parte se explican las reparaciones utilizadas en violaciones masivas de derechos humanos en contextos de conflicto armado.

La noción de reparación que ha inspirado las normas ha sido elaborada para hechos aislados (De Greiff, 2006: 408), lo que constituye una visión considerablemente limitada en casos masivos, en donde también impera la desigualdad, la pobreza y la exclusión. Específicamente, las reparaciones no sólo deben regresar a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, ya que en sociedades desiguales y excluyentes involucraría reintegrar a la víctimas a los patrones estructurales de insatisfacción de derechos. De esta forma, la reparación debe encontrar soluciones que permitan el disfrute de los derechos humanos, a pesar que se enfrente a obstáculos o mitos presupuestales

falsamente motivados; (González, 2006: 7) enfoque denominado como “reparaciones transformadoras” (Uprimny y Saffón, 2009: 33-34).

El problema radica en que el derecho internacional no ha generado fórmulas, normas o principios claros sobre violaciones masivas y sistemáticas, particularmente, respecto a los programas y acuerdos de justicia transicional dentro de un posible escenario de posguerra, en la medida que su naturaleza responde a casos individuales, por lo que las reparaciones en este tipo de contextos tendrán un significado dinámico, que depende de las fuerzas políticas que se originen (Falk, 2006: 485).

Nuestra opinión sobre la naturaleza de la reparación no sólo se aborda como una cuestión económica, sino como un proyecto integral y articulado a la exigencia de verdad, el juzgamiento de responsables y reformas estatales que impidan que se repitan los hechos. En este sentido, la reparación va mucho más allá de la reiteración de las medidas indemnizatorias tradicionales (Rousset, 2011: 65), dado que desde la perspectiva de las víctimas, la reparación debe comprender y estar fuertemente vinculada al derecho a la verdad, la justicia y las garantías de no repetición, conjunto de medidas que pueden llegar a influir en el bienestar de las víctimas, pero que ante la ausencia de una de ellas puede cuestionar los otros mecanismos implementados (Beristain, 2010a: 174; Beristain, 2010b: 429).

Así, el Sistema Interamericano ha desarrollado criterios avanzados en materia de reparación como: restitución, indemnización (daño material e inmaterial), rehabilitación (atención médica, psicológica, servicios legales y sociales), satisfacción (conocimiento de la verdad, actos de desagravio e investigación y sanción de los responsables) y garantías de no repetición (reformas normativas e institucionales). Desde la primera sentencia proferida por la Corte, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, se estableció un nuevo paradigma legal de justicia en aquellas violaciones a los derechos humanos, mediante la interacción entre recursos penales y civiles, así como con la necesidad de adecuar las instituciones estatales para prevenir violaciones de los derechos humanos, sin embargo, los hechos estudiados se refieren a la reparación de un caso individual que como se ha señalado dista sustancialmente de aquellos abusos masivos (Carrillo, 2006: 506, 529).

En casos que involucran un gran número de víctimas en conflictos armados, las sentencias en contra de los Estados de El Salvador, Guatemala y Colombia pueden ser representativas. Por ejemplo, en la sentencia masacre Plan Sánchez vs. Guatemala (2004), la Corte ordenó por primera vez reparaciones a los sobrevivientes y a los familiares de las víctimas asesinadas en la masacre de aproximadamente 268 personas (Antkowiak, 2011: 307). El Tribunal estableció que las reparaciones no se agotan con la indemnización de daños materiales e inmateriales, ya que deben estar acompañadas de aquellas medidas con alcance o repercusión pública como: a) la obligación de investigar y sancionar a los responsables; b) derecho a la verdad; b) actos de reconocimiento público de responsabilidad internacional y c) la rehabilitación de la víctima y la traducción de la sentencia al idioma de las víctimas. Se resaltan dentro de la sentencia, aquellas medidas de carácter socioeconómico, como los programas de vivienda, salud (creación de un centro de salud), educación (escuelas y personal docente) y producción e infraestructura (vías, servicio eléctrico y agua potable) (Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala, 2004: pár. 93-111).

Posteriormente, siguió la condena a Colombia por la Masacre de Mapiripán

(2005), en donde no se conoció con exactitud el número de víctimas. Por lo tanto, la Corte IDH, al igual que en la Masacre de Plan Sánchez, estableció que no podría dejar de ordenar reparaciones para aquéllas víctimas y familiares que no habían podido ser individualizadas en el proceso, de allí que la compensación debería ser la misma que las personas identificadas (Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 2005, pár. 252, 257). Las medidas de reparación en esta sentencia, adicionales a las de carácter pecuniario, fueron: a) la obligación de investigar y sancionar a los responsables de los crímenes; b) identificación de las víctimas; c) implementación de un mecanismo de seguimiento de las reparaciones y de participación de las víctimas en la definición de las reparaciones; d) construcción de un monumento; e) garantías de seguridad para los habitantes; y f) programas de educación en derechos humanos dentro de las fuerzas estatales.

En el año 2012, la Corte IDH declaró la responsabilidad de El Salvador por la Masacre del Mozote, al reconocer aproximadamente 826 víctimas directas, estableciendo un nuevo escenario de interpretación de los derechos de las víctimas en el marco de un conflicto armado, específicamente, cuando se tramitan para consolidar la paz. Explicó que se deben tener en cuenta los siguientes lineamientos: a) interdependencia de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición; b) priorización en la investigación de delitos y aplicación de penas alternativas (Sayán, 2012: 30); c) puesta en marcha de mecanismos de reparación; y d) reconocimiento de responsabilidades estatales. Se rescata en materia de reparación: a) la localización e identificación de los cuerpos de los desaparecidos; b) programas de desarrollo (educación, salud, vías y agua); y c) capacitación a las fuerzas armadas (Masacre del Mozote vs. El Salvador, 2012, pár. 305-393).

Para profundizar en los mecanismos de reparación, es conveniente presentar en forma didáctica los instrumentos utilizados por la Corte IDH en donde existe un gran número de víctimas, para ello se acudirá al siguiente esquema:

	SENTENCIA	No. Aprox. Víctimas	RESTITUCIÓN	INDEMNIZACIÓN	REHABILITACIÓN	SATISFACCIÓN	GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN	PROGRAMAS SOCIALES
GUATEMALA	Río Negro	1065	No se otorga la restitución de la finca Cancún Chitucán.	1. Daños materiales e inmateriales; 2. Creación de un mecanismo adecuado para identificar más víctimas.	Tratamiento médico y psicológico	1. Investigación y enjuiciamiento; 2. Búsqueda, identificación y entrega de los restos de las personas ejecutadas; 3. Publicación de la sentencia; 4. Reconocimiento de responsabilidad estatal; 5. Creación de un museo; 6. Programa para el rescate de la cultura.	1. Capacitación de funcionarios estatales.	1. Programas de salud; 2. Nutrición; 3. Vías; 4. Agua y servicio eléctrico; 5. Reconstrucción de escuelas. 6. Reparación a través de la participación
	Dos Erres	155		Daño inmaterial.	Tratamiento médico y psicológico.	1. Investigación y enjuiciamiento; 2. Creación de un monumento; 3. Reconocimiento de responsabilidad estatal; 4. Identificación y entrega de los restos; 5. Publicación de la sentencia.	1. Medidas pertinentes para reformar la Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad; 2. Implementación de cursos; 3. Creación de una página web de búsqueda de menores sustraídos y retenidos.	

	SENTENCIA	No. Aprox. Víctimas	RESTITUCIÓN	INDEMNIZACIÓN	REHABILITACIÓN	SATISFACCIÓN	GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN	PROGRAMAS SOCIALES
EL SALVADOR	Mozote	826	Retomo al lugar de origen y programa habitacional.	Daño material e inmaterial fijado en equidad.	Tratamiento médico y psicológico.	1. Investigación y enjuiciamiento; 2. Identificación y entrega de los restos; 3. Publicación de la sentencia; 4. Realización de audiovisuales.	1. Capacitación de funcionarios estatales.	1. Vías; 2. Acceso luz y agua; 3. Creación de un centro de salud, escuelas y un centro para adultos mayores.
COLOMBIA	Pueblo Bello	43	Retomo al lugar de origen	Daño material e inmaterial.	Tratamiento médico y psicológico.	1. Investigación y enjuiciamiento; 2. Búsqueda, identificación y entrega de los restos; 3. Publicación de la sentencia; 4. Construcción de un monumento; 5. Declaración de responsabilidad del Estado.		
	Ituango	19	Retomo, condiciones de seguridad y programa habitacional.	Daño material e inmaterial.	Tratamiento médico y psicológico.	1. Investigación y enjuiciamiento; 2. Publicación de la sentencia; 3. Fijación de una placa; 4. Declaración de responsabilidad del Estado.	Programas de educación en derechos humanos en las fuerzas armadas.	
	Santo Domingo	27		Daño material e inmaterial.	Tratamiento médico y psicológico.	1. Reconocimiento de responsabilidad; 2. Publicación de la sentencia.		

De acuerdo a lo anterior, la Corte IDH ha elaborado jurisprudencia importante sobre la reparación a la violación de derechos humanos, transformando la idea que la reparación debe ser entendida exclusivamente desde un punto de vista económico. No obstante, la tabla demuestra que las medidas implementadas en los casos no son homogéneas, con excepción de la rehabilitación y la satisfacción. Así, a pesar de que en los casos de “Dos Erres” y en “Pueblo Bello” existían víctimas de desplazamiento como en “Río Negro”, “el Mozote” e “Ituango”, no se implementaron programas habitacionales y de restitución.

Frente a las garantías de no repetición, si bien buscan reformas institucionales y adecuaciones normativas para la garantía de los derechos, la Corte IDH es tímida al ordenar o fijar directrices que reformen la fuerza pública, guíen las actuaciones de los funcionarios estatales o permitan dismantelar grupos paramilitares, por ejemplo en Colombia, centrándose el Tribunal en la realización de cursos en derechos humanos. No obstante, es de resaltar la reforma legislativa de la “ley de amparo, exhibición personal y constitucionalidad” en Guatemala decretada en el caso “Dos Erres”.

Igualmente, se observa que en algunas decisiones se ordena la implementación de programas sociales, lo que se puede explicar desde la



posibilidad de una reparación transformadora. Este tipo de reparación, se empieza a construir en aquellas sentencias donde la Corte ha introducido políticas que pretenden atacar la situación de desigualdad, pobreza y exclusión, mediante el establecimiento de programas de desarrollo, como en las sentencias de la Masacre del Plan Sánchez, Mapiripán, Río Negro y el Mozote. En consecuencia, se ha defendido una concepción de justicia sustentada en dos bases: resarcir los daños que sufrió la persona y garantizar los derechos humanos con el propósito de eliminar aquellas condiciones existentes al momento de la producción del daño. La unión de estos dos ejes es entendida como reparación transformadora.

La reivindicación de la importancia del término es realizada por la Corte IDH en la sentencia de noviembre de 2009 en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Los hechos estudiados fueron decisivos al momento de dar un giro hacia estos programas de reparación, que tuvieran en cuenta no sólo los daños ocasionados, sino también la situación estructural de violencia y discriminación en la que vivían las víctimas. Inicialmente, la denuncia conocida por la Corte IDH hacía referencia a la desaparición y posterior homicidio de tres mujeres en el año 2001, no obstante, a partir de las pruebas, la Corte concluyó que en el periodo en el que se originaron las desapariciones y los homicidios en Ciudad Juárez, habían existido aproximadamente 379 homicidios de mujeres, a lo que se sumaban las acciones de violencia sexual y la cultura de discriminación contra la mujer (*Campo Algodonero vs. México*, 2009, pág. 164).

Como se aprecia, la vulneración de los derechos humanos de las tres víctimas no estaba basada en circunstancias particulares, ya que hacía parte de patrones de discriminación en contra de la mujer, que provenían no sólo de la comunidad, sino del mismo aparato estatal. La Corte explica que no era suficiente el concepto de reparación integral, al implicar el restablecimiento de la víctima a la situación anterior en la que se encontraba, por cuanto involucraba restituir a la víctima a una situación estructural de violencia y discriminación, razón por la cual las reparaciones deberían tener una “vocación transformadora”, con el objetivo de identificar y eliminar los factores causales de discriminación (*Campo Algodonero vs. México*, 2009, págs. 450-451).

De acuerdo a lo mencionado, la Corte IDH ordenó incluir una perspectiva de género en los procesos de investigación y judiciales, así como un programa de educación en derechos humanos para toda la población. No obstante, a nuestro parecer, la Corte IDH desconoce otras circunstancias que convergen en Ciudad de Juárez y que inciden en la violencia contra la mujer como: a) el tránsito de migrantes en la zona; b) las desigualdades sociales (falta de servicios públicos) y c) la delincuencia organizada como la trata de personas (*Campo Algodonero*, 2009, págs. 113, 130), para las cuales no implementó medidas. Por esta razón, si bien la Corte IDH se arriesga a trabajar la idea de reparaciones transformadoras, se limita frente a la proposición de programas o medidas propicias para atacar la violencia estructural.

Asimismo, a propósito de la sentencia de las comunidades desplazadas del Río Cacarica, se genera incertidumbre cuando la Corte confía en los mecanismos internos del Estado colombiano para reparar, a pesar de las continuas fallas de los programas de justicia transicional. En efecto, la Corte IDH puede ser blanco de críticas respecto a su sistema de reparaciones por la decisión tomada en este caso, en donde se estudió la responsabilidad del Estado por el homicidio de Marino López, líder comunitario, así como por el desplazamiento de alrededor de 3500 personas, reconociendo como víctimas a 372 de ellas.

En este caso, la Corte IDH resaltó los avances de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y adoptó como criterio de reparación las indemnizaciones administrativas establecidas en la legislación interna (Comunidades del Río Cacarica vs. Colombia, 2013, pár. 472-475), avalando el monto de reparación contemplado en la Ley 1448 de 2011 (art.132) que puede ser hasta los 40 salarios mínimos mensuales (10.700 dólares), cuando se es víctima de múltiples hechos o 17 salarios cuando la víctima es desplazada (4633 dólares), siendo entregados en realidad aproximadamente 2500 dólares (Unidad de Víctimas, 2014), la mitad de lo establecido en la norma. Resulta preocupante que estas compensaciones distan sustancialmente de los montos aprobados por la Corte IDH en casos similares, en donde la indemnización por daño inmaterial es de aproximadamente 55.000 dólares (Masacre de Mapiripán, 2005, pár. 290). Igualmente, la Corte IDH rechazó la mayoría de peticiones realizadas por los representantes de las víctimas, relacionadas con medidas de satisfacción y rehabilitación (Sánchez, 2014).

4. La aplicación del control de convencionalidad por parte del Consejo de Estado colombiano frente a graves violaciones a derechos humanos

Una vez analizada la forma como la Corte IDH ordena las diversas clases de reparación en casos de violaciones masivas a derechos humanos, se estudiarán algunas sentencias del Consejo de Estado colombiano que incorporan los mecanismos de reparación, en un inicio sin mencionar explícitamente la aplicación de la figura del control de convencionalidad y, posteriormente, incorpora de manera expresa.

Hasta el año 2008, la jurisprudencia contencioso administrativa se había caracterizado por ordenar una reparación que podría denominarse “clásica”, que consiste en un mero resarcimiento o indemnización económica por los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) y morales, provenientes del daño antijurídico imputable al Estado (Brewer y Santofimio, 2013: 248).

De igual forma, existía una acérrima tradición en la defensa y aplicación de los principios de jurisdicción rogada y de congruencia. Se entendía que la labor del juez administrativo simplemente se limitaba a determinar si le asistía o no derecho a quien reclamaba justicia y de ser procedente, ordenar únicamente lo que había pedido en el escrito de la demanda. Adicionalmente, era impensable que el juez pudiera ordenar medidas de reparación diferentes a la compensación clásica.

Con la sentencia de fecha 20 de febrero de 2008, radicado interno 16996, el Consejo de Estado rompió con aquella práctica judicial y ordenó de oficio medidas de reparación de carácter no pecuniario. El tribunal estudió el caso de la desaparición y muerte de dos personas, hechos imputables a agentes de la Policía Nacional, y precisó que *“toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento.”*

Ciertamente, entendió que la reparación integral orienta el resarcimiento de un daño con el fin de que la persona sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo y, tratándose de violación a derechos humanos, que tal reparación también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho. De esta manera, se justifica la adopción de medidas simbólicas que no propenden por el resarcimiento del daño en estricto sentido, sino por la restitución del núcleo esencial de los derechos vulnerados (Sentencia, 2007, radicado interno 29273).

En la sentencia, insistió que el Juez administrativo debía asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias señaladas por el derecho internacional de los derechos humanos, de suerte que no sólo debía limitarse a decretar indemnizaciones monetarias, sino que, su obligación consistía en integrar las medidas previstas en la normatividad interna con aquellas que establece la internacional y, en particular, las decantadas por la jurisprudencia de la Corte IDH, de manera que al procurarse el pleno restablecimiento de los derechos humanos, se evitaría el acudir a instancias internacionales.

Fue así como, el Consejo de Estado además de ordenar las respectivas indemnizaciones económicas por los perjuicios materiales y morales acreditados durante el proceso, dispuso las siguientes medidas de carácter no pecuniario: a) excusas públicas por parte del Director de la Policía Nacional; b) diseño e implementación de un sistema de promoción y respeto por los derechos, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos y c) publicación de la parte resolutive de la sentencia en el Comando de Policía, por el término de seis meses.

A pesar de que en dicho pronunciamiento judicial no se mencionó explícitamente la figura del control de convencionalidad, se dio aplicación a tal instrumento al incorporarse los estándares de reparación dados por la Corte IDH. No obstante, con el transcurrir de los años, el Consejo de Estado ejerció de manera expresa el control de convencionalidad.

En sentencia de 21 de noviembre de 2013, radicado interno 29764, al estudiar el caso de la desaparición de siete comerciantes en el Municipio de San Roque (Antioquia), perpetrada por grupos paraestatales, sostuvo que el control de convencionalidad constituye un imperativo a cargo de todos los jueces de los países que han suscrito la CADH y la competencia de la Corte IDH, para garantizar la aplicación efectiva de una hermenéutica garantista de derechos humanos.

Al encontrar responsable al Estado colombiano por la desaparición y muerte de aquellas personas, el Tribunal Contencioso ordenó de oficio las siguientes medidas de satisfacción con el fin de garantizar la reparación integral: a) investigar, identificar y sancionar los responsables; b) búsqueda exhaustiva de los restos mortales de las víctimas; c) instalar una placa a cargo del Ejército Nacional, con la inscripción de los nombres de las víctimas; y d) preservación de la sentencia.

Posteriormente, en providencia de 9 de julio de 2014 (radicado interno 44333) al estudiar el caso de una masacre cometida por las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante, AUC) en el corregimiento de Pichilín (Sucre), el alto Tribunal encontró que si bien, el daño fue cometido por un grupo armado al margen de la ley, el mismo se posibilitó y concretó debido a la omisión de la Fuerza Pública, configurando un desconocimiento de la posición de garante frente a los derechos de las víctimas de la masacre. El alto Tribunal aplicó el control de convencionalidad y encontró la violación de las obligaciones del artículo 1.1 de la CADH y el precedente internacional; igualmente, insistió que el control de convencionalidad constituye un imperativo normativo que faculta al juez administrativo para decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa.

Este pronunciamiento resulta de trascendental importancia, al menos por tres aspectos: en primer lugar, analiza el rol que deben tener las víctimas dentro del proceso de reparación, porque no sólo deben reconocerse como testigos del conflicto, sino también como sujetos de derecho, cuyo proyecto de vida debe ser reconstruido. Como consecuencia de lo anterior, trae a colación el concepto de

reparaciones transformadoras, al explicar que las mismas constituyen una oportunidad de impulsar una transformación democrática de las sociedades, con el fin de superar situaciones de exclusión y desigualdad.

En segundo lugar, afirmó que en eventos en donde el daño ocasionado traspasa la esfera de lo individual y trasciende a lo colectivo, el proceso de reparación resulta más exigente para las víctimas y para el Estado. En este sentido, aludió al concepto de víctima colectiva, precisando que el mismo puede aplicarse en las siguientes situaciones: a) violación de derechos colectivos; b) violación masiva de derechos individuales de los miembros de la colectividad; y c) la violación de derechos individuales con graves impactos colectivos (Sentencia, 2014b, radicado interno 44333).

Finalmente, decretó medidas de reparación integral individuales y colectivas, de cara a lograr la recuperación patrimonial, espiritual, psicológica, emocional y social de las víctimas. Así, ordenó las siguientes medidas de reparación de carácter colectivo: a) la realización de una investigación a cargo del Centro de Memoria Histórica; b) la inclusión de los demandantes y demás miembros de la comunidad en los programas de reparación colectiva; y c) exhortó a la Unidad de Restitución de Tierras, para que determinara si existió despojo de tierras, y de ser así procediera a iniciar las acciones legales pertinentes.

Como medidas de satisfacción, dispuso: a) la realización de una ceremonia conmemorativa en la que el Director de la Policía y la Armada Nacional ofrecieran disculpas públicas; b) la instalación de una placa a cargo de la Policía y la Armada Nacional, en la plaza central del corregimiento; c) tratamiento psicológico y psicosocial a cada uno de los demandantes, haciendo especial énfasis en las mujeres, menores de edad y adultos de la tercera edad; y d) la preservación de la sentencia.

Ahora bien, en 2014 el Consejo de Estado profirió una Sentencia de Unificación (radicado interno 32988), en torno a la clasificación de daños inmateriales y al juicio de imputación estatal en los casos de falla del servicio frente a violaciones masivas de derechos humanos, en donde explicó que el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supranacionales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar su responsabilidad.

Resulta destacable la unificación en torno a una nueva categoría de daño inmaterial denominado como “vulneraciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente amparados”, que presenta las siguientes características: a) proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas, constitución o tratados internacionales; b) se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes que producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales; c) es un daño autónomo; y d) la vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva. La reparación a una vulneración semejante pretende restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos y puede ser decretada de oficio por el juez.

Asimismo, unificó las medidas de reparación previstas en 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”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y acogidas por la Corte

Interamericana, a saber: restituir, indemnizar, rehabilitar, satisfacer y adoptar garantías de no repetición; bajo el entendido de que las mismas son consonantes con las obligaciones estipuladas por el artículo 63.1 de la Convención Americana.

En consecuencia, ordenó las siguientes medidas de reparación no pecuniarias a los familiares de los desaparecidos y ejecutados extrajudicialmente por parte del Ejército Nacional. Como garantías de no repetición: a) envío del expediente con destino a la Fiscalía General de la Nación para que estudie los hechos de que trata esta sentencia y su posible declaración como delito de lesa humanidad; b) remisión del expediente a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas; c) envío de la sentencia al Centro de Memoria Histórica, con el fin de que contribuya a la construcción documental de la memoria; y d) divulgación de la sentencia en la jurisdicción penal militar.

Como medidas de satisfacción: a) la publicación de los apartes pertinentes del fallo y la rectificación de la verdadera identidad de las víctimas en un periódico de amplia circulación nacional y local, y en la página web del Ejército Nacional; b) disculpas públicas a cargo del Comandante General del Ejército Nacional.

De los pronunciamientos judiciales analizados, bien puede afirmarse que la figura del control de convencionalidad ha generado un trascendental impacto en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, al menos en los siguientes aspectos: a) en la implementación del principio de reparación integral y para garantizarlo, la disposición de medidas de reparación de carácter no pecuniario, que pueden decretarse de oficio por el Juez; b) la creación de la categoría de daños inmateriales, denominados como “daños a bienes constitucional y convencionalmente amparados”; y c) el contraste que se realiza entre la conducta activa u omisiva del Estado frente a las obligaciones convencionales que le eran exigibles y de allí, determinar si existió o no una falla del servicio. Todo lo anterior, se materializa en un importante progreso de la justicia contencioso administrativa de cara a la reparación de las víctimas del conflicto armado.

No obstante, es preciso señalar que se trata de un proceso que aún está en construcción y que, si bien, se han alcanzado avances trascendentales en la reparación integral por vía judicial, inclusive al abordar el tema de las reparaciones transformadoras, aún falta que ordene medidas que tiendan a la superación de las condiciones de pobreza, exclusión y vulnerabilidad de las víctimas al momento de la violación de sus derechos.

4. Conclusiones

El Control de Convencionalidad es una figura creada y desarrollada paulatinamente por la jurisprudencia de la Corte IDH, cuyo propósito es la protección de los derechos establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En primer lugar, a partir del control concentrado que hace la misma Corte IDH en las decisiones puestas bajo su consideración y, en segundo lugar, a través del control difuso que se impone como un deber de cada uno de los órganos de los Estados partes del Sistema ya sea al expedir leyes, fijar políticas públicas o proferir decisiones judiciales.

Por otra parte, el panorama que muestra el estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH puede ser difícil de calificar desde extremos, en la medida que en algunos casos la Corte se ha mostrado garantista respecto a la implementación de programas de reparación en donde ha llegado a incluir programas de desarrollo,

mientras que en otras sentencias aparecen importantes argumentos como la reparación transformadora, sin que puedan llegar los efectos resolutivos de la misma a satisfacer la naturaleza de este tipo de reparación. Igualmente, lo que se puede concluir es la incertidumbre respecto al papel de la Corte IDH frente al análisis de las posibles deficiencias de la justicia transicional en Colombia, de gran importancia para una adecuada reparación.

Por último, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha progresado en cuanto a reparaciones a graves violaciones de derechos humanos, dando aplicación al control de convencionalidad. En efecto, se pasó de un mero resarcimiento económico por los daños materiales y morales causados a las víctimas, a la adopción de medidas que pretenden repararlas de manera integral, disponiendo para ello, la realización de actos no pecuniarios a cargo del Estado con el objetivo de preservar la memoria tanto individual como colectiva y de tratar de restituir los derechos transgredidos. Adicionalmente, al acuñar el concepto de reparación transformadora se da un paso más allá del entendimiento de la justicia como algo meramente retributivo y se avanza por la senda de un cambio sustancial en las condiciones sociales que fueron causa de la transgresión de los derechos de las víctimas. No obstante, aquella corporación judicial debe afrontar el desafío de ordenar medidas concretas de tales reparaciones transformadoras, con el fin de superar las condiciones de pobreza, exclusión y vulnerabilidad de las víctimas al momento de la violación de sus derechos.

5. Bibliografía

ANTKOWIAK, T. (2011), "La Corte Interamericana de Derechos humanos y sus reparaciones centradas en la víctima". Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2118324307-316. Revisado el 3 de febrero de 2015.

BERISTAIN, C. (2010 a), *Diálogos sobre la reparación: que reparar en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, No. 1*, IIDH, San José, Costa Rica).

BERISTAIN, C. (2010 b), *Diálogos sobre la reparación: que reparar en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, No. 2*, IIDH, San José, Costa Rica.

BREWER, A. y SANTOFIMIO, J (2013), *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BURGORGUE-LARSEN, L. (2014), "El Contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de Derechos humanos", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 12, núm.1, pp. 105–161.

CALDERÓN, J. (2013), "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma del caso mexicano", *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, pp. 147-219.

CARRILLO, A. (2006). "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing to Past". En: DE GREIFF, P. (Ed), *The handbook of reparation*, Oxford, International Center of Transitional Justice, pp. 504-538.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIA (2007). Sección Tercera. Sentencia de 19 de octubre. Radicado: 29273. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIA (2008). Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero. Radicado: 16996. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIA (2011). Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre. Radicados: 19031 y 38222. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIA (2013). Sección Tercera. Sentencia de

21 de noviembre. Radicado: 29764. M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIA (2014a). Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto. Radicado: 32988. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIA (2014b). Sección Tercera. Sentencia de 9 de julio. Radicado: 44333. M.P. Enrique Gil Botero.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA (1995), Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. Expediente No. L.A.T.-040

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA (2009), Sentencia C-488 del 22 de julio de 2009. Expediente D-7593.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Masacre Plan Sánchez vs. Colombia, sentencia de reparaciones*, 19 de noviembre de 2004, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006a), *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de fondo*, 31 de enero de 2006, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Masacre de Ituango vs. Colombia, sentencia de fondo*, 1 de julio de 2006, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *González y otras (Campo Algodonero vs. México) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 24 de noviembre de 2009, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Masacre las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 24 de noviembre de 2009, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Masacre Río Negro vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 4 de septiembre de 2012, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Masacre del Mozote vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas*, 25 de octubre de 2012, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), “Voto concurrente SAYAN GARCÍA, D.”, *Sentencia Masacre del Mozote vs. El Salvador*, 25 de octubre de 2012, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo y reparaciones*, 30 de noviembre de 2012, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Comunidades desplazadas de la cuenca del río Cacarica vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 20 de noviembre de 2013, Organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica.

DE GREIFF, Pablo (2006): “Justicia y reparaciones”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29767.pdf>. Revisado el 10 de febrero de 2015.

ESCOBAR MARTÍNEZ, L., BENÍTEZ-ROJAS, V y CÁRDENAS Margarita (2011), “La influencia de los estándares interamericanos de reparación en el Consejo de Estado Colombiano”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, Núm. 2, pp. 165–190.

FALK, R. (2006), “Reparations, International Law, and Global Justice: a New

Frontier”. En: DE GREIFF, P. (Ed), *The handbook of reparation*, Oxford, International Center of Transitional Justice, Oxford, pp. 479-503.

GONZÁLEZ POSSO, C. (2006), “El mito de la quiebra del Estado por la reparación”, *Revista Punto de Encuentro Indepaz*, pp.1-7.

HITTERS, J. (2009), “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación. (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos humanos)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 7, Núm. 2, pp. 109–128.

HITTERS, J. (2012), “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, pp. 355– 574.

JINESTA, E. (2012), “Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”. En: FERRER MAC-GREGOR, *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos humanos y los Jueces Nacionales*, México, Fundap, pp. 269 – 288.

ROUSSET SIRI, A. (2011), “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos humanos*, núm.1, pp. 59-79.

SANCHÉZ LEÓN, C. (2013), “Corte IDH condena a Colombia por operación militar ‘Génesis’”, *Periódico Ámbito Jurídico*, 27 de diciembre de 2013.

UNIDAD DE VÍCTIMAS COLOMBIA (2014), “En Risaralda 354 víctimas recibieron indemnización en el mes de junio”. Disponible en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/79-noticias/2626-en-risaralda-354-victimas-recipientes-indemnizacion-en-el-mes-de-junio>. Revisado el 20 de diciembre de 2014).

UPRIMMY YEPES, R. y SAFFÓN SANÍN, M. (2009), “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”. En: *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Colombia, ICTJ, DEJUSTICIA & UNIÓN EUROPEA, pp. 31-70.



Amnistía

Asier Garrido Muñoz*

Universidad de Salamanca

Ltrado de la Corte Internacional de Justicia

A.Garrido@icj-cij.org

Resumen

El debate sobre la legalidad de las leyes de amnistía en Derecho internacional sigue abierto. Si bien existe una inequívoca tendencia hacia su prohibición en aquellos casos en que su aplicación impide la investigación judicial de violaciones graves de derechos humanos, ciertos desarrollos judiciales recientes evidencian la persistencia de dos discursos normativos alternativos sobre esta controvertida cuestión.

Palabras clave

Amnistía, violaciones graves de derechos humanos, crímenes internacionales, democracia, transición

Amnesty

Abstract

The debate on the legality of amnesty laws in international law continues to be open. Although there is an unequivocal tendency towards their prohibition if their application impedes the prosecution of gross human rights violations, some recent judicial developments demonstrate the persistence in time of two alternative normative discourses on this controversial matter.

Keywords

Amnesty, gross human rights violations, international crimes, democracy, transition

* Las opiniones expresadas en el presente trabajo son realizadas a título personal y no reflejan necesariamente las de la institución para las que el autor trabaja.

Introducción

Es bien conocida la etimología griega de la palabra, lengua que utilizaba el término en el sentido de “olvido”. En consonancia, el *Diccionario de la Real Academia* define la voz “amnistía” como “olvido legal de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores” (Diccionario RAE, 2010). Pero lo relevante no es sólo la *acción* de olvidar lo sucedido, sino también el elemento *temporal* de dicha acción: se olvida sólo el hecho delictivo que aconteció *en el pasado*. Tanto los delitos, como los motivos para olvidar, pueden ser muy variados (desde liberar espacio en abarrotadas prisiones hasta recobrar la normalidad democrática mediante la liberación de prisioneros políticos), pero cuando el hecho delictivo que se amnistía es la comisión de graves violaciones de derechos humanos, el término adquiere una dimensión social relacionada con la superación de un conflicto traumático pasado que divide una sociedad. Es sobre estas últimas amnistías sobre las que versa esta contribución, pues con ellas se pone en cada lado de la balanza componentes discutidos por los diferentes relatos históricos sobre un conflicto: la paz y la justicia, la reconciliación y la responsabilidad, los vencedores y los vencidos. Para ello, y dentro de las obvias limitaciones de espacio, comenzaremos nuestra exposición subrayando algunos hitos importantes en la evolución del Derecho internacional en la materia. A continuación, nos referiremos al relevante papel que ha tenido en la materia la jurisprudencia de la Corte Interamericana para, finalmente, exponer algunas evoluciones recientes a nivel de España y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1. Las amnistías en Derecho internacional: breve evolución histórica

Si bien no son pocos los ejemplos históricos de tratados internacionales que contienen disposiciones de amnistía –el más célebre de todos quizás sea el Artículo 2 del Tratado de Westfalia de 1648–, el interés por las amnistías en Derecho internacional es un fenómeno más bien reciente, contemporáneo al proceso de “humanización” que caracteriza el devenir del Derecho internacional desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas (Meron, 2003; Cançado Trindade, 2005). Dicho proceso se puede describir desde una doble dimensión sustantiva e institucional.

Desde el punto de vista sustantivo, existe un *corpus* convencional-normativo que apunta en una clara dirección: la progresiva ilegalidad de las leyes de amnistía en tanto que impedimentos a la persecución de violaciones egregias de derechos humanos. Sin bien la palabra amnistía no figura como tal en ninguno de los convenios relevantes, es clara la tendencia a restringir su validez en tanto que violación del deber positivo de perseguir las violaciones de derechos humanos. Bien se trate, por ejemplo, del art. 1 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de los arts. 49/50/129/146 de los cuatro Convenios de Ginebra para las violaciones graves de dichos convenios cometidas en un conflicto armado internacional, del art. 1 de la Convención contra la Tortura de 1984 respecto de dicha conducta o (previamente a la Carta de las Naciones Unidas), el art. 6 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, los Estados han visto enormemente reducido su margen de maniobra para acordar amnistías. Ello no impide que existan importantes fallas en el sistema, entre las que destaca la ausencia de disposiciones convencionales semejantes para los crímenes contra la humanidad y las desapariciones forzadas (Seibert-Fohr, 2010).

Desde el punto de vista institucional, los mecanismos de supervisión del cumplimiento con el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y con el Derecho internacional humanitario (DIH) han mejorado sustancialmente desde



1945. La emergencia reciente, por un lado, de las jurisdicciones penales internacionales (el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Penal Internacional y los Tribunales mixtos); y por otro, la creciente autoridad judicial de los tribunales regionales en materia de derechos humanos (principalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana) ha propiciado una multiplicidad de pronunciamientos en los que la legalidad de leyes de amnistía ha adquirido un papel muy relevante.

En consecuencia, se puede afirmar que toda ley de amnistía es vista en la actualidad como una *excepción normativa* que debe ser evaluada a través de la lupa de tres ramas del Derecho internacional: el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el Derecho internacional humanitario (DIH) y el Derecho Penal Internacional (DPI). Aunque sea útil para favorecer la reconciliación, e incluso aunque sea promovida por el Derecho internacional (véase el artículo 6(5) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977), la amnistía es en la actualidad *sospechosa*. En qué condiciones está *prohibida*, es algo que analizaremos brevemente en estas líneas.

2. El caso latinoamericano: el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En los años noventa del siglo pasado, varios tribunales internacionales y nacionales, así como órganos de supervisión en materia de derechos humanos, emitieron pronunciamientos muy destacados relativos a los efectos jurídicos de las leyes de amnistía. Destacaron por su audacia las sentencias Furundzija del TPIY, reconocedora de la carencia de efectos jurídicos de las leyes de amnistía respecto de los tribunales penales internacionales (Caso Furundzija, 1998: para. 155). Más recientemente, la sentencia Scilingo de nuestra Audiencia Nacional –relativa a la Ley de Punto Final argentina– ha extendido dicha ausencia de efectos jurídicos hacia los ordenamientos de terceros Estados como el español (Caso Scilingo, 2005: paras. 6.2-6.3). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en repetidas ocasiones que las leyes de amnistía son “generalmente” incompatibles con las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos, 1992).

Ahora bien, si hay un actor (en este caso, actriz) que ha brillado con fuerza en la escena jurídica internacional respecto de esta cuestión, esa es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su jurisprudencia de vanguardia, influenciada por las terribles realidades que asolaron la política latinoamericana durante la Guerra Fría, se ha erigido como parámetro de referencia en la materia (Burgogue-Larsen, 2012).

En efecto, ya desde la primera de sus sentencias dictada sobre el fondo – *Velásques Rodríguez vs. Honduras* –, el órgano de San José había puesto un gran énfasis en al deber del Estado de investigar las violaciones graves de derechos humanos (*Velásques Rodríguez vs. Honduras*, 1988). Tanto fue así, que dicho deber será uno de los rasgos definitorios de una jurisprudencia dictada en un contexto de impunidad generalizada, debido principalmente a la concesión de “autoamnistías” por regímenes dictatoriales latinoamericanos. Ahora bien, será a partir de las sentencias *Barrios Altos c. Perú* y, sobre todo, *La Cantuta vs. Perú*, que la problemática de la legalidad de las leyes de amnistía será discutida en profundidad (*Barrios Altos vs. Perú*, 2001; Caso de *La Cantuta*, 2006). En ellas, la Corte no dudará en construir uno de los pilares fundamentales de su “jurisprudencia

de vanguardia” -la nulidad *ab initio*, y de pleno derecho, de toda ley de autoamnistía-, y lo hará sobre postulados universalistas, es decir, bajo la consideración de que es el sistema universal de protección de derechos humanos –y no sólo el sistema interamericano- el fundamento último de la prohibición. Es en este sentido que la Corte afirmará que “el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional, y como tal, general obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones” (Caso de la Cantuta, 2006: para. 160)

La doctrina de la Corte sobre el carácter imperativo de las leyes de amnistía se ha extendido por el ámbito geográfico latinoamericano, siendo acogida, no sin ciertas reticencias, por un amplio número de altos tribunales con una especial trascendencia transicional. En este sentido, destacan sentencias como las dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador (Mijango González y otros, 2014), el Tribunal Constitucional del Perú (Martín Rivas, 2005), la Corte Suprema de Justicia de Chile (Miguel Ángel Sandoval, 2004) o la Corte Suprema de Justicia de Colombia (Caso de la Masacre de Segovia, 2010). En el caso argentino, la Corte Suprema de dicho país había incluso anticipado el tenor de las sentencias más vanguardistas de la Corte Interamericana al sostener la nulidad de la Ley de Punto Final de 1986 con fundamento en el *ius cogens* internacional (Mazzeo, 2007: FJ 15).

En tiempos más recientes, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la legalidad de las leyes de amnistía en Brasil y Uruguay (Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, 2010; Gelmán vs. Uruguay, 2011). El último caso es particularmente ilustrativo del nivel de firmeza mostrado hacia estas, puesto que en juego se encontraba una ley de amnistía refrendada mediante referéndum popular incluso después de la Corte Suprema declarara su inconstitucionalidad (Caso Nibia Sabalsaragay, 2009). El fallo de la Corte siguió la línea de razonamiento de decisiones anteriores, en lo que para algunos comentaristas constituye un exceso judicial respecto de una decisión adoptada por voluntad democrática (Caso Nibia Sabalsaragay, 2009).

3. Algunas tendencias recientes en España y en Europa

3.1. El particular caso español

Es difícil imaginar cómo habría sido la transición española hacia la democracia si hubieran existido entonces tanto el nivel actual de organización de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la impunidad, como la multiplicidad de mecanismos de supervisión en materia de protección de los derechos humanos. Como han vuelto a demostrar las fallidas “primaveras árabes”, las transiciones hacia la democracia, exitosas o no, dejaron hace tiempo de ser un fenómeno que se pueda aislar del contexto internacional, y más concretamente, de las opiniones del Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité sobre los Derechos del Niño o el Comité sobre Desapariciones Forzadas. Paralelamente, en el plano jurídico, una ley de amnistía no puede aplicarse aislada de un marco jurídico internacional que tiende hacia la prohibición de la impunidad.

El modelo español de transición es considerado por muchos como un caso especial, en el que la amnistía general para todos los delitos políticos cometidos durante el franquismo sólo se ha visto suavizada con una reparación parcial para las víctimas (Tribunal Supremo, 2012: FJ 5). Dicho modelo fue favorecido por una serie de factores, de sobra conocidos, que van desde el consenso generalizado entre los principales grupos políticos respecto de la necesidad de evitar otra guerra fratricida,



a la histórica proximidad del poder judicial respecto del régimen del dictador (Aguilar, 2011).

Sea como fuere, en tiempos recientes tuvo lugar un intento de reabrir el debate por la vía judicial. En efecto, la decisión del Juez Garzón de declararse competente para investigar los crímenes cometidos durante la primera etapa del franquismo fue acogida con reacciones mixtas por la comunidad jurídica (Juzgado Central de Instrucción nº 5, 2008). Desde la óptica de nuestro análisis, resulta interesante apreciar cómo muchos de los argumentos utilizados por aquel se inspiran, directa o indirectamente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Tal es el caso, en particular, de la consideración de que los crímenes de desapariciones forzadas no pueden prescribir, o de que las leyes de amnistía son nulas *ab initio* y carecen de efectos jurídicos.

Con independencia del acierto de dichos argumentos, así como del conjunto de desarrollos subsiguientes que condujeron a la inhabilitación del Instructor – cuestiones ambas sobre la que no nos pronunciaremos aquí-, lo cierto es que la actuación del Juez Garzón dio lugar a la primera decisión de un Alto tribunal español de verdadera relevancia transicional. Lo paradójico del caso es que dicha decisión, adoptada el 27 de febrero de 2012 por el Tribunal Supremo, tuviera lugar en un proceso por prevaricación abierto contra el propio Juez instructor.

La sentencia del Tribunal Supremo remarca el valor de la transición española como hito histórico para la superación de un pasado de confrontación. Reconoce sin ambages que la decisión de no hacer justicia fue el resultado de una opción libre y democrática, seguida en 1977 por un pueblo que se encontraba decidido a enterrar las heridas del pasado. En consecuencia, afirma el Tribunal que no le corresponde a ningún órgano judicial sustituirse a esta decisión (Tribunal Supremo, 2012: FJ 3). Y aunque el Alto Tribunal toma nota de no pocos de los desarrollos jurídico-internacionales en la materia, la sentencia niega, por un lado, que una norma consuetudinaria pueda originar tipos penales directamente aplicables en el ordenamiento español, y por otro, que los jueces tengan la competencia para declarar nula una norma interna adoptada democráticamente.

Algunas de las reflexiones expuestas por el Alto Tribunal español evocan las palabras de historiadores como Santos Juliá, para quien “las guerras civiles sólo pueden terminar en una amnistía general, una conclusión a la que llegaron muy pronto quienes, entre los derrotados como entre los vencedores, pretendieron desde los años cuarenta encontrar, echando al olvido el pasado porque tenían de él una memoria muy viva, un camino hacia la democracia y se sentaron a negociar en torno a la misma mesa” (Juliá, 2006: 19). Empero, ciertos argumentos jurídicos relacionados con el Derecho internacional son ciertamente de dudosa credibilidad (Chinchón, 2012; Garrido Muñoz, 2013). En especial, respecto del crimen de desaparición forzada, la cuestionable consideración de que “la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica (...)” (Tribunal Supremo, 2012: FJ 3) desconoce que fue precisamente este tipo de argumentación lo que abrió la vía a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, y en el plano universal, a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006.

3.2. Las amnistías ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aunque han sido varios los intentos de llevar el caso español ante Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las demandas han sido siempre rechazadas con base a criterios de competencia o de admisibilidad de las mismas. Por ejemplo, en

Gutiérrez Dorado y otro vs. España, el Tribunal consideró que no existía vínculo de conexión relevante entre la entrada en vigor del Convenio Europeo para España y la invocada violación de los derechos del Convenio (*Gutiérrez Dorado y otro vs. España*, 2012: 35-36). Así pues, durante un largo período de tiempo, el Tribunal no se pronunció con total claridad sobre la legalidad de las leyes de amnistía desde la óptica del Convenio Europeo de Derechos Humanos o del derecho consuetudinario.

No será hasta una sentencia de 2014, relativa a las Guerras de los Balcanes, *Marguš c. Croacia*, que el Tribunal de Estrasburgo adoptará una postura más articulada sobre las mismas. En síntesis, la decisión de la Gran Sala “frena” (o “desacelera”) en cierta medida la vis expansiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al afirmar que la ilegalidad de las leyes de amnistía en Derecho internacional es una “tendencia”, en lo que a nuestro entender apunta a la formación de una norma consuetudinaria que no ha cristalizado totalmente. Siguiendo una cuidada fórmula, el Tribunal no descarta que las amnistías puedan ser posibles si, de manera paralela a las mismas, se abren procesos de reconciliación y de compensación a las víctimas; aunque tampoco parece pronunciarse definitivamente sobre ello (*Marguš vs. Croacia*, 2014: paras. 139-141).

La sentencia puede resultar decepcionante para aquellos que esperaban un reconocimiento sin ambages del carácter consuetudinario de la prohibición de las amnistías en Derecho internacional. Ahora bien, leyendo entre líneas, el Tribunal sí parece restringir su ámbito de aplicación más allá de las circunstancias indicadas. En otras palabras, lo que *Marguš vs. Croacia* viene a afirmar, de manera indirecta pero a mi juicio inequívoca, es que las llamadas “auto-amnistías” (es decir, aquellas adoptadas sin refrendo democrático por un régimen dictatorial, o que no apliquen mecanismos de reconciliación y de compensación) no pueden tener lugar ni en el derecho consuetudinario ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de una postura que, aunque sea de difícil concreción (¿quién y cómo define lo que es un mecanismo de reconciliación?), refleja a mi juicio el estado actual del derecho internacional consuetudinario en la materia.

4. Conclusión

Hace años afirmó Carlos Nino que era un deber de todo juez dejar sin aplicación una ley, si con ello favorecía a los antiguos miembros de Juntas militares y se desviaba de los principios más elementales de justicia (Nino, 1985: 103). En este sentido, numerosos órganos internacionales, regionales y nacionales han venido acogiendo la tesis de que las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos son contrarias al Derecho internacional. Por el contrario, otros órganos judiciales nacionales, como el Tribunal Supremo español, se han apoyado en las categorías del Derecho penal interno para evitar que una ley de amnistía refrendada democráticamente por el pueblo español deje de producir efectos. A nivel universal, además, ciertos órganos como el Comité de Derechos Humanos no han establecido de manera inequívoca una prohibición *absoluta* (Seibert-Fohr, 2010)

Por su parte, la importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Marguš vs. Croacia* no niega que las amnistías, si son adoptadas bajo ciertas condiciones democráticas, puedan favorecer que una sociedad generalice los relatos sobre el pasado, supere la confrontación y avance hacia el futuro. Quizás esta conclusión se explique por las circunstancias concretas del asunto, dado que este traía su origen en la demanda de un particular contra una decisión de reabrir un proceso penal terminado a causa de una ley de amnistía, al entender que el demandado violaba el *ne bis in idem* (es decir, que no era necesario zanjar *in casum* el debate sobre la legalidad de las leyes de amnistía: bastaba con sostener su



existencia). Pero el caso es que el Tribunal Europeo, al no aprovechar la oportunidad, ha dejado abierto un debate en el que no pocos sostienen que, en ciertas circunstancias, las leyes de amnistía pueden contribuir a la consolidación de la paz (Mallinder, 2008; Mégrét y Calderón Saucier, 2015; Freeman, 2009).

Así pues, de manera análoga a lo que sucede en las sociedades post-conflicto, existen en la actualidad en Derecho internacional dos relatos diferentes sobre la legalidad de las leyes de amnistía respecto de la comisión de violaciones graves de derechos humanos. Si bien todavía quedan importantes detalles jurídicos que deben ser pulidos por tribunales internacionales con competencia para ello (por ejemplo, si argumentos similares respecto del carácter beneficioso de ciertas amnistías pueden jugar un papel relevante para el Tribunal Penal Internacional), de momento el terreno sigue abonado para la defensa de uno u otro discurso, tanto en el ámbito académico como en el judicial.

Bibliografía

1. *Jurisprudencia, documentos e informes*

- AUDIENCIA NACIONAL (2005), *sentencia Núm. 16/2005*, 19 de abril de 2005.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1992), *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Observación General N° 20, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988), *Caso Velásques Rodríguez Vs. Honduras*, sentencia de 29 de Julio de 1988 (fondo). Serie C n° 4.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (fondo). Serie C n° 75.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso de La Cantuta Vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas). Serie C n° 162.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones). Serie C n° 219.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso Gelmán Vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones). Serie C n° 221.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA (2007), *Mazzeo, Julio Lilo y otros*. Recurso de casación e inconstitucionalidad, M. 2333 XLII y otros, 13 de Julio de 2007
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE (2004), *Miguel Ángel Sandoval, Rol. N° 517-2004 Caso 2477*, 17 de noviembre de 2004.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (2010), *Caso de la masacre de Segovia*, Acta número 156, 13 de mayo de 2010.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (2014), *Caso N° 665-2010*, 5 de febrero de 2014.
- JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 5 (2008), *Auto, 16 de octubre de 2008*, D.P. 399/2006 V.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY (2009), *Caso de Nibia Sabalsaragay Curutchet*, sentencia n° 365, 19 de octubre de 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2005), *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso extraordinario, Expediente No. 4587-2004-AA/TC, 29 de noviembre de 2005.

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Gutiérrez Dorado y otro Vs. España*, nº 30141/09, 27 de marzo de 2012.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2014), *Marguš Vs. Croacia*, nº 4455/10, 27 de mayo de 2014.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (1998), *El Fiscal vs. Ante Furundžija*, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2012), *Sentencia nº 101/2012*, Sala de lo Penal, de 27 de febrero de 2012.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- AGUILAR, P. (2011), "Authoritarian Repression, Judicial System and Transitional Justice: The Spanish Case in Comparative Perspective", Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales Working Paper 2011/263, 20 pp., disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://digital.march.es/ceacs-ir/en/fedora/repository/ir:4084> (fecha de consulta: 16 de julio de 2015)
- BURGORGUE-LARSEN, "Le bannissement de l'impunité: décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine", *Révue Trimestrielle des Droits de l'homme*, 89/2012, pp. 3-42
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2005), "International Law for Humankind: Towards a new ius gentium. General Course on Public International Law (I) and (II)", *RCADI*, vols. 316-317, pp. 9 y ss.
- CHINCHÓN, J. (2012), *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 67, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao.
- FREEMAN, M. (2009), *Necessary evils: amnesties and the search for justice*, Cambridge University Press, New York.
- GARRIDO MUÑOZ (2013), "Non dédoublement fonctionnel? Eluding Avant-Garde International Human Rights Law in Spain: Strategies and Judicial Parallelisms", *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 23, pp. 153-202
- GARRIDO MUÑOZ, A. (2016), "El vanguardismo universalista en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Expansión y contracción del derecho de acceso a la justicia". En SANTOLALLA, P. (Dir.), *La América de los Derechos*, pendiente de publicación
- JULIÁ, S. (2006), "Bajo el imperio de la memoria", *Revista de Occidente*, Nº 302-303, pp. 1-19
- MALLINDER, L. (2008), *Amnesty human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*, Hart, Oxford.
- MÉGRET, F.; CALDERÓN SAUCIER, J.-P. (2015): "The Move Towards a Victim Centred Concept of Criminal Law and the 'Criminalization' of Inter-American Human Rights Law. A Case of Human Rights Law Devouring Itself?", pendiente de publicación, pp. 419-441.
- MERON, T. (2003), "International law in the age of human rights. General course of public international law", *RCADI*, vol. 301, pp. 9 y ss.
- NINO, C. (1985), *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea
- SEIBERT-FOHR, A. (2010), "Amnesties", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 10 pp., disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (fecha de consulta: 16 de julio de 2015).



Control de convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos)

Natalia Torres Zúñiga

*Adjunta de docencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional peruano
n.torreszuniga@gmail.com*

Resumen

El presente artículo da cuenta del origen del concepto de control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también de sus características y elementos como el parámetro o canon interamericano y el objeto de control del examen de convencionalidad. Asimismo, se hace referencia a los sujetos que se encuentran obligados a realizar este examen y a las implicancias de su aplicación en los ordenamientos jurídicos nacionales, principalmente, desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave

Convencionalidad, canon interamericano, objeto controlado, subsidiariedad, deber complementario, juez interamericano

Conventionality control

Abstract

This article describes the origin of the concept of conventionality control in the Inter-American System of Human Rights. It also inquires about the features and elements of the conventionality control, as the Inter-American canon and the scope of the conventionality control. The paper also refers to the institutions obliged to apply the test and the implications of its implementation in the national legal systems from the viewpoint of the Interamerican Court of Human Rights.

Keywords

Conventionality control, Inter-American standard, controlled object, subsidiarity, Inter-American judge, complementary duty

1. Concepto y fundamento normativo

El examen de convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en contrastar las normas de derecho interno a la luz de los tratados de derecho internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), para determinar si ellas son o no conformes con los estándares de protección de los derechos humanos del SIDH. El control de convencionalidad se deriva del artículo 2 de la CADH que hace referencia al principio general del derecho relativo al deber de adecuación del derecho interno a las obligaciones de derecho internacional asumidas por el Estado¹. La Corte IDH ha señalado que del mencionado artículo se derivan obligaciones como la de suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; así como el deber de expedir normas y el de desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999: parr. 207).

En esa lógica, el Estado debe garantizar que la creación y aplicación de las normas nacionales sean conformes con los estándares del SIDH. En caso contrario, deberá adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras que sean eficaces para garantizar la protección contra dicha violación. En un sentido amplio, el control de convencionalidad, como concepto, engloba cada una de las reglas relativas al deber de adecuación del derecho interno.

2. Sujetos obligados

En principio, el control de convencionalidad se definió como un deber complementario que atañe a los jueces nacionales y a la propia Corte IDH, aunque también deben realizarlo órganos del Estado como el Poder Legislativo. Más allá de estas consideraciones, el control de convencionalidad es una función compartida que se sustenta en el principio de subsidiariedad. Este último es el fundamento de un sistema de tutela de los derechos fundamentales de estructura compleja, de diversos niveles (Carozza, 2003: 67), que reconoce competencia tanto a las autoridades y poderes del derecho interno como las del ámbito internacional en la defensa y garantía de aquellos. De acuerdo con esta perspectiva, son los Estados los que tienen la función primaria de cumplir con las obligaciones internacionales que han asumido, pues se presume que aquellos son los que brindan la tutela adecuada a los derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte IDH también tiene competencia para protegerlos cuando el Estado no ha realizado tal labor, ya sea por acciones u omisiones que son contrarias a los estándares de la CADH.

2.1. La Corte IDH

La Corte IDH ejerce el control de convencionalidad a través de su competencia contenciosa. De hecho, esta función se deriva del artículo 62.3 de la CADH que establece que la Corte IDH tiene competencia respecto de todo lo relacionado con la aplicación e interpretación de la CADH. Si bien, en este tratado no existe una mención expresa al control de convencionalidad, en la práctica se trata de una competencia implícita que la Corte IDH ha delimitado a la luz del principio *kompetenz-kompetenz*.

¹ Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

El examen que realiza la Corte tiene lugar a partir del examen de casos en los cuales hay una presunta víctima determinada o determinable²; en ese sentido, no se trata de un control normativo de orden abstracto, sino más bien de orden incidental. No obstante, habría que analizar si es que el examen de convencionalidad también tiene lugar en el marco de la función consultiva de la Corte IDH, toda vez que el artículo 64.2 de la CADH le habilita a absolver consultas relativas a la conformidad de las leyes nacionales con los estándares del SIDH, este sería un caso de control abstracto de convencionalidad (Torres, 2013: 253).

Asimismo, se debe señalar que la Corte IDH solo realizará el examen de convencionalidad cuando el Estado no lo haya llevado a cabo o lo haya aplicado de forma deficiente. En efecto, la Corte ha reiterado el carácter subsidiario de su intervención en un examen de convencionalidad (Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, 2012: parr. 142), con el objeto de determinar si se violaron los instrumentos interamericanos sobre los que ejerce competencia contenciosa (Caso Cabrera, García y Montiel Flores vs. México, 2010: parr. 220-225).

2.2. Los jueces nacionales

En una primera etapa la Corte IDH ha definido al control de convencionalidad como un deber complementario que corresponde a los jueces nacionales (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006: parr.124). Así, la mención a la expresión *control de convencionalidad* se realizó por primera vez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006). Luego, este concepto también se ha desarrollado en casos posteriores como los de *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, *Vargas Areco vs. Venezuela*, *La Cantuta vs. Perú*, *Helidoro Portugal vs. Panamá*, respectivamente.

En un segundo momento, la Corte IDH ha especificado que este tipo de control no solo lo realiza el Poder Judicial, sino los órganos que imparten justicia en todos los niveles. En ese sentido, en el caso *Cabrera, García y Montiel Flores vs. México* (2010: parr. 220-225), se ha señalado que tanto las Cortes Supremas, los jueces de todos los niveles, como los Tribunales Constitucionales -que funcionan con una estructura autónoma a la del Poder Judicial- tienen la obligación de llevar a cabo este tipo de examen. De hecho, en el caso antes mencionado la Corte IDH hizo referencia a la jurisprudencia de los Tribunales o Cortes Constitucionales de Costa Rica, Colombia, Perú, Argentina, Bolivia y República Dominicana que han aplicado el control de convencionalidad en su práctica jurisdiccional (parr. 232-236).

Ahora bien, en la medida que el control de convencionalidad deben realizarlo todos los jueces, el examen normativo que lleven a cabo, puede concretarse a través de procesos de control abstracto o de control concreto e incidental. Es decir, ello dependerá de la competencia que cada juez u órgano jurisdiccional ostente al momento de emplear el canon de control, así como del rango normativo que se otorgue a los tratados. En todo caso, no debe perderse de vista que de acuerdo con la Corte IDH, además del control de constitucionalidad, los jueces deben aplicar el control de convencionalidad (Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 2006: parr. 128), ya que todo el Ordenamiento Jurídico debiera adecuarse a los estándares del SIDH.

²Artículo 44 de la CADH. Artículo 28 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.3. Otros Poderes del Estado

La Corte IDH también ha señalado que todas las autoridades tienen el deber de aplicar el control de convencionalidad. Así, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* (2013: parr. 65) la Corte IDH ha señalado que este tipo de examen debe realizarlo toda autoridad pública, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y no solo el Poder Judicial. Por ello, en todas las instancias democráticas en las que se toman decisiones por mayoría, debería primar el control de convencionalidad (Caso *Gelman vs. Uruguay*, 2011: parr. 239), ya que aquellas pueden afectar a las minorías o los contenidos mínimos de un derecho. Así, aun cuando exista un criterio mayoritario o que se deriva de la soberanía popular, incluso en esos supuestos, es exigible un control de convencionalidad. Esta postura ha sido ratificada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 21/14 (2014: parr. 31) en la que ha señalado que tanto el Poder Judicial como el Poder legislativo deben llevar a cabo este control, pues la violación de un derecho por alguno de estos órganos del Estado genera responsabilidad internacional.

Ahora bien, debe señalarse que este es un tema de incorporación reciente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Al ampliar al grupo de órganos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad, en realidad la Corte invita a analizar los alcances de su definición. En todo caso, debe entenderse que el control de convencionalidad, en la práctica, se articula o engloba a las diversas formas de adecuar el derecho interno a los estándares del SIDH y, finalmente, se relaciona directamente con el deber general de garantía (artículo 1 de la CADH) que involucra velar por la plena eficacia de los derechos humanos; de ese modo es exigible no solo a los jueces sino también a los legisladores.

3. Características y elementos del control de convencionalidad

La Corte IDH ha señalado que el control de convencionalidad es *ex officio*. A su vez, el examen de convencionalidad tiene dos elementos clave: un parámetro de control y un objeto controlado.

3.1. Control *ex officio*

En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte IDH ha establecido que este tipo de control es *ex-officio*, es decir, que se activa sin que sea necesario que una de las partes del proceso solicite su aplicación (2006: parr. 128), ya sea que el órgano encargado de resolver un caso sea una autoridad nacional (p.e. un juez) o la propia Corte IDH.

3.2. Elementos del control de convencionalidad

3.2.1. Parámetro de control o canon interamericano

En principio, en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH se ha referido a la CADH como el parámetro para analizar la convencionalidad de las leyes nacionales, sin embargo, el canon de convencionalidad también está conformado por tratados como el Protocolo de San Salvador –aun cuando la Corte IDH solo pueda analizar los artículos 8 y 13 en la vía contenciosa–; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entre otros instrumentos del SIDH. De hecho, la Corte IDH no se ha referido expresamente a estos tratados como parte del

parámetro de control o del canon interamericano, sin embargo, en la práctica los ha empleado para analizar las falencias del sistema de fuentes de los Estados parte del SIDH. Así, por ejemplo, se puede mencionar el caso *Rosendo Cantú vs. México* en el que la Corte IDH controló la falta de tipificación del delito de tortura en el Estado de Guerrero, a partir de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura.

Por otro lado, los fallos de la Corte IDH y las Opiniones que ella emite en ejercicio de su función consultiva forman parte del canon de convencionalidad, en la medida que la interpretación que realiza este órgano jurisdiccional respecto de los derechos protegidos en el SIDH dota de contenido a los mismos. De hecho, la Corte IDH ha asumido esta posición, ya que en diversa jurisprudencia ha señalado que los jueces también se encuentran vinculados por la interpretación que la Corte IDH ha realizado, pues ésta es la última intérprete de la CADH (Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, 2010: parr. 176).

Ahora bien, la interpretación que realiza la Corte IDH y los estándares que fija, gozan de efectos generales que involucran no solo a los Estados condenados sino a los Estados que forman parte del SIDH (cosa interpretada). Sin embargo, ello no supone que los Estados deban adoptar las mismas normas con idéntico contenido. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que los estándares que establece la Corte IDH no son de uniformidad, sino de conformidad (Queralt, 2008: 107)³, en el sentido de que se trata de contenidos mínimos. En consecuencia, se admite que los Estados tengan un margen de deferencia para el tratamiento de los derechos reconocidos en la CADH, aunque el límite será la no transgresión de aquellos contenidos esenciales que ha esbozado la Corte IDH.

3.3.2. Objeto controlado

En el examen de convencionalidad el objeto de control es una norma nacional. Así, la Corte IDH ha controlado normas de rango legal como en el caso de las leyes de autoamnistía (*Barrios Altos*). Igualmente, también pueden ser objeto de control las normas de rango constitucional, como ocurrió en el caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, en el cual se resolvió que el artículo 19.12 de la Constitución (que establecía la censura previa de las obras cinematográficas) afectaba el derecho a libertad de expresión.

Asimismo, también se puede hacer referencia al control sobre omisiones legislativas. Así, el control respecto de la falta de tipificación de los delitos de desaparición en los ordenamientos es un ejemplo de ello (véase casos *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, entre otros). Otro caso, es el control sobre la ausencia de recursos que permitan la tutela efectiva de los derechos, como el que se realizó en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en este caso se analizó si el Estado había vulnerado la CADH, en la medida que el Estado de Nicaragua no contaba con un recurso efectivo que permitiera recurrir las decisiones de su órgano electoral, aunque afectasen los derechos de participación política de los candidatos a un proceso electoral, en especial los derechos de los miembros de una minoría indígena.

³ Aunque Queralt ha desarrollado el concepto de “conformidad” en relación con el Sistema Europeo de Derechos Humanos, las características de este también se trasladan al ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En efecto, los sistemas de protección de los derechos humanos tienen como principal característica su rol subsidiario; en dicho contexto, los tribunales internacionales y nacionales no se relacionan bajo reglas de jerarquía o de supremacía de los primeros sobre los segundos, sino sobre la base de las reglas de la horizontalidad y el diálogo. En tal sentido, en el SIDH no es posible apelar a los criterios de uniformidad por sobre los de conformidad, ya que ello sería contrario a su propia naturaleza.

Las interpretaciones que los tribunales realizan también son objeto de control de convencionalidad. En concreto, se debe determinar si estas son conformes con los estándares previstos por la Corte IDH. Así, se puede mencionar el caso *Boyce* en el que la Corte IDH declaró la inconvencionalidad de la interpretación que el Comité Judicial del Consejo Privado de Barbados había realizado del artículo 26 de la Constitución. Este dispositivo impedía que los condenados a pena de muerte “obligatoria”⁴ accedieran a un recurso efectivo para evitar que tal condena se les aplicase efectivamente. La Corte IDH constató que la interpretación de dicho dispositivo se realizó sobre la base de argumentos de índole constitucional, pero no de los estándares de convencionalidad; en razón de ello, se declaró dicha interpretación como inconvencional (Caso *Boyce* y otros vs. Barbados, 2007, parr. 77).

4. Consecuencias de la inconvencionalidad de las leyes nacionales

4.1. Efectos del control que realiza la Corte IDH

De acuerdo con la práctica de la Corte IDH, cuando una norma ha sido declarada contraria a la CADH u otro tratado de derechos humanos, el tribunal interamericano ordena al Estado condenado la adecuación del derecho a los estándares del SIDH. Esta adecuación, generalmente, involucra la modificación de la norma inconvencional. Así, en el caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile* la Corte IDH ordenó la reforma constitucional del artículo 19.12 de la Constitución chilena que establecía la censura previa para las obras cinematográficas. Igualmente, la reparación podría involucrar que la Corte solicite la reinterpretación de los dispositivos, tal como ocurrió en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, a propósito de la necesidad de interpretar el artículo 13 de la Constitución mexicana (relativo a la jurisdicción militar) tomando en cuenta los estándares del SIDH sobre dicha temática.

Conviene señalar que la Corte IDH no puede anular normas nacionales contrarias a la CADH, en la medida que esta es una función que le corresponde a los propios Estados. No debe perderse de vista, que el ejercicio de control normativo que ésta realiza se lleva a cabo sobre la base del principio de primacía del derecho internacional, no de jerarquía. En ese sentido, aunque la Corte IDH declare que una norma carece de efectos jurídicos, como ocurrió en el caso *Barrios Altos vs. Perú* - en el que se pronunció sobre la nulidad de las leyes de autoamnistía- (2001: parr. 44), es el ordenamiento nacional el que debe reparar la afectación en el ordenamiento jurídico.

4.2. Efectos del control que realizan los órganos nacionales

En el caso del control de convencionalidad que realizan los jueces nacionales, la determinación de los alcances de sus fallos dependerá de la competencia que estos tengan y del rango que se les asigne a los tratados de derechos humanos. En efecto, habrá ordenamientos en los que el control de convencionalidad se asimile al control de constitucionalidad porque la Constitución del Estado y la práctica de los jueces lo prevén así, de ese modo, su efectos serán análogos a los que se derivan del control de constitucionalidad⁵; ordenamientos en

⁴ Es aquella que involucra la imposición de la pena de muerte por la comisión de un delito sin que la ley permita que se evalúen criterios como el de circunstancias atenuantes; no permite que el juez determine distintos grados de culpabilidad del delincuente.

⁵ Este es el caso del ordenamiento peruano, en el cual los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. Por ello, los efectos de una declaratoria de inconvencionalidad de una norma suponen



los que los tratados tendrán rango legal o suprallegal, de modo que el control de convencionalidad y sus efectos deberán adecuarse a las reglas previstas para tal tipo de normas; u otros en los que el control de convencionalidad se defina más bien como un método paralelo, ya que se considera como una técnica distinta a la del control de constitucionalidad y/o de legalidad (Carnota, 2011: 64). En todo caso, este es un asunto que requiere de un estudio específico para cada ordenamiento.

Lo que es innegable es que en América Latina, existen ejemplos en los que el canon interamericano ha sido el fundamento utilizado por los jueces para reinterpretar normas constitucionales, inaplicar normas nacionales a casos en concreto o expulsar disposiciones normativas del ordenamiento en el marco de un proceso de control abstracto (Landa, 2014); así como para establecer reglas de aplicación del control de convencionalidad y de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH⁶.

5. Impacto del control de convencionalidad

El control de convencionalidad ha generado una serie de consecuencias en la forma en como se concibe la relación entre ordenamientos jurídicos nacionales y la Corte Interamericana. Este concepto refleja la complementariedad que existe entre el derecho interno y el derecho internacional, en un contexto en el que el modelo de Estado Constitucional se caracteriza por su apertura hacia las fuentes de derecho externas, dada la relativización de su soberanía.

La aplicación del control de convencionalidad debe comprenderse desde la noción del modelo de pluralismo constitucional, la cual descarta la aplicación de teorías monistas o dualistas, que brindan primacía predeterminada al derecho internacional o al derecho interno. En todo caso, la aplicación del control de convencionalidad por todos los jueces involucra que este sea un examen descentralizado, y que existe una multiplicidad de intérpretes interamericanos (jueces interamericanos) decidiendo el contenido de la Convención Americana (Dulitsky, 2012: 552). Así, la Corte asume el rol de último intérprete del SIDH, para fijar los estándares mínimos de tutela y contenido. Ahora bien, el hecho de que la Corte lleve a cabo este tipo de control ha generado interrogantes relativas a si ella ha asumido un rol de Tribunal supraconstitucional (Urueña, 2013: 5 y 25). Al respecto, es necesario mencionar que los exámenes que la Corte IDH realiza se practican a la luz del principio de primacía del derecho internacional, que es distinto al principio de jerarquía, pero también bajo la lógica del principio de subsidiariedad, razón por la cual no se define como un tribunal de cuarta instancia.

En todo caso, el concepto de control de convencionalidad plantea una serie de retos para el propio SIDH, ya que en este espacio empieza a discutirse si es posible aplicar el concepto de margen de apreciación o de deferencia a favor de los Estados. Este contribuiría a legitimar la labor de control que la Corte IDH realiza, así como a fortalecer la autoridad de los jueces y los órganos que crean y aplican el examen de convencionalidad en cada uno de los Estados democráticos a los que pertenecen.

que esta sea expulsada del ordenamiento, cuando el examen se realiza en un proceso de control abstracto, o inaplicada a un caso en concreto (control difuso).

⁶ Ver diversas tesis de la Suprema Corte de Justicia de México. Tesis P. LXVII/2011, entre otras.

Bibliografía

1. Jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005, Serie C No. 123, Corte IDH, 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006, Serie C, número 154, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *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 No. 158, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *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 No. 219, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, Corte IDH, San José.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- BAZÁN, V., 2011, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, pp. 63-104.
- CARNOTA, W, (2011), "La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, pp. 51-66.
- FERRER, E., (2010), "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional". En: FIX-ZAMUDIO, H., VALADÉS, D. (coord.), *Formación y*

- perspectiva del Estado Mexicano*, México D.F., El Colegio Nacional-UNAM, pp. 151-188.
- DULITSKY, A., (2014), "El Impacto del Control de Convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?". En: RIVERA, J., *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 533-569.
- LANDA, C., (2014), "El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia". En: AAVV. *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y desconroles*, Lima, Asdrus, pp. 219-254.
- QUERALT, A., (2008), *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- TORRES, N., (2013), *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Editorial Académica Española, Saarbrücken.
- URUEÑA, R., (2013), "Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina", *Revista Derecho del Estado*, 30, pp. 301-328.



Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

José María Sauca

Universidad Carlos III de Madrid

josemaria.sauca@uc3m.es

Isabel Wences

Universidad Carlos III de Madrid

misabel.wences@uc3m.es

Resumen

El reconocimiento de los derechos colectivos sigue constituyendo un tema objeto de debate teórico que se ha trasladado a su eventual reconocimiento por parte del Derecho internacional de los Derechos Humanos. En este proceso, la doctrina establecida por la Corte IDH puede recibir una lectura pionera en favor de su reconocimiento. El ámbito donde se ha gestado esta lectura se encuentra básicamente en la evolución de su jurisprudencia sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Palabras clave

Derechos de grupo, pueblos indígenas, propiedad colectiva, representación multicultural, derechos poliétnicos, identidad cultural

Collective Rights

Abstract

The recognition of collective rights is a very controversial theoretical issue that has been moved to a possible acceptance of them by the International Law on human rights. In this process, the doctrine established by the Interamerican Court of Human Rights could be seen as a pioneer in favour of their recognition. The main aspect of this progress for collective rights has been developed in the framework of recognition of indigenous people's rights.

Keywords

Collective rights, indigenous peoples, collective property, multicultural representation, polyethnic rights, cultural Identity

La cuestión de los derechos colectivos se ha configurado como uno de los debates más intensos en la teoría y en la regulación jurídica de los derechos humanos en los últimos años y no parece cercana la generación de un consenso mínimamente amplio respecto de su aceptación por lo que cabe sostener que el debate sigue abierto.

A principios de siglo, Will Kymlicka sostenía “los últimos diez años han conocido un notable incremento del interés de los filósofos políticos por los derechos de los grupos etnoculturales existentes en las democracias occidentales” (Kymlicka, 2003: 29). Creemos que es un diagnóstico acertado. Con anterioridad, y en especial como respuesta a la rehabilitación de una filosofía política vinculada a la idea de los derechos promovida por *A Theory of Justice* de Rawls, se produjo una primera defensa de los derechos colectivos por autores como Van Dyke (1974, 1975, 1977, 1979, 1982), Dinstein (1976, 1990/1), Garet (1983) o, en términos jurídicos Chevette (1972) que acreditan el mérito de haber iniciado el debate. Sin embargo, su estrategia fue característicamente colectivista o comunitarista y recurrían tanto a argumentaciones relativas a componentes ontológicos del tipo de la existencia de entes colectivos como componentes éticos según los cuales esos macrosujetos adquirirían agencia moral plena. Ambas vías generaban problemas graves con las denominadas teorías de la justicia de los derechos (González Amuchastégui, 2004). Por ello, no será hasta entrados los años ochenta que empieza a desarrollarse en este último tipo de teorías una readecuación conceptual que fuera abriendo vías de acogida a la cuestión de los derechos de los colectivos. En este sentido, las aportaciones de teóricos del Derecho como Neil McCormick (1982) o Joseph Raz (1986) o de filósofos como Wayne Sumner (1987) desbrozaron caminos que hoy han devenido clásicos en la materia. Kymlicka es un buen paradigma de este liberalismo culturalista que ha transformado la relación de desconfianza del liberalismo respecto de los derechos de los grupos en posiciones de acogimiento y justificación: “los grupos que exigen derechos de la minorías [dice Kymlicka] insisten en que al menos algunas formas de reconocimiento público y de apoyo para su lengua, sus prácticas y sus identidades no sólo son coherentes con los principios liberal democráticos básicos, incluida la importancia de la autonomía individual, sino que también pueden ser un requisito para satisfacerlos” (Kymlicka, 2003: 34). En esta vía creemos que pueden entenderse los trabajos de Margalit y Raz (1990), Raz (1994, 1998), Tamir (1993), Spinner (1994), Wellman (1995) o Miller (1997 [1995]) por citar los más reconocidos y que se han proyectado significativamente en la denominada escuela canadiense de la diversidad (Sauca, 2014: 61-85).

El desarrollo de esta corriente liberal ha tratado de ofrecer, en su conjunto, una respuesta articulada de los derechos de grupo configurados sobre la base de sus peculiaridades culturales. Las diferencias internas son numerosas y de mayor o menor profundidad, sin embargo, pueden identificarse como una línea teórica que abre espacios de reconocimiento a los derechos de grupo frente, por un lado, a tesis más tradicionales del liberalismo recluidas en la afirmación del carácter unívocamente individual y uniforme de los derechos humanos y, por otro lado, ha confluído sustancialmente con algunas de las posiciones sostenidas por claros defensores de los derechos colectivos entre quienes destacaremos a autores como Carignan (1984), McDonald (1986, 1987a, 1987b, 1989, 1991 y 1992), Sanders (1991), May (1987; 1992) Addis (1992), Johnston (1989), Karmis (1993), Freeman (1995), Jones (1999a, 1999b, 2000) o Copp (2007). En definitiva, se ha producido una parcial convergencia tanto por evolución de la tradición teórica del liberalismo que ha facilitado un reconocimiento de fórmulas de derechos colectivos o de grupo

como en las de impronta comunitarista, colectivista o corporatista que han acentuado las estrategias de su reformulación como teorías de derechos humanos.

En la literatura hispano hablante se ha reproducido esta evolución. En un contexto general en que las tesis críticas a los derechos de grupo son ampliamente mayoritarias (Caracciolo, Eusebio Fernández, Garzón Valdés, Laporta, Peces Barba, Pérez Luño, Ruiz Miguel, Savater; ver por todos Rodríguez Abascal, 2000, 2002 y 2003) se han ido abriendo perspectivas favorables a su fundamentación bien en la vía de concebirlo como derechos de grupo (Torbisco, 2006; Cruz Parceró, 2007) bien directamente como derechos colectivos (Requejo, 1999; López Calera, 1992 y 2000; García Inda, 2001; Gil Domínguez, 2005).

Esta evolución teórica ha ido desarrollándose simultáneamente a la evolución de las regulaciones jurídicas, especialmente en la normativa internacional. Jovanović (2012: 183) recoge acertadamente el espíritu del Derecho de gentes de postguerra en palabras de Inis Claude: “La doctrina de los derechos humanos ha sido promovida como un sustituto del concepto de derechos de las minorías, con la fuerte implicación consistente en que las minorías, cuyos miembros disfrutaban de un equitativo tratamiento individual, no pueden legítimamente demandar atención para el mantenimiento de su particularidad étnica” (1955: 21). Es cierto que se reconoció el derecho a la autodeterminación de los pueblos (Cassese, 1995) pero en términos muy limitados, coloniales y etnocéntricos. En esta dimensión es donde las características fundamentales del discurso normativo de los derechos humanos han resultado insuficientes. Como señala Clavero “he ahí una historia de la vocación universal hasta hoy fallida de los derechos humanos de las Naciones Unidas, historia todavía en lo sustancial por hacer o incluso, previamente, por identificarse. No es sólo un capítulo de la historia de los derechos humanos sino su núcleo” (2014: 232).

El avance fundamental que se ha ido produciendo en materia de derechos colectivos por parte del Derecho internacional ha operado en el reconocimiento de los derechos de las minorías. Un lugar común en la caracterización de estos derechos suele comprender, siguiendo a Kymlicka (1996: 61), tres tipos diferentes y complementarios: los derechos especiales de representación del grupo minoritario frente al mayoritario, los derechos de autogobierno en el interior de la comunidad y los derechos poliétnicos para la protección de prácticas culturales y religiosas. Este cuadro se planteaba uniformemente para todas las minorías nacionales por oposición a otro tipo de grupos minoritarios que no disponen de una cultura societal y que sólo podían acceder a algunas de sus dimensiones. Estas minorías nacionales

se dividen en naciones subestatales y pueblos indígenas (...). Una vía para distinguir naciones subestatales de pueblos indígenas en el contexto occidental es que los primeros eran contendientes perdedores en el proceso europeo de formación de los estados, mientras que los últimos estuvieron aislados del proceso hasta hace poco tiempo manteniéndose en un tipo de vida premoderno hasta bien entrado el siglo XX. A las naciones subestatales les hubiera gustado formar sus propios estados pero perdieron en la lucha por el poder político mientras que los pueblos indígenas existieron fuera del sistema de estados europeos. Catalanes, vascos, flamencos, escoceses, galeses, corsos, puertorriqueños y *québécois* son naciones subestatales mientras que Sami, Inuit, Maori y los indios americanos son pueblos indígenas (Kymlicka, 2001: 24).

Este planteamiento ha sido objeto de contestación teórica -por todos, Anaya (1996), Stavenhagen (2000) y Mignolo (2003)- pero es especialmente relevante la diferente regulación normativa que han recibido por parte del Derecho Internacional



procediéndose a una especificación de la regulación singular del tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas. En el plano universal, experiencias como el Informe Brundtland de 1987 o la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial de 2001, desde las perspectivas del desarrollo sustentable o de las luchas contra la segregación (Izard, 2014), han ampliado un marco en el que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 se han constituido como cuerpos normativos de relevancia para la protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas. En el plano regional latinoamericano, este panorama se ha visto reforzado por la solicitud de la Asamblea General de la OEA de 1989 a la CIDH para que elaborase un instrumento jurídico relativo a los derechos de las *poblaciones indígenas* que culminó en 1997 con el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas pendiente aún de aprobación definitiva. Por demás, numerosas reformas constitucionales o, simplemente, nuevas constituciones de los estados de Latino América han consolidado en el nivel interno este nuevo panorama.

Toda esta nueva dimensión de instrumentos de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas no prejuzga la aceptación del carácter colectivo de éstos puesto que no son pocos los casos en que explícitamente son caracterizados como derechos individuales de los indígenas (González Brizuela, 2015: 163-164). Sin embargo, supone una base normativa de relevancia indiscutible en favor de dicha conceptualización. En este marco es donde la doctrina de la Corte IDH adquiere especial relevancia puesto que cabe sostener que su jurisprudencia está manteniendo un carácter evolutivo en la que con progresiva claridad se va decantando en favor de una comprensión de los derechos de los pueblos indígenas implícitamente protegidos por el Convenio como derechos colectivos. En esta evolución son especialmente relevantes los casos denominados *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (2000); *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005); *Partido político Yatama Vs. Nicaragua* (2005); *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (2006); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (2010) y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (2012).

Casi todos estos casos versan sobre cuestiones relativas a la propiedad de la tierra por parte de los pueblos indígenas y la explotación de los recursos naturales en ellas contenidos. Sin embargo, sobre la idea de la relevancia de esta dimensión espacial y económica se ha ido desarrollando por parte de la Corte IDH una doctrina más compleja y profunda que atiende a la pluralidad de derechos contemplados en los instrumentos internacionales y constitucionales antes apuntados. La propiedad común de la tierra se ha configurado, con fuerte influencia de la Comisión IDH (por todos CIDH, 2009, párr. 62), como el soporte de la denominada cosmovisión indígena y de los presupuestos de su propia identidad cultural. Estos derechos de identidad conforman los denominados derechos poliétnicos de los pueblos indígenas entre los que se atiende a sus concepciones del mundo, lenguas, educación en la propia cultura, respeto de sus tradiciones, usos, etc. Asimismo, se ha configurado como un soporte de los derechos de autonomía colectiva, autoorganización comunitaria y rehabilitación de la validez de sus sistemas normativos tradicionales en contextos de generalizada aceptación de concepciones pluralistas del fenómeno jurídico y, finalmente, han servido de cauce para su proyección en derechos de representación especial sobre la base de derechos singulares a ser consultados y derechos reforzados de representación política singular. En este último sentido, las sentencias *Sarayaku Vs. Ecuador* y *Yatama Vs. Nicaragua* han reconocido dimensiones especialmente relevantes para la determinación de los singulares derechos políticos de los pueblos indígenas.

En lo que aquí compete, estas sentencias marcan una evolución en la concepción de estos derechos como derechos colectivos. Así, mientras que las primeras parece que siguen un planteamiento consistente en entender que los derechos de los pueblos indígenas son derechos de los individuos que conforman esas comunidades indígenas parece que, progresivamente, se ha ido abriendo paso una interpretación de carácter netamente colectiva de los mismos consistente en sostener que los titulares de los derechos antes citados son este singular tipo de pueblos y en virtud de su adscripción a los colectivos correspondientes, los indígenas individuales pueden acceder al disfrute de los derechos correspondientes y de la satisfacción de los intereses y expectativas por ellos amparadas. Esta evolución no resulta lineal. Algunas interpretaciones han sostenido que desde *Awás Tingni vs. Nicaragua* existe un reconocimiento explícito de la cuestión. Manifiestamente se señala que ella constituye “la primera vez que un tribunal internacional de derechos humanos falla a favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas” (Rodríguez Piñero, 2004: 228) y forja un precedente internacional (Anaya y Grossman, 2003: 11). Sin embargo, no parece tan claro. Es cierto que la Corte IDH percibe la relevancia del factor colectivo, pero no se decanta expresamente por la calificación de los derechos de los indígenas como derechos colectivos. Así, podemos leer en *Awás Tingni Vs. Nicaragua* 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 ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (parr. 149), pero se mantiene una referencia sistemática a los derechos de los indígenas. La progresión en la concepción colectiva de los derechos ha ido avanzando en el *Caso Yakye Axa Vs. Paraguay* en la relación que los indígenas mantienen con la tierra debe 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” (Párr. 131). En el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* los términos relativos a la colectividad parecen más claros (robustos dice Desmet, 2014: 80-81) cuando señala que “la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen *en tanto grupo*, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida” (párr. 175, la cursiva es nuestra).

Sin embargo, esta diletancia de la Corte IDH es la que justifica que diversos magistrados hayan tenido que emitir votos concurrentes con el fondo de las sentencias. En ellos, a diferencia de los textos de las sentencias, se manifiesta explícitamente una opción clara por la interpretación favorable a la comprensión de estos derechos de los pueblos indígenas como derechos colectivos. Destacamos aquí tres de ellos. En primer lugar, el voto razonado concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes quien con ocasión de la sentencia en el *caso Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, señaló que “existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes –individuales y colectivos–, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las persona que forman parte de los grupos étnicos indígenas” (párr. 14). En segundo lugar, el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* quien –en línea con la anterior sentencia– señalaba que los derechos individuales “tienen origen y adquieren presencia y sentido en el marco de los derechos colectivos. Por ello, la protección de aquéllos constituye, lógicamente, una forma de preservar éstos; la inversa también es válida: la tutela de los derechos colectivos, a través de las normas e instrumentos que a ellos se refieren, concurre a la comprensión y repercute en la preservación de los derechos individuales. Así, no existe conflicto alguno, sino complementariedad estricta” (párr. 11). Finalmente, el voto concurrente



del juez Vio Grossi en la sentencia *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* que sostiene que “la obligación de respetar y garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos consagrados por ella [la Convención] incluiría también a las colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, en la medida que a tales entidades se les reconozca al menos algunos de esos derechos, los que, por ende, sus miembros únicamente podrían disfrutar y ejercer por su intermedio y en razón de que forman parte de la misma, lo que, en definitiva implicaría que no serían únicamente de carácter individual” (párr. 16).

Por otra parte, hay casos en los que ha existido una apertura hacia el reconocimiento de derechos colectivos en cuestión litigiosa diferente, o parcialmente diferente, al de la propiedad de las tierras. En *Yatama Vs. Nicaragua*, se discutía si la legislación electoral nicaragüense que exigía articular mediante partidos políticos la participación en procesos electorales y satisfacer unos mínimos de candidaturas violaba la Convención. La representación política de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica del país no satisfacía dichas exigencias. La Corte reconoció que “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. Dichos estándares, (...) pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas” (párr. 207) y aunque “no se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos (...) se reconoce 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 necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales” (párr. 215). En definitiva, como señala Gajardo (2014: 163), se apunta a un derecho de representación política singular en contextos multiculturales que correspondería al grupo en su conjunto.

Finalmente, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* el contexto vuelve a ser el de la propiedad comunal y la explotación de recursos pero, sobre la base explícita de volver a reconocer la vinculación entre estas y la identidad cultural del grupo, trasciende esta cuestión y sostiene que de ella se siguen obligaciones relativas al reconocimiento de derechos especiales de representación. Así, “estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras [recoge el párr. 145 de la sentencia] no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección (...) 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”. A partir de estos tipos de derechos de uso colectivo se sigue, señala la Corte IDH que la Convención impone a los Estados la obligación de adoptar medidas que garanticen a las comunidades indígenas sus derechos, entre ellos el derecho a la consulta. Así, “la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del 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” (párr. 159).

Es en este contexto de reafirmación pluralista y multiculturalista donde la Corte IDH viene a reconocer, en definitiva, esta evolución. De esta manera, acepta que “en anteriores oportunidades, (...) 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 (...) 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 señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva” (párr. 231). Parece que recientes pronunciamientos como con ocasión del *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y Sus miembros Vs. Panamá* de 2014, se refuerza esta línea ya que señala que “este Tribunal recuerda su jurisprudencia que 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” (Párr. 143).

En conclusión, parece que la Corte IDH ha iniciado, de manera definitiva, la senda del reconocimiento dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la existencia de derechos humanos colectivos como compatibles y complementarios de los derechos humanos individuales.

Bibliografía

201

1. Jurisprudencia, documentos e informes

- CIDH (2009), 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.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000), *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), *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 No. 284.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas



- ADDIS, A. (1992), "Individualism, Communitarianism and the Rights of Ethnic Minorities", *Notre Dame Law Review*, vol. 67, nº. 3, pp. 615 - 676.
- ANAYA, J. (1996), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, New York.
- ANAYA, J. y Grossman, C. (2003), "El caso *Awas Tingni v. Nicaragua*: un nuevo hito en el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas". En: GÓMEZ ISA, F. (ed.), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- CARINGAN, L. (1984), "De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec", *Revue Juridique Thémis*, vol. 18, pp. 1- 103.
- CASSESE, A. (1995), *Self-determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CHEVRETTE, F. (1972), "Les concepts de 'droits acquis', de 'droits de groupe' et de 'droits collectifs' dans le droit québécois", *Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et su les droits linguistiques au Québec*, vol. 2, Québec: Éditeur Official, pp. 403-452.
- CLAUDE, I. (1955), *National Minorities: An International Problem*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- CLAVERO, B. (2014), *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid.
- COOP, David (2007), "The Collective Moral Autonomy Thesis", *Journal of Social Philosophy*, 3, 38: 369-388.
- CRUZ PARCERO, J.A. (1998), "Sobre el concepto de derechos colectivos," *Revista Internacional de Filosofía Política*, 12, pp. 95-115.
- CRUZ PARCERO, J.A. (2007), *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid.
- DESMET, E. (2014), *Conservación y pueblos indígenas. Un análisis socio jurídico*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos (núm. 75), Bilbao.
- DINSTEIN, Y. (1976), "Collective Human Rights of Peoples and Minorities", *International and Comparative Law Quarterly*, nº. 25, pp. 102 - 120.
- DINSTEIN, Y. and TABORY, M. (eds.) (1990/1991), "Protection of Minorities and Human Rights", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 20, pp. 9 - 367.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. (2005), *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Eidar, Buenos Aires.
- FREEMAN, M. (1995), "Are there're Collective Human Rights", *Political Studies*, vol. XLIII, pp. 25 - 40.
- GAJARDO FALCÓN, J. (2014), "Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". En: HIERRO, L. *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, pp. 145 - 172.
- GARCÍA INDA, A. (2001), *Materiales para una reflexión sobre los derechos humanos colectivos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid.
- GARET, R. (1983), "Communitarity and Existence: The Rights of Groups", *Southern California Law Review*, vol. 56, nº. 5, pp. 1001-1075.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. (2004), *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ BRIZUELA, F. (2015), "La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: hacia nuevas formas de reconocimiento". En: CAICEDO CAMACHO, N. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *Diversidad cultural e interpretación de los derechos. Estudios de casos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 141-175.

- IZARD MARTÍNEZ, G. (2014), "Autonomía, ciudadanía multicultural y derechos colectivos en la Costa Atlántica de Nicaragua", *Boletín Americanista*, año lxiv. 2, n.º 69, Barcelona, pp. 135-155.
- JONES, P. (1999a), "Group Rights an Group Oppression", *Journal of Political Philosophy*, 4 7, 353-377.
- JONES, P. (1999b), "Human Rights, Groups Rights, and People's Rights", *Human Rights Quarterly*, 1, 21, pp. 80 -107.
- JONES, P. (2000), "Individuals, Communities and Human Rights", *Review of International Studies*, 26, pp. 199-215.
- JOVANOVIĆ, M.A. (2012), *Collective Rights. A Legal Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KARMIS, D. (1993), "Cultures autochtones et libéralisme au Canada. Les vertus médiatrices du communautarisme libéral de Charles Taylor", *Canadian Journal of Political Science*, vol. 26, n.º. 1, pp. 69 - 96.
- KYMLICKA, W. (2003), *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y democracia* (trad. Tomás Fernández y Beatriz Eguibar), Paidós, Barcelona.
- KYMLICKA, W. (1996), *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías* (trad. Carme Castells), Paidós, Barcelona.
- LÓPEZ CALERA, N. (2000), *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona.
- LÓPEZ CALERA, N. (1992), *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Trotta, Madrid.
- MACCORMICK, N. (1982), *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- MARGALIT, A. y RAZ, J. (1990), "National Self-Determination", *Journal of Philosophy*, vol. 87, n.º. 9, pp. 439 – 510.
- MAY, L. (1992), *Sharing Responsibility*, University of Chicago Press, Chicago.
- MAY, L. (1987), *The Morality of Groups: Collective Responsibility, Group-Based Harm and Corporate Rights*, University of Notre Dame, Notre Dame.
- MCDONALD, M. (1987a), "Indian Status: Colonialism or Sexism", *Canadian Community Law Journal*, vol. 9, pp. 23- 48.
- MCDONALD, M. (1987b), "The Personless Paradigm", *University of Toronto Law Journal*, vol. 37, n.º. 1, pp. 212 - 226.
- MCDONALD, M. (1989), "The Forest in the Trees. Collective Rights as Basic Rights". En: LAFRANCE, G. (dir.), *Éthique et droits fondamentaux/ Ethic and Basic Rights*, Ottawa, Les Presses de L'Université d'Ottawa, pp. 230 - 241.
- MCDONALD, M. (1992), "Liberalism, Community and Culture", *University of Toronto Law Journal*, vol. 42, n.º. 2, (winter), pp. 113 - 131.
- MCDONALD, M. (ed.) (1991), "Collective Rights", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 4, n.º. 2 (July), pp. 217- 420.
- MCDONALD, M. (1986), "Collective Rights and Tyranny", *Revue de l'Université d'Ottawa*, vol. 56, n.º. 2, avril-juin, pp. 115-139.
- MIGNOLO, W. (2003), *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Akal, Madrid.
- MILLER, D. (1997), *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Paidós, Barcelona.
- RAZ, J. (1986), *Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford.
- RAZ, J. (1994), "Multiculturalism. A Liberal Perspective", *Dissent*, (winter), pp. 67-79.
- RAZ, J. (1998), "Multiculturalism", *Ratio Juris*, vol. 11, n.º. 3, pp. 193 - 205.
- REQUEJO, F. (1999), "Cultural Pluralism, Nationalism and Federalism: A Revision of Democratic Citizenship in Plurinational States", *European Journal of Political Research*, 35, (2), pp. 255-286.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2000), *Las fronteras del nacionalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.



- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2003), "On the admissibility of group rights", *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 9, n.º 1, , pp. 101-110.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2002), "El debate sobre los derechos de grupo". En: DÍAZ, E. y COLOMER, J.L., *Estado, justicia, derechos*, Barcelona, Alianza, pp. 409 – 434.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L. (2004), "El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales". En: MARIÑO, F. y OLIVA, D. (ed.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson.
- SANDERS, D. (1991), "Collective Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 13, n.º. 3, pp. 368 – 386.
- SAUCA, J.M. (2014), "The Canadian School of Diversity's New Influences on the Theory of Collectie Rights in Spain. A Critical Review of Seymour's Contribution". En: GAGNON, A.G. y SAUCA, J.M. (eds.), *Negotiating Diversity. Identity, Pluralism and Democracy*, Bruxelles, PIE Peter Lange, pp. 61-86.
- SPINNER, J. (1994), *The Boundaries of Citizenship. Race, Ethnicity and Nationality in the Liberal State*, Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- SUMNER, L. W. (1987), *The Moral Foundation of Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- STAVENHAGEN, R. (2000), *Conflictos étnicos y Estado nacional*, Siglo XXI, México, D.F..
- TORBISCO CASALS, N. (2006), *Group Rights as Human Rights. A liberal Approach to Multiculturalism*, Springer, Dordrecht.
- VAN DYKE, V. (1975), "Justice as Fairness for Groups", *American Political Science Review*, n.º. 69, pp. 607-614.
- VAN DYKE, V. (1977), "The Individual, the State and Ethnic Communities", *World Politics*, n.º. 29, pp. 343-369.
- VAN DYKE, V. (1979), "The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory". En: KOMMERS, D. P. y LOESCHER, G. D. (eds.), *Human Rights and American Foreign Policy*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, pp. 36 - 62.
- VAN DYKE, V. (1980), "The Cultural Rights of Peoples", *Universal Human Rights*, Vol. 2, n.º. 2 (Apr. - Jun.) pp. 1- 21.
- VAN DYKE, V. (1982), "Collectives Entities", *Journal of Politics*, n.º. 44, pp. 21-32.
- VAN DYKE, V. (1974), "Human Rights and the Rights of Groups", *American Journal of Political Science*, n.º 18, pp. 725-741.
- WELLMAN, C. (1995), *Real Rights*, Oxford University Press, New York.



Feminicidio (en México)

Macarena Iribarne
University of Wollongong
mgonzale@uow.edu.au

Resumen

El objetivo de esta voz se centra en la recepción del concepto *femicide* –construido por la doctrina angloamericana– en México y su transformación en *feminicidio*. Se analizan también los primeros intentos por tipificarlo como delito en este país, la sentencia que en 2009 dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Mexicano por la responsabilidad que le correspondió en los feminicidios de tres jóvenes en Ciudad Juárez; y por último, a modo de conclusión se señala cual fue el desenlace legislativo de este término.

Palabras clave

Feminicidio, femicidio, impunidad, violencia contra las mujeres, México

Femicide (in Mexico)

Abstract

This article centres its attention in the reception in Mexico of the concept of *femicide* – developed by Anglo-American doctrine– and its transformation into *feminicide*. It also analyses the first efforts to criminalize it and the 2009 sentence of the Inter-American Court of Human Rights against Mexico for its responsibility in the feminicides of three young women in Ciudad Juárez.

Keywords

Feminicide, femicide, impunity, violence against women, México, sexual discrimination

1. Origen de la voz inglesa *femicide* o femicidio

El término feminicidio surgió en México como una adaptación del término inglés *femicide* cuya traducción literal sería femicidio. El término *femicide* o femicidio tiene una larga historia en la tradición inglesa que se remonta a principios del siglo XIX. En 1801 fue utilizado para denominar el “asesinato de una mujer” en *A Satirical View of London at the Commencement of the Nineteenth Century* (Corry). En 1827 William MacNish, el asesino de una joven, tituló sus memorias: *The Confessions of an Unexecuted Femicide* y en 1848 apareció en el *Law Lexico* de Wharton como un delito punible (Russell, 2006: 75 y 76).

En la década de los setenta del siglo XX el término fue recuperado por el movimiento feminista incorporando un nuevo elemento: la misoginia, a la definición decimonónica que lo entendía simplemente como el asesinato de una mujer (Russell, 2006: 75). En 1976 la feminista Diana Russell lo utilizó con este sentido al testificar en el Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres en Bruselas (2006: 75 y 76). No sería hasta finales de la década siguiente cuando el término femicidio adquiriría mayor relevancia teórica en el ámbito feminista, a raíz de lo que se ha conocido como la masacre de Montreal.

2. El suceso detonante de la recuperación contemporánea del término

El 6 de diciembre de 1989 Marc Lépine asalta un aula en la Universidad de Montreal. Ordena a los hombres abandonarla y, al grito de “*Je hais les féministes*” (“Odio a las feministas”), abre fuego exclusivamente sobre las mujeres. Tras matar trece estudiantes y una empleada de la Universidad, dispara sobre sí mismo (Blais, 2014: 14). Algunos días después de este suceso, una macabra inscripción aparece garrapateada en uno de los muros de la Universidad de Ontario Occidental: “*Kill Feminist Bitches*” (“Mata a las brujas feministas”) (Caputi y Russel, 1992: 13).

206

El 24 de noviembre de 1990 el diario canadiense *La Presse* publica la carta de suicidio escrita por Lépine

“Tengan en cuenta”, dice en ella el asesino múltiple, “que si cometo suicidio el día de hoy (...) no es por motivos económicos (...) sino políticos. Porque he decidido enviar a las feministas, que siempre han arruinado mi vida, de vuelta con su Creador (...) las feministas siempre me han enfurecido. Quieren mantener las ventajas que gozan las mujeres (por ejemplo, primas de seguros baratas, permisos por maternidad, etc.) y al mismo tiempo aprovechar las de los hombres” (*La presse*, 24 de noviembre de 1990).

Mélissa Blais considera que el 6 de Diciembre de 1989 es un hecho histórico para el feminismo, porque fue la primera vez que “un asesino misógino y antifeminista claramente expresó los motivos de su acción en contra de las mujeres” (2014: 24). La reacción de las feministas canadienses y en otros países fue centrarse en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres (2014: 34).

En 1992 Diana Russell y Jill Radford publican *Femicide. The politics of woman killing*. Diana Russell afirma que “la explicitud de la misoginia de Marc Lépine, tanto por solo escoger como víctimas a mujeres como por llamarlas ‘malditas feministas’, hicieron que la existencia del fenómeno del femicidio, al menos para algunos, imposible de ignorar. Desde entonces, el uso del término *femicidio* ha ido creciendo” (1992: XV).

Existe un importante desarrollo teórico de este término a partir de esa fecha. El femicidio se considera como el último escalón de la violencia contra las mujeres

(Caputi y Russel, 1992: 15). Sin embargo, en estos escritos pioneros encontramos que el término se extiende a una serie de conductas que difícilmente se pueden calificar como delitos violentos desde una perspectiva penal, y que sin embargo para Russell y Caputi, se consideran como femicidio si la mujer muere, por ejemplo, en el caso de “la maternidad forzada (al criminalizar los anticonceptivos y el aborto)” y el de “la cirugía plástica, y otras mutilaciones en el nombre del embellecimiento” (1992: 15).

Años más tarde, en 2001, la propia Russell volverá a definir al femicidio esta vez en términos más restrictivos, y en mi opinión más susceptibles de una posible tipificación penal, como “el asesinato de mujeres por hombres por ser mujeres” (2006: 76). Russell explica que su definición va “más allá de los asesinatos misóginos, para aplicarlo a *todas las formas de asesinato sexista*. Los asesinatos misóginos se limitan a aquellos motivados por el odio hacia las mujeres, en tanto que los asesinatos sexistas incluyen a los asesinatos realizados por varones motivados por un sentido de tener derecho a ello o superioridad sobre las mujeres, por el placer o deseos sádicos hacia ellas, o por la suposición de propiedad sobre las mujeres” (2006: 77 y 78). No obstante, esta autora sigue considerando como femicidio (lo califica como femicidio encubierto) una serie de prácticas institucionales y sociales que pueden producir la muerte de las mujeres, pero donde resulta muy difícil distinguir al sujeto activo de un tipo de penal (2006: 85).

El libro *Femicide: The politics of women killing*, editado como ya he dicho por Russell y Radford a principios de los años noventa, habría de ser fundamental para la recepción del término femicidio y su implementación legal en varios países latinoamericanos. Marcela Lagarde lo calificó como “emblemático” ya que “encontramos en la teoría expuesta en este libro una visión esclarecedora” (Lagarde, 2006: 11). Antes de hablar de esta recepción y de algunos de los intentos legislativos por crear un tipo penal de femicidio, considero importante exponer algunos de las tipologías doctrinales que se han hecho de éste término.

3. Tipologías de femicidio

Existen diversas tipologías de femicidio y feminicidio. En este apartado solo voy a mencionar dos de ellas. Estas dos tipologías tienen en común que el homicidio de las mujeres se realiza intencionadamente¹. La primera será la tipología creada por Russell cuyo criterio diferenciador será la relación que existe entre la víctima y el asesino. La segunda, desarrollada por la socióloga mexicana Julia Monarrez, distingue entre la relación entre víctima y victimario, las actividades que realiza la víctima, y por último los casos en que el asesinato se dan en un contexto de extrema violencia sexual.

Diana Russell ha distinguido entre cuatro tipos distintos de femicidio, en los que el perpetrador siempre es un hombre, basados en la relación que existe entre la víctima y el asesino:

- Femicidios de pareja íntima: todos los hombres que tengan o hayan tenido una relación de pareja con la víctima.
- Femicidios de familiares: cualquier pariente masculino ya sea consanguíneamente o político.

¹ Quedará por lo tanto excluido el femicidio encubierto, al que ya hice una breve referencia, que se da cuando la muerte se produce por causa “de actitudes o instituciones sociales misóginas”; por ejemplo, abortos clandestinos, falta de atención materno-infantil, cirugías plásticas, esterilizaciones forzadas, etc. (Russell, 2006: 85).

- Otros perpetradores conocidos de femicidio: amigos de la familia o de la víctima, colegas masculinos, figuras masculinas de autoridad, conocidos masculinos, citas masculinas (no sexual).
- Femicidio de extraños: extraños masculinos (2006: 88).

La tipología de femicidio, creada por la académica mexicana Julia Monárrez, distingue entre:

- Femicidio íntimo: a diferencia de la propuesta de Russell en esta categoría entrarían no sólo los supuestos en que un hombre mata a su actual pareja o a su ex pareja sino también los casos en que el asesinato se realiza al interior de las familias, en este sentido lo subdivide en infantil (cuando la víctima es una niña) y familiar (cuando el perpetrador es un pariente). Otra importante diferencia con respecto a Russell es que Monárrez contempla la posibilidad de que el victimario sea una mujer² (2006: 363 ss).
- Femicidio por actividades estigmatizadas: el asesinato de una mujer debido a que se considera que realiza una actividad de “mujer mala” que autoriza a matarla, por ejemplo, sexo servidora, meseras de bares, bailarinas en centros nocturnos, etc. (2006: 372 y ss.).
- Femicidio sexual sistemático: “está presente en los casos en que el o los asesinos son motivados por impulsos sexuales sádicos y la víctima se convierte en un objeto sexual para los victimarios (...) Al mismo tiempo, la tortura y la disposición del cuerpo son parte de una sexualización y erotización del crimen. Estos asesinatos de ninguna manera carecen de motivación, ya que el secuestro, la violación, la tortura, la mutilación y finalmente el exterminio de las víctimas hablan de un ‘asesinato sexual’ contra las mujeres” (2006: 375).

4. La recepción mexicana del *femicidio*, su transformación en *femicidio* y las primeras propuestas legislativas

En la versión mexicana impulsada por la feminista y política Marcela Lagarde el femicidio se convierte en femicidio y en él surge un nuevo actor con un rol protagónico, el Estado:

Identifico algo más que contribuye a que crímenes de este tipo se extiendan en el tiempo: es la inexistencia del Estado de derecho, en el cual se reproducen la violencia sin límite y los asesinatos sin castigo. Por eso, para diferenciar los términos, preferí la voz *femicidio* para denominar así el conjunto de delitos de *lesa humanidad* que contienen los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional. Se trata de una fractura del Estado de derecho que favorece la impunidad. El femicidio es un crimen de Estado. (2006: 20).

² En este punto resulta relevante la categoría creada por investigadoras indias en el cual el perpetrador es una mujer que mata a otra pero “por intereses de hombres”. No es de extrañar que esta categoría haya sido creada en este país, ya que los tres supuestos de femicidio a los que aluden son tristemente comunes en él (aunque no se dan de manera exclusiva ahí): el femicidio cuando se descubre que el futuro bebé será una niña, el infanticidio de niñas recién nacidas (Parrot y Cummings, 2008: 53), y casos en los que la suegra mata a la nuera por insuficiencia del dote (Russel, 2006: 80 y 81). Es importante destacar que aunque muchas veces son mujeres las principales perpetradoras de este tipo de crímenes en ocasiones son auxiliadas por varones o son los propios varones los que los comenten.

En el contexto mexicano la discusión teórica y final implementación legal de este término tuvo como triste telón de fondo la desaparición y asesinato rutinario de cientos de niñas y mujeres por más de una década en la ciudad fronteriza de Ciudad Juárez, Chihuahua (Monárrez, 2006). La tipología de feminicidio sexual sistemático creada por Julia Monárrez responde precisamente a estos hechos. La respuesta de las autoridades ante estos crímenes se caracterizó por culpabilizar a las propias víctimas y/o a sus familias y por una completa impunidad de los culpables. No es de extrañar, por lo tanto, el énfasis que autoras como Lagarde han puesto en el papel del Estado en el feminicidio. La impunidad será pues el elemento diferenciador entre femicidio y feminicidio (Toledo, 2009: 28). “En castellano femicidio es una voz homóloga a homicidio y sólo significa homicidio de mujeres. Por eso, para diferenciarlo, preferí la voz feminicidio y denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad” (Lagarde, 2008: 216).

La inclusión de la impunidad como un elemento del feminicidio ha sido criticada, entre otros, por Diana Russell. Estos son sus argumentos más relevantes

Primero, porque significa que en aquellos casos en que los perpetradores son arrestados y encarcelados, estos crímenes ya no son considerados feminicidios.

Segundo, porque mientras que la impunidad puede ser muy común en muchos otros países, esto no siempre es el caso. Muchos femicidios en Estados Unidos e Inglaterra, por ejemplo, son procesados, y muchos otros son sentenciados y encarcelados. Es preferible definir el femicidio o feminicidio en una forma en que pueda ser usada globalmente (2011).

209

Es importante destacar que México fue el primer país “que se propuso la tipificación del delito de feminicidio” y es también el país con más iniciativas de ley, tanto a nivel federal como estatal (Toledo, 2009: 110). En este artículo me limitaré al análisis de las iniciativas federales y la final tipificación en el Código Penal Federal por cuestiones de espacio.

La primera vez que la ley mexicana definió el feminicidio (o más bien la violencia feminicida) fue en la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (en adelante, LGAMVLV) publicada en el diario oficial el 1 de febrero de 2007:

Artículo 21. Violencia Feminicida: Es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.

En esta definición en mi opinión quedan muy claros algunos de los problemas a que nos podemos enfrentar cuando categorías utilizadas en las ciencias sociales son utilizadas en un contexto jurídico. En este artículo se ve reflejada la idea defendida entre otros autores por Lagarde de que el Estado es responsable del feminicidio, el artículo en mi opinión resulta no obstante poco claro a la hora de definir las conductas que podemos calificar como feminicidio.

En los dos primeros intentos legislativos por crear un tipo penal de feminicidio en México en el ámbito federal encontramos incluso mayores problemas si tomamos en cuenta las exigencias que debido a la gravedad de la pena son impuestas por la teoría del derecho penal. El primer intento data de 2004, fue



presentado por las diputadas Marcela Lagarde y de los Ríos, Eliana García Laguna y Rebeca Godínez Bravo. Este proyecto de ley intentaba crear un título especial en el Código Penal Federal titulado de los Delitos de género. En la definición del delito de feminicidio en este proyecto encontramos una diferencia importante respecto a las definiciones teóricas que hasta ahora he presentado, y es que se consideró como feminicidio hechos que no conllevaban la muerte de la mujer:

Del Delito de Feminicidio Artículo 432.

A quien atente, sin importar la finalidad de la acción, en contra de la vida, la dignidad, la integridad física o mental de mujeres en una determinada comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo estos delitos, se impondrá una pena de veinte a cuarenta años, además de las penas que correspondan por los delitos cometidos.

Para los efectos del presente artículo se considera un atentado en contra la vida, la dignidad, o la integridad física o mental de las mujeres:

- I. Homicidio,
- II. Desaparición forzada,
- III. Secuestro,
- IV. Violación,
- V. Mutilación,
- VI. Lesiones graves,
- VII. Trata de persona,
- VIII. Tráfico de persona,
- IX. Tortura,
- X. Abuso sexual,
- XI. Prostitución forzada,
- XII. Esterilización forzada,
- XIII. Discriminación por orígenes étnicos, raciales, preferencia sexual o por estado de gravidez, y
- XIV. Todas las conductas prohibidas por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección a la mujer.

Las penas señaladas en este artículo se incrementarán hasta en una mitad cuando el o los responsables del delito sean los encargados de establecimientos de salud, educativos, de procuración o administración de justicia o mantengan hacia las víctimas una posición de jerarquía institucional. De igual manera se incrementarán las penas hasta en una mitad cuando las víctimas sean niñas o adolescentes menores de 18 años.

Entre los problemas que esta propuesta presentaba, tal como ha señalado acertadamente Patsilí Toledo, se encuentran en primer lugar que “constituyen *feminicidio* conductas que *no son constitutivas de delito*”, por ejemplo, en el caso de la discriminación lo cual “atenta gravemente contra la coherencia interna de la norma y proporcionalidad de las sanciones”. Otro problema, la fracción XIV porque “constituye un reenvío de compleja sustentación en materia penal, teniendo un importante riesgo de ser considerada una disposición propia de una *ley penal en blanco*, y por tanto, atentatoria contra el principio de legalidad de la ley penal”. Tercero, desde un punto de vista formal, se trata de un delito basado en el de genocidio pero excluye “toda referencia a la intencionalidad de la acción” sumado a que “el otro elemento que contempla la primera parte de este artículo: que el delito se cometa en una *comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran cometido estos delitos* [...] genera un conflicto difícil de resolver si se considera el *dolo* o intencionalidad que debe existir en el autor de todo delito” (2009: 115 y 116). Por último, me gustaría resaltar que esta propuesta no consideraba como delito el

feminicidio íntimo que es uno de los supuestos más comunes de violencia extrema contra las mujeres.

En esta propuesta el elemento de impunidad tan relevante en el ámbito teórico y político de la construcción del feminicidio en México solo aparece en el artículo 434, en el que la conducta punible es la omisión de investigar el feminicidio:

Artículo 434. Se impondrá una sanción de cinco a ocho años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público a la autoridad que, teniendo la obligación de evitar o investigar la comisión del delito de feminicidio o de cualquier otro de los delitos señalados en las fracciones I a XIV, no lo hiciera o incurriera en acciones u omisiones que tengan como consecuencia la perpetuación de las condiciones que faciliten la comisión del delito.

La segunda propuesta federal es de 2006, este proyecto de decreto adoptado por las Comisiones Unidas define el delito de feminicidio en los siguientes términos

Artículo 143-ter. Comete el delito de feminicidio el que con propósito de destruir total o parcialmente a uno o más grupos de mujeres por motivos de su condición de género, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de las mujeres pertenecientes al grupo o grupos.

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de cuatro mil a diez mil pesos.

Para los efectos de este artículo se entiende por condición de género la construcción social que determina comportamientos socioculturales estereotipados, donde las mujeres se encuentran en situación de desventaja, discriminación y alto riesgo, resultado de una relación de poder desigual.

Cuando el delito fuere cometido por un servidor público se aumentará hasta en una mitad.

Entre las impulsoras de esta propuesta se encontraba nuevamente Marcela Lagarde, en ese momento diputada. En este proyecto vuelve a equipararse –incluso de una manera más clara– el feminicidio al genocidio. La propia Lagarde dirá que “El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres” (Lagarde, 2008: 216). La equiparación del feminicidio al genocidio puede generar críticas tanto teóricas como desde una perspectiva práctica en el ámbito penal, no hay que perder de vista que el concepto genocidio refiere a la lógica del derecho penal internacional y en el caso del feminicidio lo que se buscaba tipificar correspondía a las reglas del derecho penal doméstico.

La primera crítica es que en 1987 las teóricas feministas Mary Dale y Jane Caputi ya habían calificado al genocidio de mujeres como *ginocidio* (1992: 77). Mientras que Lagarde reconoce –como ya he mencionado– que se inspiró en el término *femicidio* utilizado por Russell, pero esta última había aclarado que: “El feminicidio está reservado al último acto de sexismo masculino: la destrucción literal de la vida de mujeres y niñas como individuos, no en un nivel institucionalizado [...] A diferencia de los términos genocidio y *ginocidio*, el *feminicidio* no se limita a los esfuerzos intencionales para exterminar a las mujeres como género” (2006: 92). En segundo lugar esta equiparación excluiría buena parte de los distintos tipos de feminicidio expuestos por la doctrina, no sólo por Russell sino también la tipología creada por la mexicana Julia Monárrez, entre ellos, el de pareja íntima que define

uno de los supuestos de muerte de mujeres más común en todo el mundo (ver segundo apartado).

Los principales problemas de este proyecto desde el punto de vista de la práctica penal serían: su carácter limitado ya que sólo “podría tener un efecto en caso de asesinatos seriales”, pero sobre todo porque “incluso en estos casos será difícil acreditar la concurrencia del elemento subjetivo” (Toledo, 2009: 129), es decir, la intención tal como reza esta propuesta “de destruir total o parcialmente a uno o más grupos de mujeres por motivos de su condición de género”.

La tercera propuesta federal para tipificar el feminicidio es de 2008 y fue presentado por la diputada Aída Marina Arvizu Ribas. En este proyecto, a diferencia de la primera propuesta, el tipo penal se limitaba a aquellos supuestos en que se causaba la muerte de la mujer; y a diferencia de la segunda propuesta se eliminó el elemento grupal:

Artículo 323 Bis. Comete el delito de feminicidio, el que priva de la vida a una mujer mediante cualquiera de las conductas o bajo algunas de las circunstancias siguientes:

- I. Se realicen actos de odio o misoginia.
- II. Haya construido una escena delictiva denigrante y humillante contra el pasivo, para su postvictimización.
- III. Infrinja lesiones infamantes y en zonas genitales o en ambas que evidencian un trato degradante y destructivo hacia el cuerpo del pasivo.
- IV. Exista la intención o selección previa de realizar un delito sexual, independientemente de que se cometa o no éste.
- V. Existan con antelación a la comisión del delito, indicios pre constituidos de algún tipo de violencia familiar.
- VI. Cuando la elección del pasivo sea a partir de su preferencia sexual, hacia personas de su mismo sexo.
- VII. Cuando la pasivo sea trabajadora sexual o preste sus servicios en bares o centros nocturnos.

Al que cometa el delito de feminicidio, se le impondrán de 40 a 60 años de prisión; independientemente de las acciones que correspondan por la comisión de otros ilícitos, estas penas podrán ser disminuidas con base en el principio de oportunidad que establece el Código Federal de Procedimientos Penales en vigor.

El proyecto también abarcaba un artículo que definía una sería de categorías utilizadas en la definición que da de feminicidio

Artículo 322 Bis. Para los efectos del feminicidio, se entenderá por:

- I. Misoginia: Toda aversión y rechazo a la mujer, por el simple hecho de serlo, que conlleva discriminación, verbal, física o psicoemocional hacia ésta.
- II. Odio. El sentimiento de destrucción, repulsión, por la condición o situación específica del pasivo.

III. Lesiones infamantes: El daño físico o mutilación corporal cuya visibilidad y exposición pública genera indignación, estupor, repulsión, induzca o produzca al miedo, independientemente de que se presente o no en zonas genitales.

IV. Postvictimización. El diseño de la escena del crimen, que cause asombro, indignación, e impacto psicoemocional a través de degradar el cuerpo del pasivo. Incluyendo el arrojado del cuerpo en lugar público.

En mi opinión esta propuesta presenta una serie de ventajas respecto a las dos anteriores y se parece más a la definición clásica de femicidio de Russell. En primer lugar porque a diferencia de la primera se limita a supuestos en que la mujer pierde la vida y a diferencia de la segunda basta con matar a una mujer en determinadas circunstancias para que se configure el tipo penal.

Toledo considera que existen, no obstante, ciertos problemas con esta propuesta. Considera “particularmente compleja la referida a la intención de realizar un delito sexual, ya que tratándose de un caso en que la víctima ha muerto, resulta muy difícil acreditarla si no se ha consumado un atentado sexual”. Respecto a la fracción VII cree que se tendría que probar el dolo, “es decir, que la víctima sea elegida como tal precisamente por realizar esta actividad”, crítica también que se incluya en el mismo supuesto a trabajadoras sexuales con trabajadoras de bares y centros nocturnos. En cuanto a la postvictimización esta autora propone la creación de un tipo penal específico para las conductas por este término englobadas (2009: 123, 127 y 128).

La tipificación del femicidio en México habría de esperar hasta 2012, pero antes de ésta hubo un importante parteaguas. El 19 de enero de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) condenó al Estado Mexicano por la violación de los derechos humanos de tres víctimas mortales: Esmeralda Herrera Monreal de 15 años, Claudia Ivette González de 20 años y Laura Berenice Ramos Monárrez de 17 años; y de sus respectivas familias en Ciudad Juárez. En la sentencia aunque la Corte IDH no utiliza expresamente el término femicidio admite que este es sinónimo de la expresión utilizada: “homicidio de mujeres por razones de género” (Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México: párr. 143)³.

5. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Campo Algodonero vs México

La discusión teórica, política y en última instancia jurídica del femicidio en México estuvo marcada -como ya he dicho- por dos hechos relacionados. El primero, por los asesinatos de miles de niñas y mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua desde el inicio de los años 90. El segundo por la impunidad de los culpables. Las autoridades encargadas de la persecución de los delitos -como se verá a continuación- no actuaron con la prontitud y diligencia mínima que se debería esperar en caso de esta gravedad.

Ahora bien, en mi opinión, el hecho de que el debate sobre el femicidio surgiera en este contexto creó una confusión entre lo que debería ser el tipo penal de femicidio que condenara al o los actores materiales de la muerte de una mujer o niña por serlo (siguiendo a Russell) y la responsabilidad internacional que el Estado Mexicano tiene de garantizar los derechos humanos dentro de su territorio. Esta confusión se ve reflejada en los dos primeros intentos legislativos a los que hice referencia en el apartado anterior, por ejemplo, al equiparar el femicidio con el

³ En lo sucesivo, los párrafos citados se referirán a esta sentencia a menos que se diga lo contrario.



genocidio, condenar como feminicidio toda forma de discriminación (en las que sin duda entrarían todos los actores públicos que no persiguieron adecuadamente los delitos) o construir el tipo penal basado en el asesinato de un grupo o grupos de mujeres; o en la introducción de la impunidad como un elemento constitutivo de lo que se considera feminicidio.

La importancia de la sentencia de la Corte IDH es doble. En primer lugar, y lo más importante, porque condenó de manera rotunda al Estado Mexicano por la violación de los Derechos Humanos de tres víctimas de feminicidio y a sus respectivas familias, pero también porque ayudó a clarificar la confusión a que he hecho referencia, lo cual se tradujo en la final tipificación del delito del feminicidio en México.

Desde la perspectiva del feminicidio o del homicidio de mujeres por razón de género –como fue designado por la Corte IDH- un punto clave de la sentencia fue determinar si había existido o no violencia y discriminación contra la mujer en este caso, de acuerdo con los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial); en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 7 (que prevé la condena de los Estados Partes a “todas las formas de violencia contra la mujer y conviene adoptar [...] políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas” encaminadas a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida como Convención Belém do Pará.

La Corte IDH consideró que en este caso había violencia contra la mujer por tres razones:

1. Porque el mismo Estado mexicano reconoció “la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez” e incluso señaló que estos homicidios “se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer” (párr. 228).
2. Porque “los informes de la Relatoría de la CIDH, del CEDAW y de Amnistía Internacional, entre otros, señalan que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género” (párr. 229).
3. Porque, “las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos” y “se ha tenido por probado que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte” (párr. 230).

Víctor Abramovich considera que este caso “es un precedente paradigmático en el desarrollo de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos” precisamente porque por primera vez la Corte IDH “examina una situación estructural de violencia contra las mujeres basadas en el género” (2010: 167). La Corte, como lo hizo por primera vez en el caso *Maria Vs Brasil* (2001: párr. 255), y en contra de las objeciones del gobierno mexicano, consideró que tenía la facultad para juzgar si éste había cumplido o incumplido con las obligaciones

internacionales a las que se obligó en 1998 al ratificar la Convención de Belém do Pará.

Una vez establecido que existió violencia contra la mujer en este caso la Corte IDH analizó si esa violencia era atribuible al Estado, por lo tanto, verificó “si México cumplió con sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida, la integridad personal y a la libertad de las jóvenes González, Ramos y Herrera” (párr. 237).

1. Deber de respeto: La Corte IDH determinó que ni la Comisión ni los representantes de las víctimas habían podido probar que agentes estatales hubieran participado en estos homicidio por lo que decidió que “no se puede atribuir al Estado responsabilidad internacional por violaciones a los derechos sustantivos consagrados en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana” (párr. 242).
2. Deber de garantía: La Corte estableció “que no basta que los Estados se abstengan de violar 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” (párr. 243).

En un caso anterior, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* (1988), la Corte IDH ya había establecido que”

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. 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 Convención (párr. 176).

Esta sentencia de 1988 es considerada por autores como Frédéric Mégret y Mijánguez y González como el primer antecedente en las sentencias de la Corte IDH de la teoría de la eficacia de derechos fundamentales entre particulares en el ámbito latinoamericano (Mégret, 2010: 102; Mijánguez y González, 2008: 5). En mi opinión este es un punto que resulta fundamental en un caso como este en el que se está analizando la forma más extrema de violencia contra la mujer, en otras palabras, el feminicidio. La relevancia se debe a que históricamente muchas de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres no han sido consideradas como tales, precisamente porque los perpetradores de los crímenes son particulares (Bunch, 1990: 488). En su análisis de la sentencia de Campo Algodonero Rosa Medinas afirmará que con esta sentencia “los derechos de las mujeres se reafirman como derechos humanos, universales, exigibles y justiciables” (2010: 5).

El Estado debe, por tanto, proteger a los individuos por las violaciones de derechos humanos que puedan sufrir en manos de particulares. Esto no quiere decir que sea responsable por cualquier delito cometido por un particular contra otro. “Pero, de acuerdo con la teoría del efecto horizontal indirecto, el Estado es responsable por aquellas fallas que hayan podido provocar la falta de protección de individuos por otros individuos, por ejemplo, [...] porque ha fallado en hacer algo cuando debió haberlo hecho para prevenir que ocurriera la violación” (Mégret, 2010: 102). La idea de que el Estado debe proteger a los individuos ha cobrado particular

relevancia en los casos de violencia contra las mujeres. En 1992 el Comité para Eliminar la Discriminación Contra la Mujer (en adelante, CEDAW) estableció que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”. Resulta particularmente relevante que “en el 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que “tomando como base la práctica y la *opinio juris* [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer” (párr. 254).

En este caso concreto la Corte IDH analizó:

1. Si el Estado previno adecuadamente la desaparición, vejámenes y muerte de las tres víctimas.
2. Si investigó con la debida diligencia los homicidios.

Existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser examinado (párr. 281):

A) Antes de la desaparición de las víctimas -la Corte IDH consideró que “la ausencia de una política general que se hubiera iniciado al menos desde 1998 –cuando la CNDH⁴ advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención” (párr. 282).

B) Antes de la localización de sus cuerpos sin vida -una vez dada la desaparición de las jóvenes el Estado no actuó con la diligencia necesaria para encontrar a las víctimas con vida, a pesar, de que era conocido el riesgo que podían correr (párr. 284): “La Corte considera que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias [...] para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato” (párr. 285). En consecuencia la Corte IDH consideró que “el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal [...] en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno” en perjuicio de las víctimas de este caso (párr. 286).

En el contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez, por lo tanto, la Corte IDH tomó “como base para atribuir responsabilidad al Estado por la acción de particulares, la *doctrina del riesgo* previsible y evitable”. Esta doctrina, siguiendo a Abramovich, requiere al menos cuatro elementos: “i) que exista una situación de *riesgo real o inmediato* que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas particulares; esto es, se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato” (desde 1993 habían ocurrido miles de casos similares en Ciudad Juárez); “ii) Que la situación de riesgo amenace a *un individuo o a un grupo determinado*, es decir que exista un *riesgo particularizado*” (en este caso el grupo de riesgo eran niñas y mujeres jóvenes de escasos recursos); “iii) Que el Estado *conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo*” (en primer lugar el Estado conocía desde 1998 el informe de la CNDH acerca de la

⁴ Comisión Mexicana de Derechos Humanos.

violencia en Ciudad Juárez contra las mujeres, por lo que cuando se dio la desaparición y antes de encontrarse los cuerpos sabía que existía un riesgo real e inmediato). “iv) Finalmente, que el Estado *pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo*”. Respecto a este último elemento “es razonable afirmar que el Estado no podrá invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo, si ha contribuido a ello por no adoptar medidas de garantía que la propia Convención establecía” (Abramovich, 2010: 174).

En cuanto a si investigó con la diligencia debida los homicidios, la Corte IDH estableció que el deber de investigar “tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres” (párr. 293).

La Corte encontró que durante la investigación hubo irregularidades relacionadas con:

- a) Falta de información en el reporte sobre el hallazgo de los cadáveres;
- b) Inadecuada preservación de la escena del crimen;
- c) Falta de rigor en la recolección de evidencias y en la cadena de custodia;
- d) Contraindicaciones e insuficiencias de las autopsias;
- e) Irregularidades e insuficiencias en la identificación de los cuerpos, así como en la entrega irregular de los mismos (párr. 333).
- f) La actuación seguida contra presuntos responsables y la fabricación de culpables lo que se tradujo en que la investigación se tuvo que reiniciar cuatro años después de sucedidos los hechos (párr. 346).

217

Para la Corte IDH, México tampoco “ha investigado a ninguno de los funcionarios supuestamente responsables por las negligencias ocurridas en el presente caso. En concreto, no se han esclarecido las graves irregularidades en la persecución del responsable y en el manejo de las evidencias durante la primera etapa de la investigación. Ellos hace aún más manifiesta la situación de indefensión de las víctimas, contribuye a la impunidad y propicia la repetición crónica e los derechos humanos de que se trata” (párr. 378).

La Corte IDH concluyó que existió impunidad y que las medidas adoptadas por el Estado en ningún momento han sido suficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos, por lo tanto, el Estado incumplió con su deber de investigar y con ello con su deber de garantizar los derechos a la vida, la integridad y libertad personal en relación con la obligación general de garantía contemplado en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno del artículo 2 de la Convención, y con los artículo 7b y 7 c de Bélem do Pára en perjuicio de las tres víctimas. “Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial [...] en perjuicio de los familiares de las tres víctimas” (párr. 389).

Resulta particularmente relevante para el análisis del feminicidio el hecho de que la Corte IDH hubiera considerado que el Estado faltó a su obligación de no discriminar al considerar a la violencia contra la mujer como discriminación. La Corte IDH se basó en que “el CEDAW ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer ‘incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer i) porque es mujer o ii) que la afecta en forma desproporcionada’”. Este organismo “también ha señalado que ‘la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie



de igualdad con el hombre” (395). La Corte Europea también se pronunció en el mismo sentido en el *caso Opuz vs Turquía*, y la propia Corte hizo lo propio en el *caso del Penal Castro Castro vs Perú*, ambos casos son mencionados por la propia Corte en su argumentación (párr. 396 y 397).

En este caso la Corte IDH considero que hubo discriminación, primero porque el mismo Estado reconoció que en Ciudad Juárez había una “cultura de discriminación” contra la mujer que influyó en los homicidios (párr. 399). Más relevante en el presente caso resulta el hecho de que el Estado compartía esta “cultura de discriminación”:

Al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia, La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra las mujeres es tolerada, 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 éstas en el sistema de administración de justicia [...] En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. [En este caso] es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. (párr. 400 y 401)

En los últimos diez años la Corte se ha movido de la defensa de un concepto de igualdad formal a un concepto de igualdad material que pretende proteger a grupos históricamente discriminados (Abramovich, 2010: 169). La condena al Estado mexicano por violar el deber de no discriminación estaría enmarcada en esta evolución. Abramovich considera que “la condición de las víctimas como miembros de un grupo social afectado por un contexto de violencia y discriminación es un factor clave del examen de la responsabilidad estatal en este caso. [...] Las relaciones de desigualdad de poder son claves para entender la dinámica de la violencia de género y de allí la imposición al Estado de un deber de prevención y protección diferenciado” (2010: 182).

La intención de la Corte IDH con su sentencia será ir más allá de la reparación a las familias de las víctimas precisamente por el contexto de discriminación en que la violación a los derechos humanos de las tres víctimas se produjo. Por lo tanto dirá que “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo” (párr. 450). Podemos decir por lo tanto que la Corte está adoptando una forma de reparación con perspectiva de género. Esta perspectiva se basa de acuerdo con Julie Guillerot “en cómo se construye la verdad de los casos y cómo esta construcción se hace en clave de género. Significa, abarcar no solamente las vivencias de las mujeres y su entorno a raíz de la violación a sus derechos humanos, el conflicto armado interno o el régimen autoritario, sino también un examen de las desigualdades y discriminación de género que sufren las mujeres en la cotidianidad. En efecto, se debe entender que la exclusión de género preexiste a las violaciones de derechos humanos y se agrava durante y después de tales violaciones” (2009: 12). Por ejemplo, en la resolución en que obliga al Estado a encontrar a los culpables de las muertes, a castigar a los funcionarios que

cometieron irregularidades y a investigar sobre el hostigamiento a los familiares, la Corte pondrá el énfasis en “la gran importancia que el esclarecimiento [...] significa para las medidas generales de prevención que debería adoptar el Estado a fin de asegurar el goce de los derechos humanos de las mujeres y niñas en México” (párr. 465). En la misma línea la Corte también condenó a México a: publicar la sentencia, reconocer en un acto público su responsabilidad internacional y levantar un monumento no sólo para las tres víctimas del presente caso sino para todas las víctimas de feminicidio en Ciudad Juárez (párr. 468-471). También ordenó que se implementen cursos y programas permanentes de educación y capacitación con perspectiva de género para funcionarios públicos tanto a nivel local como federal que participen directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento y reparación. Además de un programa de educación dirigido a la población general de Chihuahua (párr. 541-543).

Esta sentencia sentó un importante precedente en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos por actos realizados por particulares en un contexto de discriminación y de violencia generalizada contra la mujer. Seis años después de esta sentencia el Estado ha cumplido en parte con lo ordenado por la Corte, sin embargo, no ha habido un avance real en uno de los puntos medulares, esto es, la forma en que en México se persiguen e investigan los delitos. La violencia generada por la llamada guerra contra las drogas iniciada en 2006 ha aumentado vertiginosamente el número de víctimas de ambos sexos sin que la impunidad decaiga.

6. Conclusión: la tipificación del delito de feminicidio

México fue el primer país en proponer la tipificación del feminicidio o femicidio, pero no el primer país en que éste fue tipificado. En abril de 2007 Costa Rica habría de convertirse en el primer país en tipificar el femicidio, a través de la *Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres*. Un año después, en mayo de 2008, Guatemala habría de tipificarlo nuevamente en una ley especial: *Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer*. El Salvador lo tipificaría como feminicidio con una ley especial, *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres*, en noviembre de 2010 (aunque no entró en vigor hasta enero de 2012). En diciembre de 2010 Chile incorporó en su Código Penal al femicidio como delito, un año después en diciembre de 2011 Perú también lo incorporaría a su Código Penal, pero como feminicidio. En febrero de 2012 Nicaragua a través de una ley especial, *Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres* lo tipificó como femicidio (Garita, 2013: 48).

En el caso mexicano diversos organismos internacionales habrían de presionar para que se tipificara el delito en el país. En 2006 el Comité de la CEDAW recomendó al Poder Legislativo la tipificación del feminicidio. Es importante mencionar que en la sentencia de Campo Algodonero la Corte no sugirió que se tipificara este delito, no obstante, un año después en 2010 el Comité de Derechos Humanos habría de recomendar su tipificación (Toledo, 2013: 19).

Guerrero fue el primer Estado en tipificar el delito en diciembre de 2010. Actualmente el feminicidio ha sido tipificado en todas las Entidades Federativas y fue tipificado en el Código Penal Federal en abril 2012. Es importante señalar que la mayor parte de estas tipificaciones fueron llevadas a cabo entre 2011 y 2012 y tuvieron como telón de fondo las elecciones presidenciales de 2012. En opinión de Patsilí Toledo, con la que yo coincido, el factor político tuvo un peso muy grande en la decisión de los políticos de agilizar la aprobación de estas leyes debido al gran peso mediático que se le dio a estas iniciativas. Los ejemplos más claros son los del



Distrito Federal y el Estado de México, gobernados respectivamente por Marcelo Ebrard y Enrique Peña Nieto, ambos precandidatos a la presidencia, quienes presentaron a tramitación la iniciativa para tipificar el feminicidio el mismo día (Toledo, 2013: 22).

Si tomamos en cuenta la relevancia del factor político no es de extrañar que en todas las entidades federativas se ha eliminado cualquier referencia a la responsabilidad a los servidores públicos que investigan y sancionan el delito, es decir, en el momento de la tipificación ha desaparecido toda mención al elemento de impunidad que ha caracterizado al feminicidio en México. La única excepción es el Código Penal Federal en donde el feminicidio se tipificó de la siguiente manera

Artículo 325. Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa. Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio. Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

El problema es que aunque la tipificación a nivel federal es importante desde un punto de vista político y simbólico, en la práctica resulta complicado que se actualicen los supuestos para que un feminicidio suceda en el ámbito federal. En este punto conviene apuntar que parece ser que en la práctica legislativa latinoamericana feminicidio y femicidio se acabaron confundiendo, si tomamos en consideración que incluso en México en la aplastante mayoría de los casos no se hace ninguna mención al elemento de impunidad.

Otro de los principales problemas es que en muchas de las entidades federativas se crearon tipos de difícil, sino imposible acreditación. En otras entidades federativas se ha supeditado el feminicidio a la acreditación previa del homicidio doloso. No es de extrañar, por lo tanto, que de acuerdo con el Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio prácticamente el 100% de los casos que se está investigando como feminicidio han sucedido en alguno de los catorce estados que han tipificado el feminicidio de una manera más objetiva (Estrada, 2014: 201). Con el fin de subsanar este problema en 2012 una nueva recomendación de la CEDAW pondría el énfasis en la necesidad de “adoptar las medidas necesarias para garantizar que la codificación del feminicidio se basa en elementos objetivos que permitan su adecuada calificación” (CEDAW, 2012: párr. 19a).

En este momento resulta complicado saber cuál será el real alcance de este nuevo tipo penal. Existe en mi opinión un problema que ha salido a la luz en los

pocos casos en que se han obtenido condenas por feminicidio, y es que en la práctica totalidad de los casos que se investigan como feminicidio han sido cometidos por algún conocido de la víctima. A pesar de que de acuerdo con el Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio sólo el 20% de los feminicidios fueron cometidos por alguien cercano a la víctima (Estrada, 2014: 199). La incapacidad del Estado Mexicano para proteger a las mujeres, y en su caso investigar y condenar a los culpables de los feminicidios, es decir, las principales razones por las que la Corte IDH condenó a México en 2009, siguen imperando en el país y seguirán mientras no se de una profunda transformación en todo el sistema de justicia.

Bibliografía

1. Jurisprudencia, documentos e informes

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Maria Da Penha Vs Brasil*, Informe N° 54/01, Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (2012), *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México*, 52º. periodo de sesiones.CEDAW/C/MEX/CO/7-8, disponible en la siguiente dirección electrónica:

http://www.cinu.mx/minisitio/voto_mujeres/CEDAW_C_MEX_CO_7_8_esp.pdf (fecha de consulta 8 de junio de 2015).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988), *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Caso Opuz vs Turquía*, Sentencia de 9 de junio, Aplicación N° 33401/02.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

ABRAMOVICH, V. (2010), "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 6, pp. 167-182.

BLAIS, M. (2014), *"I hate Feminists!" December 6, 1989, and its aftermath*, traducción de Phyllis Aronoff y Howard Scott, Spinifex, Melbourne.

BUNCH, C. (1990), "Women's Rights as Human Rights", *Human Rights Quarterly*, V.12, pp. 486- 498.

CAPUTI, J. y RUSSELL, E. H. D. (1992), "Femicide: Sexist Terrorism against Women". En: RADFORD, J. y D. E. H. RUSSELL, *Femicide. The Politics of Woman Killing*, Buckingham, Open University Press, pp. 13-21.

CORRY, J. (1801), *A Satirical view of London at the commencement of the nineteenth century*, Kearsley, Edinburgh.

ESTRADA MENDOZA, M. L. (coordinadora) (2014), *Estudio de la Implementación del Feminicidio en México. Causas y Consecuencias 2012-2013*, Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, Católicas por el Derecho a decidir, México.

GARITA VÍLCHEZ, A. I. (2013), *La regulación del femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*, Secretariado de la Campaña del Secretario General de las



- Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Panamá.
- GUILLEROT, J., (2009), *Reparaciones con Perspectiva de Género*, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M. (2006), "Introducción. Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio". En: RUSSELL, D. E. H. y HARMES R. A., *Feminicidio: una perspectiva global*, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 15- 42.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M. (2008), "Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres". En: BULLEN M. y DIEZ MINTEGUI, C., *Retos teóricos y nuevas prácticas*, San Sebastián, Ankulegi Antropologia Elkarte, pp. 209-240.
- MACNISH, W. (1827), *The Confessions of an Unexecuted Femicide*, WR M'Phun, Glasgow.
- MEDINA ROSAS, A., (2010), *Campo Algodonero Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en Contra del Estado Mexicano*, Red Mesa de Mujeres de Ciudad Juárez, CLADEM, México.
- MÉGRET, F. (2010), "The Nature of International Human Rights Obligations". En: MOECKLI, D., SIVAKUMARAN, S.S. y HARRIS, D., *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 96- 118.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. (2008), "The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights", *Indret*, N. 1, disponible en la siguiente dirección electrónica http://www.indret.com/pdf/496_en.pdf (fecha de consulta 23 de septiembre de 2015).
- MONÁRREZ FRAGOSO, J. (2006), "Las diversas representaciones del feminicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, 1993-2005". En: MONÁRREZ FRAGOSO J., *Sistema Socioeconómico y Geo referencial sobre la Violencia de Género en Ciudad Juárez. Análisis de la Violencia de Género en Ciudad Juárez, Chihuahua: propuestas para su prevención*, Chihuahua, Colegio de la Frontera Norte y Comisión Especial para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez.
- PARROT, A. y CUMMINGS, N. (2008), "Femicide is a Serious Problem in East Asia". En: BURNS, K., *Violence Against Women*, San Diego, CA, Greenhaven Press, pp. 170- 178.
- RUSSELL, D. E. H. (1992), "Preface". En: RADFORD, J. y D. E. H. RUSSELL, *Femicide. The Politics of Woman Killing*, Buckingham, Open University Press, pp. xiv-xv.
- RUSSELL, D. E. H. (2006), "Definición de feminicidio y conceptos relacionados" (trad.: G. Vega Zaragoza). En: RUSSELL, D. E. H. y HARMES R. A., *Feminicidio: una perspectiva global*, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 73- 96.
- RUSSELL, D. E. H. (2011), "The origin and importance of the term femicide", disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html (fecha de consulta: 30 de mayo de 2015).
- TOLEDO VÁSQUEZ, P. (2009), *Feminicidio*, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México.
- TOLEDO VÁSQUEZ, P. (2013), "Límites y dificultades en la implementación de las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos

sobre la tipificación del feminicidio en México: Primeras leyes y sentencias”,
Género, Sexualidades y Derechos Humanos, Vol.1, núm. 2, pp. 15-31.



Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)*

Pablo Sánchez-Molina**
Universidad de Sevilla
psanchez12@us.es

Resumen

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha logrado conquistar cotas relevantes en lo que a protección de los Derechos Humanos se refiere. En esta tarea la doctrina del margen de apreciación nacional ha tenido una importancia capital, lo que ha favorecido que su uso haya cruzado el Atlántico para comenzar a implantarse en el seno de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave

Margen de apreciación, deferencia, TEDH, Corte IDH, Derechos Humanos

National margin of appreciation (in the international systems of Human Rights protection)

Abstract

The European Court of Human Rights has managed to reach relevant dimensions in the protection of Human Rights. In this task the doctrine of the margin of appreciation has been of great importance and thus its use has crossed the Atlantic and begun to be implemented within the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords

Margin of appreciation, deference, ECtHR, ICourHR, Human Rights

* El presente trabajo se integra en el Proyecto de investigación de la DGCyT VOTEX4E “Reforma electoral y derechos de participación de los extranjeros residentes en España: el derecho de sufragio en las elecciones generales, europeas, autonómicas y locales”, Referencia DER2012-34411. Agradezco a los miembros del proyecto, en particular a su IP, profesor Ángel Rodríguez (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga), la gran ayuda prestada para la realización de este trabajo así como en mi formación integral.

** Máster en Derecho Constitucional (CEPC-UIMP), Personal Investigador en Formación (programa de becas de doctorado de la Caixa) en la Universidad de Sevilla (US), miembro del Observatorio Europeo de Gerontomigraciones (OEG) e investigador del proyecto VOTEX4E.

Introducción

La protección internacional de los Derechos Humanos constituye un reto mayúsculo por lo que no es de extrañar que los mecanismos para su protección se hayan construido durante la segunda mitad del siglo XX, esto es, a la vuelta de la esquina de la historia. En la actualidad conviven dos sistemas; el primero derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH o Convenio) mientras que el segundo, de la Convención Americana de Derechos Humanos (de aquí en adelante, CADH o Convención). El europeo y el americano, dos sistemas hermanos pero no gemelos que han contribuido, y lo siguen haciendo, a la efectiva protección de los Derechos Humanos a ambas orillas del Atlántico.

En el afán de lograr una protección efectiva de estos derechos, especialmente sensibles para la consecución de cualquier sociedad democrática, los Estados no se han limitado a la, siempre importante, codificación normativa de los mismos. De hecho, si fuese así, existiría un gran riesgo de que aquellos textos contasen con una dosis alta de buenas intenciones pero mínima en lo que a eficacia normativa se refiere. Por el contrario, la clave de bóveda de su éxito radica en la constitución de órganos jurisdiccionales que han logrado, a golpe de sentencia, que sus pronunciamientos sean respetados por los diferentes Estados.

En la búsqueda de este efectivo cumplimiento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido conformando, a través de su jurisprudencia, una doble interpretación. Mientras que una ha permitido una interpretación evolutiva que ha sido decisiva en la evolución de los derechos reconocidos, a través de la otra se ha logrado respetar el principio de subsidiariedad, propio de estas instancias internacionales, mediante el otorgamiento a los Estados de un margen de apreciación.

Pues bien, el objeto del presente trabajo consiste en el análisis de la doctrina del margen de apreciación nacional. Para ello, en primer lugar se estudiará el uso que el TEDH ha hecho de ella así como los déficits observados por parte de la doctrina especializada; a continuación, nos centraremos en conocer cuál ha sido su aplicación en el seno del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos; ello nos permitirá, finalmente, dar cuenta del estado de la cuestión en este ámbito.

1. El margen de apreciación nacional en el tribunal europeo de derechos humanos

A través del artículo 19 del Convenio se produjo la institución de un Tribunal cuya función principal es “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes”. El TEDH, además, ha tenido, y continúa teniendo, una importancia capital en la evolución de los derechos reconocidos ya que a raíz de su jurisprudencia se ha ido conformando una interpretación que ha favorecido, en gran medida, la elevación de los estándares de protección de los Derechos Humanos. En este sentido, al ser la finalidad principal del TEDH el establecimiento de una mínima protección que sea efectivamente respetada por sus destinatarios es necesario que éste evite, por todos los medios, que sus resoluciones puedan quedar en papel mojado. Para tal fin, la doctrina del margen de apreciación nacional tiene una importancia fundamental.



En primer lugar, cabe destacar la trascendencia que tiene la doctrina del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TEDH desde los casos *Handyside* (1976) y *Sunday Times* (1979), ambos, contra el Reino Unido¹. Prueba de su relevancia son las numerosas investigaciones por parte de la doctrina tanto nacional como internacional². En estas, se define como un “espacio de maniobra”³ o “the breadth of deference”⁴, esto es, el grado de deferencia que los órganos internacionales reconocen a los de los Estados parte en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Además, a través del art. 1 del Protocolo número 15 se incluirá, concretamente en el preámbulo del Convenio, una alusión expresa al disfrute de los Estados parte de un margen de apreciación sujeto a la supervisión de Estrasburgo⁵.

En cuanto a su conceptualización, el margen de apreciación nacional es una técnica de creación jurisprudencial que ha logrado mantener un punto de equilibrio entre dos necesidades. Por un lado, el reconocimiento a nivel europeo de un mínimo común de protección de los derechos reconocidos en el Convenio, desde una interpretación evolutiva del propio tribunal favorecedora en la protección de los derechos y libertades y, por otro, el mantenimiento de la soberanía nacional de los Estados parte, derivado del carácter subsidiario del propio Convenio. Por lo que mediante este margen el TEDH puede conceder a los Estados parte una cierta deferencia a la hora de aplicar restricciones de derechos reconocidos en el Convenio en los que no existe un consenso en su aplicación entre los Estados parte y siempre que el propio Tribunal de Estrasburgo lo considere apropiado al aplicar un test de proporcionalidad al respecto.

Por lo tanto, a través de esta figura se está reconociendo que bajo la concurrencia de determinadas circunstancias el Tribunal de Estrasburgo puede declarar su conformidad respecto de ciertas actuaciones de los tribunales de los Estados parte aunque no se compadezcan en todo con los derechos del convenio. Este resultado, aparentemente contradictorio, se encuentra justificado por la subsidiariedad de los mecanismos internacionales así como por la necesidad, expuesta anteriormente, de evitar que las resoluciones del TEDH no sean satisfechas. No puede olvidarse que si la jurisdicción de Estrasburgo se ha ido constituyendo como un verdadero amparo, esto es, un sistema de protección cuasi constitucional que ha logrado una gran homogeneidad en la protección de estos

¹ La primera ocasión en que el TEDH fundamentó esta doctrina fue en el Caso *Handyside*. El TEDH consideró que en un ámbito en el que no había una posición uniforme entre los Estados parte, como era la protección de la moral, las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de apreciación al estar en una mejor posición para decidir. Es decir, el TEDH concede a los Estados una cierta deferencia al aplicar las restricciones a derechos fijadas en el Convenio en ámbitos en los que no existe un consenso europeo. Deferencia que no es absoluta, correspondiendo al propio Tribunal la consideración de la idoneidad de su uso a través de un juicio de proporcionalidad. Asimismo, en el Caso *Sunday Times* se concretó la fundamentación dada al hacerse depender su amplitud del grado de objetividad de los fines perseguidos (a más, menor margen). Véase Sánchez-Molina (2014: 374).

² Véase Arai-Takahashi (2002); De Gouttes (1995: 566-614); Galetta (1999: 743-771); García Roca (2010); Yourow (1996) y Ángel Rodríguez (2015: 88-92).

³ Greer (2000: 5). También citado en García Roca (2010: 108).

⁴ “It can be defined as the breadth of deference the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before they will disallow a national derogation from the Convention, or before they will find a restriction of a substantive Convention right incompatible with a State Party's obligations under the Convention” (Yourow, 1987: 118).

⁵ “At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention” (Artículo 1 del Protocolo número 15).

derechos ha sido, en gran parte, gracias a la existencia de un consenso alrededor de su campo de actuación. Por ello, mientras que en los casos en los que existe un consenso entre los Estados parte el Tribunal eleva el estándar de protección muy por encima del tenor literal del Convenio, en los que este no existe el tribunal está facultado para otorgar un cierto margen de apreciación para que el Estado objeto de juicio tenga la posibilidad de protegerlo conforme a su canon interno. Tanto el *self restraint* como el activismo actúan como dos caras de la misma moneda que han permitido que una aparente protección internacional al uso se haya convertido en un verdadero sistema cuasi constitucional de protección de los Derechos Humanos.

A pesar de sus indudables beneficios, la doctrina especializada ha apreciado la existencia de, al menos, dos inconvenientes en la configuración actual del margen de apreciación estatal: la imprecisión en su utilización y la incorrecta recepción que, en ocasiones, realizan los tribunales internos.

En primer lugar, al ser una doctrina de creación jurisprudencial su empleo varía dependiendo del derecho protegido así como de las ventajas o inconvenientes de su enjuiciamiento en el caso concreto⁶.

En segundo lugar, el uso de la doctrina del margen de apreciación no fija un estándar de protección sino que se limita a concederle a un Estado miembro una cierta libertad en la aplicación de su legislación en el caso enjuiciado. Por lo tanto, lo permitido por el Convenio para un Estado miembro no debe tomarse como canon interpretativo respecto a los demás, sino que este lo conformará la propia protección interna de dicho derecho (Rodríguez, 2015: 92-98). Uno de los supuestos más recientes en los que los tribunales nacionales redujeron el umbral de protección nacional remitiéndose directamente al margen de apreciación concedido por Estrasburgo tuvo lugar en el *caso Lautsi* (2011). En él Estrasburgo dictaminó que los Estados parte disponían de un margen de apreciación para decidir sobre la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos. Ante esta deferencia, el TC consideró que no vulneraba el derecho a la libertad religiosa el hecho de que un colegio de abogados (público y aconfesional) contara con una virgen como patrona. En su fundamentación se remitió a algunas argumentaciones dadas por el TEDH en el *caso Lautsi*, lo que probablemente impidió que una aplicación independiente del derecho nacional pudiera haber otorgado el amparo (Naranjo de la Cruz (2013: 81-128).

2. ¿Ha tenido la doctrina del margen de apreciación aplicación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Antes de entrar en materia debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante instancias análogas pero no idénticas y que, por lo tanto, difieren en algunos aspectos. Uno de ellos es la importante labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la admisión de casos, lo que descarga notablemente la carga de trabajo de la Corte IDH (en el sistema europeo, por el contrario, el Protocolo número 11 encumbró al TEDH como único órgano jurisdiccional⁷). En el presente estudio se han tenido en cuenta, exclusivamente, el uso por parte de la Corte IDH de la doctrina del margen de apreciación nacional.

El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos se ha caracterizado por la interpretación activa de los derechos de la Convención. Por ello, la doctrina especializada no solo ha indicado un uso residual del margen de

⁶ García Roca hace referencia a la existencia de una serie de "ingredientes" (2010: 131-188).

⁷ Con su entrada en vigor "se dio un paso muy importante en relación con el perfeccionamiento del sistema europeo de protección de derechos humanos" (Carrillo Salcedo, 2003: 46).

apreciación⁸ sino que, una minoritaria, ha llegado a negar su inexistencia (Núñez Poblete (2012: 12). A pesar de ello, si se indaga en la jurisprudencia se puede afirmar que la Corte IDH se refiere en sus sentencias, sobre todo implícitamente, a una serie de campos en los que este podría tener lugar⁹. En ellas, la Corte IDH ha reconocido un cierto margen de apreciación al permitir a los Estados un espacio para decidir acerca de la restricción de la libertad de expresión, del derecho a un recurso judicial, la libertad personal y los derechos políticos (Barbosa Delgado, 2013: 1096-1098). Dicho margen se caracteriza por ser muy estrecho al estar condicionado al cumplimiento de unos test de proporcionalidad realmente exigentes.

En primer lugar, se puede vislumbrar una cierta aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional en algunas sentencias de la Corte IDH referidas a restricciones de la libertad de expresión. En ellas, la Corte de San José ha ido definiendo el test de proporcionalidad aplicado para declarar conforme a la Convención una restricción de la libertad de expresión. En este sentido, la limitación debe estar prevista legalmente (expresa y taxativamente), debe ser necesaria para asegurar el respeto al derecho o la reputación de los demás, contribuir a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y no deben limitar, más de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión así como convertirse en un mecanismo de censura previa (Caso Palamara Iribarne, 2005: para. 79). Asimismo, la restricción ha de estar orientada a satisfacer un interés público imperativo (Caso López Álvarez, 2006: para. 165). Dentro de este magma de requisitos establecidos para la restricción de la libertad de expresión es donde los Estados gozan de un cierto margen de apreciación, en ese caso, muy reducido al considerarse este derecho como un pilar básico para la constitución de una sociedad democrática.

En segundo lugar, en el derecho a un recurso judicial se encuentra una referencia expresa al margen de apreciación nacional. La Corte IDH tras reconocer su existencia en la regulación del ejercicio de recurso lo circunscribe a la imposibilidad de limitar la esencia del derecho (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004: para. 161).

228

En tercer lugar, la posibilidad de restringir el derecho a la libertad personal implica, al no estar fijada expresamente en el texto de la Convención, el reconocimiento de un margen de apreciación a los Estados parte. En este sentido, la Corte de San José impone que dichas medidas restrictivas han de estar previstas legalmente y ser idóneas e indispensables para cumplir con un fin legítimo compatible con la convención (Caso Chaparro Álvarez, 2007: para. 93). Llegado a este punto, resulta importante recalcar que si la restricción de un derecho, tanto de la Convención Americana como del Convenio Europeo, está fijada directamente en el propio precepto no se está haciendo uso del margen de apreciación nacional. Este solo se estará ejercitando si la restricción es permitida solo por vía jurisprudencial o si, a pesar de estar fijada en el texto, el tribunal amplía los supuestos permitidos.

⁸ “Judicial restraint al momento de juzgar violaciones prolongadas y sistemáticas de derechos humanos de grandes sectores de la población podría ser visto como tibieza y falta de compromiso con el juzgamiento histórico de los crímenes de Estado. Este compromiso histórico-institucional, es sin duda el que lleva a la Corte IDH a interpretar activamente los parámetros y exigencias establecidos en la CADH” (Ambos y Böhm, 2013: 1085).

⁹ Véase *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (2004), *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay* (2004), *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile* (2005), *Caso López Álvarez Vs. Honduras* (2006), *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador* (2007) y *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2008).

Por último, y aunque no por ello menos relevante, se hará referencia a las restricciones a los derechos políticos amparadas dentro del margen de apreciación nacional. En este sentido, el *Caso Castañeda Gutman* aporta una serie de fundamentaciones muy pertinentes para el objeto de nuestro estudio. El juzgador interamericano comienza indicando que los Derechos Humanos no son absolutos, salvo algunos en los que no cabe restricción alguna. Tras esta consideración general, la Corte IDH otorga un margen de apreciación a la hora de imponer requisitos para ejercitar los derechos políticos. Asimismo, subroga dicha deferencia a la conformidad con una serie de condiciones. Este Caso supone el único de los analizados en los que la restricción se considera compatible con la Convención al permitirse diferentes sistemas electorales¹⁰.

Se trata por el momento de una figura muy débil, incluso residual debido a que, hasta la fecha, los casos que llegaban a la Corte eran de tal gravedad (lo que se conoce como *gross violations* como las violaciones del derecho a la vida, integridad personal, etc.) que el *self restraint* no tenía ninguna cabida. Aun así se trata de una figura jurisprudencial en auge que está, cada vez más, en sintonía con el mundo académico latinoamericano¹¹.

3. Reflexión final

El estado de la cuestión, en lo que al margen de apreciación nacional se refiere, está presidido por su relevancia dentro de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Su utilización ha sido imprescindible para dar solución a la aparente contradicción entre soberanía nacional y el reconocimiento de una serie de Derechos Humanos a nivel europeo. Además, su futura incorporación al preámbulo del Convenio da cuenta de la trascendencia de esta figura. Pero el hecho de que su utilización sea imprescindible no obsta a que cargue con ciertos déficits que deberán ser analizados en profundidad por la doctrina especializada en aras de darle una efectiva solución. Finalmente, en la última década se encuentran pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que apuntan a su progresiva utilización. Sea como fuere, la relevancia de la doctrina del margen de apreciación estatal es un hecho contrastado en la jurisdicción de Estrasburgo mientras que en la otra orilla del Atlántico se empieza a vislumbrar un incipiente uso.

Bibliografía

1. Jurisprudencia, documentos e informes

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1976). *Caso Handyside* contra Reino Unido. Sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1979). *Caso Sunday Times* contra Reino Unido. Sentencia de 26 de abril de 1979.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2011). *Caso Lautsi y Otros* contra Italia. Sentencia de 18 de marzo de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004). *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, CortelDH, San José.

¹⁰ “Finalmente, la Corte 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 Convención 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” (Caso *Castañeda Gutman*, 2008: para. 204).

¹¹ En este sentido Burgogue-Larsen (2014: 141).

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C. No 170, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, Corte IDH, San José.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- AMBOS, K. Y BÖHM, M. (2013), "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribuna tímido vs. Tribunal audaz?". En: FERRER MAC GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. [Coords.], *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D.F., Tirant lo Blanch, pp. 1057-1088.
- ARAI-TAKAHASHI, Y. (2002), *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Nueva York.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2014), "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 12, N°1, pp. 105-161.
- CARRILLO SALCEDO, J. (2003), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid.
- DE GOUTTES, R. (1995), "La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n°24, pp. 566-614.
- BARBOSA DELGADO, F. (2013), "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática". En: FERRER MAC GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. [Coords.], *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Mexico D.F, Tirant lo Blanch, pp. 1089-1117.
- GALETTA, D. (1999), "Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessità e doctrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n° 3-4, pp. 743-771.
- GARCÍA ROCA, J. (2010), *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid.
- GREER, S. (2000) *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg.

- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2013), “Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y de crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)”, *Revista de Derecho Político*, 86, pp. 81-128.
- NÚÑEZ POBLETE, M. (2012), “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”. En: ACOSTA ALVARADO, P. y NÚÑEZ POBLETE, M. [Coord.], *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones nacionales y regionales*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 3-49.
- RODRÍGUEZ, A. (2004), “Hable con él. Las resoluciones del Tribunal Constitucional español previas a las sentencias condenatorias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Primeras reflexiones sobre las dificultades de un diálogo)”. En: BALAGUER CALLEJÓN, F. [Coord.], *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, pp. 517-564.
- RODRÍGUEZ, A. (2015), “La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional”, *Revista española de Derecho Político*, 93 (mayo-agosto 2015), pp. 75-102.
- SÁNCHEZ-MOLINA, P. (2014), “El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres”, *Estudios de Deusto*, Enero-Junio 2014, pp. 371-386.
- YOUROW, H. (1996), *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, Kluwe Law International, La Haya/Boston/Londres.





Pueblos indígenas

Jaime Gajardo Falcón
Universidad de Chile
gajardofalcón@gmail.com

Resumen

El presente trabajo revisa y analiza el surgimiento del concepto de pueblos indígenas y su evolución, centrándose en los principales instrumentos normativos internacionales que se han referido al respecto (Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), y algunos de los debates planteados en torno a los mismos.

Palabras clave

Pueblos indígenas, pueblos tribales, Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, derechos colectivos

232

Indigenous Peoples

Abstract

The article analyses the emergence of the concept of indigenous peoples and its evolution, focusing on some of the main international legal instruments that have shaped this field – Convention N° 169, International Labour Organization and Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, United Nations-, and several debates about them.

Keywords

Indigenous Peoples, Tribal Peoples, Convention N° 169, International Labour Organization, Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, United Nations, groups' rights

Introducción

En las últimas tres décadas se ha producido un vertiginoso desarrollo, tanto en el derecho internacional como en el nacional, de lo que se ha denominado el derecho de los pueblos indígenas (Anaya, 2004; Aguilar, 2007). Múltiples aspectos (sociales, económicos, históricos y políticos) han contribuido en este sentido. Sin embargo, quizás, el más importante de ellos ha sido lo que se ha denominado como la “emergencia indígena en América Latina” (Bengoa, 2007; Subercaseaux, 2002).

Así, los pueblos indígenas se han transformado en un importante sujeto político y destinatario de normas jurídicas, ya sea desde un punto de vista individual (indígena) o aquellas que se refieren a ellos en su calidad de pueblos, es decir, como derechos para su grupo o colectivo (Gajardo Falcón, 2014; Torbisco, 2006, 2014).

Sin embargo, las demandas de los pueblos indígenas no sólo son complejas políticamente hablando (Martí i Puig, 2013), debido a que generan una tensión con el modelo capitalista de desarrollo basado en la explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios que éstos han ocupado ancestralmente (Antokowiak, 2014, Aylwin, 2013; Grey, 2009; Yrigoyen, 2011). Sino que también, en la mayoría de los casos, tienen una difícil y compleja traducción jurídica, porque, principalmente, se enfrentan a los cimientos más duros del derecho occidental. Por ejemplo, cuestionan: lo que se ha denominado la primacía de los derechos individuales, la idea de Estado-Nación, la unidad judicial e, incluso, el ideal de universalidad de los derechos humanos (Lenzerini, 2014).

Los derechos de los pueblos indígenas han tenido un reconocimiento en dos planos: nacional e internacional. En el ámbito nacional, su reconocimiento ha pasado por la elaboración de legislación especial y en el caso latinoamericano, principalmente, mediante el reconocimiento constitucional de derechos diferenciados para los indígenas y sus pueblos como tales (Gargarella, 2013; Yrigoyen, 2011).

En el contexto internacional, dos instrumentos jurídicos han sentado las bases del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En una primera instancia el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 (Convenio N° 169 de la OIT) y, posteriormente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DPPI).

Este marco normativo internacional se ha complementado con la labor jurisprudencial que ha tenido el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a través de los dos órganos que lo componen, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). Estos órganos han sido fundamentales en la concreción del marco jurídico internacional de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y para: 1) la creación del derecho a la identidad de sus pueblos; 2) la protección de la propiedad comunal indígena; 3) el desarrollo de la consulta indígena; 4) asegurar la participación política de estos en el proceso político¹.

¹ Para consultar la jurisprudencia relevante de la Corte IDH al respecto, véase Espejo y Leiva (2012). Asimismo, ver Ruiz y Donoso (2013).



1. ¿Qué es un “Pueblo Indígena”?

La definición de “pueblo indígena” ha sido objeto de una larga discusión, tanto en la doctrina como en los organismos internacionales de protección de los derechos humanos². En ese sentido, podríamos señalar que un pueblo indígena es considerado como una comunidad histórica, con estructura interna, que ocupa o ha ocupado un territorio, que comparte un idioma o lengua y tiene una cultura diferenciada (generalmente) al resto de la sociedad que conforma el país.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada correrá el riesgo de ser demasiado amplia o restrictiva (Torrecuadrada, 2001). El derecho internacional proporciona algunos criterios útiles para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como “pueblo indígena”³.

Por su parte, el Convenio N° 169 de la OIT ha preceptuado una serie de criterios relevantes para definir tanto a los pueblos indígenas como a un pueblo tribal. El artículo 1.1. (b) del Convenio precitado, dispone que dicho tratado se aplicará: “(...) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”⁴.

En conformidad al artículo 1.2. del Convenio N° 169 de la OIT, para saber si estamos en presencia de un pueblo indígena, hay que utilizar como cláusula de cierre, la auto identificación, es decir, la conciencia que tenga el sujeto o colectivo de su identidad indígena o tribal.

Por su parte, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas, señala que los factores relevantes para comprender el concepto de “indígena” y “pueblo indígena” son: 1) Tiempo prolongado de uso de un territorio específico, en razón a su ocupación; 2) Mantenimiento voluntario de una especificidad cultural, que puede incluir el idioma o lengua, organización social, modos de producción, religión, formas o instituciones jurídicas, representación de valores; 3) Auto identificación, así como reconocimiento de parte de otros grupos o autoridades estatales, como comunidades diferenciadas; 4) Algún tipo de experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea por condiciones que persistan o no. Para el grupo de trabajo, estos factores pueden estar presentes en mayor o menor medida, permitiendo una definición comprensiva o inclusiva de “indígena” o “pueblo indígena”⁵.

En conformidad a los artículos 1.1.(a) del Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, la Corte IDH ha entendido que un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita], pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales,

² Al respecto consultar Aguilar (2007: 307-356). Para una de las primeras aproximaciones al concepto, ver Martínez Cobo (1987).

³ Al respecto, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009).

⁴ Al respecto, véase Núñez (2010: 411-413).

⁵ Sobre este punto ver Consejo Económico y Social, Naciones Unidas (1996).

culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”⁶.

La diferencia entre pueblo indígena y tribal, no tiene implicancias desde un punto de vista jurídico, ya que ambos son titulares de los mismos derechos. Para la CIDH, el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales⁷.

2. Principales derechos diferenciados de los pueblos indígenas

Las demandas de los pueblos indígenas se centran en derechos que les permitan reflejar y proteger su estatus como comunidades culturales distintas, intentando mantener una supervivencia cultural ante la sociedad culturalmente dominante. En la generalidad de los casos, sus demandas se centran en el autogobierno, derechos respecto de su idioma o lengua, del uso de su territorio ancestral y explotación de sus recursos naturales, reconocimiento a sus usos y costumbres, establecimiento de sistemas judiciales paralelos (pluralismo jurídico), derechos especiales de representación, sistemas de escolarización especiales y derechos de grupo.

Utilizando el lenguaje de Kymlicka (1995: 46-55), en el plano de las políticas específicas, se hablaría de: 1) Derechos de autogobierno; 2) Derechos especiales de representación; y 3) Derechos poliétnicos.

Por derechos de autogobierno, en el sentido más amplio y radical, se ha planteado la posibilidad de que una minoría nacional pueda ejercer la secesión del Estado al que pertenece, es decir, crear un Estado independiente del que se pretende separar. El derecho de secesión, sin embargo, en conformidad al derecho internacional público, sólo lo tendrían aquellos Estados federados o confederados y aquellos pueblos que fueron colonizados y buscan su proceso de independencia. Según la Carta de la ONU, en su artículo 1.2 se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, el que se ha circunscrito en su versión de independencia nacional al que tienen las colonias de ultra mar (conocida como “tesis de agua salada”)⁸.

Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas el objeto de la autodeterminación o derecho de autogobierno es aquel que permite garantizar justos términos de interacción con la sociedad nacional cultural dominante y que ellos puedan asumir las condiciones de la “integración” cultural. Es lo que se denomina la perspectiva interna del derecho a la libre determinación, teniendo ésta como objetivo último la realización de la democracia (Anaya, 2004).

Así, el autogobierno en el sentido restringido del término y aplicable, tanto para las minorías nacionales como para los pueblos indígenas, reivindica competencias de autonomía para el desarrollo de sus instituciones, costumbres y regulación social, a las que no renuncian por el hecho de encontrarse dentro de un Estado con una cultura nacional distinta a la suya.

En cuanto a los derechos especiales de representación, lo que se busca en éste punto es que el proceso político sea representativo, en el sentido de que

⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010).

⁷ Al respecto, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009).

⁸ Al respecto, consultar Sáenz De Santa María (2011: 429-439).

consiga reflejar la diversidad de la población (Kymlicka, 1995). Para ello, los procesos legislativo, gubernamental y de administración de justicia, deben incluir representantes de las minorías nacionales y pueblos indígenas, reservando espacios en las instituciones para representantes de dichos grupos o de su perspectiva social (Phillips, 1995; Young, 2000).

Los derechos poliétnicos, tienen como objetivo que los grupos étnicos puedan expresar su particularidad y cultura sin que ello obstaculice su “éxito” en las instituciones económicas y políticas de la sociedad culturalmente dominante (Kymlicka, 1995). Pretenden que en el proceso administrativo y educativo que realiza el Estado se encuentre presente la idea que el Estado está compuesto también por pueblos indígenas y que dicha presencia es un aspecto positivo.

Así, en el ámbito internacional, se fue produciendo un cambio de enfoque, decidiéndose que para acomodar la diversidad cultural no bastaba con la protección de los derechos humanos por la vía individual. El punto de inflexión se produce con la aprobación del Convenio N° 169, siendo el primer instrumento internacional que se refiere a los “Pueblos Indígenas” como tales (Bengoa, 2007).

El Convenio N° 169 de la OIT, “separó radical y definitivamente el tema indígena de la cuestión de las minorías, en la medida que los indígenas aparecen con derechos colectivos reconocidos en forma explícita, cuestión que no ocurre de la misma manera con las minorías” (Bengoa, 2007: 273). Esto es, a mi juicio, lo más importante del Convenio.

Avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de la ONU emite la DPPI, que en su preámbulo, señala: “*Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”⁹.

La DPPI, busca justificar políticas redistributivas mediante la constatación de injusticias históricas que han sufrido los pueblos indígenas. Asimismo, la DPPI en los artículos 3 y 4 reconoce expresamente el derecho a la libre determinación, asociado al autogobierno y la autonomía, para resolver sus asuntos internos, disponer de medios para ello y elegir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

En el mismo sentido, en el artículo 5 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”¹⁰. Como se puede apreciar, hay un reconocimiento explícito al autogobierno y al pluralismo jurídico¹¹.

Importantes resultan el artículo 6 y 9, donde el concepto de “pueblo indígena”, se asocia al de “nación indígena”. La declaración da cuenta de las discusiones teóricas que se venían siguiendo en el seno de los organismos internacionales, en el sentido de que: no existían argumentos sólidos para considerar que los “pueblos indígenas” no constituían una “nación” propiamente tal (Bengoa, 2007: 291-295; Kymlicka, 2003: 167-183).

⁹ Al respecto, véase Núñez (2010: 521).

¹⁰ Al respecto, véase Núñez (2010: 524).

¹¹ Sobre el pluralismo jurídico en América Latina ver Cabedo (2004).

En los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, se establece el derecho de los pueblos indígenas a lo que se ha denominado como “supervivencia cultural”, con el deber por parte del Estado de adoptar medidas eficaces para asegurar su protección. El artículo 13 en su punto primero señala el derecho a la práctica de la cultura y en el punto segundo, el deber del estado a asegurar dicho derecho, es decir el derecho a la “supervivencia cultural”.

3. Consideraciones finales

Como se ha podido apreciar, el derecho internacional para los pueblos indígenas, se ha desarrollado ampliamente, tomando decisiones expresas y concretas por reconocer estatus a ellos, establecer y ampliar sus derechos de autogobierno, entender e interpretar el concepto de autodeterminación, preceptuar derechos de participación y de representación, establecer derechos colectivos, y en su versión más avanzada (DPPI), incluso a establecer el derecho de “supervivencia cultural” de los pueblos indígenas. Ello, además, ha tenido un consistente y sostenido desarrollo en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, especialmente, en lo relativo al reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios.

Asimismo, en la gran mayoría de las Constituciones latinoamericanas se han reconocido derechos a los pueblos indígenas, en diferentes grados y etapas (Yrigoyen, 2011; Martí i Puig, 2013), lo que podría plantear la existencia de un constitucionalismo “multicultural”, que se caracterizaría por (i) el reconocimiento formal de la naturaleza multicultural de las sociedades y de la existencia de pueblos indígenas como colectivos nacionales diferenciados; (ii) el establecimiento de algún tipo de pluralismo jurídico; (iii) el establecimiento y reconocimiento de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y la protección de sus derechos comunitarios; (iv) protección al derecho a la propiedad intelectual e inmaterial colectiva; (v) el usufructo y protección de las riquezas naturales en sus territorios; (vi) el reconocimiento y protección oficial de las lenguas indígenas; (viii) el derecho a la participación de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que afecten a sus recursos y territorios; (ix) el establecimiento de cuotas o reserva de escaños a los representantes indígenas en los parlamentos nacionales (Martí i Puig, 2013: 25-26).

Con todo, los derechos de los pueblos indígenas, su reconocimiento, valoración y respeto sigue siendo una tarea pendiente para los Estados latinoamericanos. Si bien el derecho ha dado pasos decididos en esa dirección, ello no ha ido acompañado de las políticas públicas y prácticas culturales que permitan la construcción de sociedades que acojan igualitaria y respetuosamente la diversidad cultural de fuente indígena.

Bibliografía

1. Jurisprudencia, documentos e informes

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Informe Temático. 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, 30 diciembre 2009.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, NACIONES UNIDAS (1996). *Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones*



Indígenas: "Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of "indigenous people". Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- AGUILAR, G. (2007), *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Librotecnia, Santiago de Chile.
- ANTOKOWIAK, T. (2014), "Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court", *U. Pa. J. Int'l L.*: 35, pp. 113-187.
- ANAYA, J. (2004), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- AYLWIN, J. (2013), "Bolivia: Desarrollo o buen vivir. El caso del Tipnis". En: MARTI I PUIG, S., WRIGHT, C., AYLWIN, J. y YÁÑEZ, N., *Entre el Desarrollo y el Buen Vivir*, Madrid, Catarata, pp. 168-200.
- BENGOA, J. (2007), *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile.
- CABEDO, V. (2004), *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Editorial UPV, Valencia.
- ESPEJO, N. y LEIVA, C. (2012), *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Santiago de Chile.
- GAJARDO FALCÓN, J. (2014), "Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". En: HIERRO, L., *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Marcial Pons, pp. 145-171.
- GARGARELLA, R. (2014), "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas". En: HIERRO, L., *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Marcial Pons, pp. 129-143.
- GREY, N. (2009), *Ahora somos ciudadanos*, Muela del Diablo Editores, La Paz.
- KYMLICKA, W. (1995), *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford.
- KYMLICKA, W. (2003), *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona.
- LENZERINI, F. (2014), *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford.
- MACKAY, F. (1999), *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, Federación Internacional de Derechos Humanos, Lima.
- MARTI I PUIG, S. (2013), "Balance y retos de la lucha de las poblaciones indígenas en el cambio de ciclo". En: MARTI I PUIG, S., WRIGHT, C., AYLWIN, J. y YÁÑEZ, N., *Entre el Desarrollo y el Buen Vivir*, Madrid, Catarata, pp. 21-42.
- MARTINEZ COBO, J. (1987), *Estudios del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, N.U. Doc. E/CN.4/405/Rev.1.
- NÚÑEZ, M. (2010), *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*, Librotecnia, Santiago de Chile.
- PHILLIPS, A. (1995), *The Politics of Presence: Issues in Democracy and Group Representation*, Oxford University Press, Oxford.
- RUIZ, O. Y DONOSO, G. (2013), "Sección especial: Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones". En: STEINER, CH. Y URIBE, P., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 947-1026.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. (2011), *Sistema de Derecho Internacional Público*, Thomson Reuters, Navarra.

- SUBERCASEAUX, B. (2002), *Nación y Cultura en América Latina. Diversidad cultural y Globalización*, Lom, Santiago de Chile.
- TORBISCO, N. (2006), *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*, Springer, Dordrecht.
- TORBISCO, N. (2014), "Derechos indígenas: Reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y los derechos humanos". En: HIERRO, L., *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Marcial Pons, pp. 81-127.
- TORRECUADRADA, S. (2001), *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Dyckinson, Madrid.
- YOUNG, I. (2000), *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, New York.
- YRIGOYEN, R. (2011), "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En: RODRIGUEZ, C., *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 139-160.





Restitutio in integrum

Gonzalo Candia
Universidad Católica de Chile
gfcandia@uc.cl

Resumen

El artículo describe en qué consiste la *restitutio in integrum*, entendida aquella como un tipo de reparación destinada a hacer efectiva la responsabilidad del Estado que infringe alguna de las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El propósito de esta forma de reparación es devolver a la víctima al estado anterior a la infracción de sus derechos. El autor concluye señalando casos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó medidas de *restitutio in integrum*.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos; responsabilidad internacional; reparaciones; *restitutio in integrum*

Restitutio in integrum

240

Abstract

The focus of this article is to describe the *restitutio in integrum* (restitution), which is a type of reparation whose objective is to make effective the state responsibility for the infraction of the American Convention on Human Rights. The purpose of this reparation is to restitute the victim to the state of affairs that existed before the violation of human rights transpired. The author concludes offering some cases in which the Inter-American Court of Human Rights adopted measures of *restitutio in integrum*.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights; international responsibility; reparations; *restitutio in integrum*

Introducción: responsabilidad internacional del Estado por infracción de la Convención Americana

Es principio de derecho internacional que las violaciones de los compromisos internacionales acarrearán la responsabilidad internacional de los Estados. Ahora bien, la responsabilidad internacional de los Estados puede ser ordinaria o agravada (Cassese, 2005: 262). Será ordinaria cuando el ilícito cometido por uno de los Estados refiere a la violación de tratados bilaterales o multilaterales creadores de obligaciones sinalagmáticas respecto de las partes; esto es, obligaciones establecidas única y exclusivamente para proteger los intereses recíprocos de los Estados. Por el contrario, la responsabilidad agravada emerge cuando uno de los Estados en su actuación positiva u omisiva infringe una obligación que existe respecto de toda la comunidad internacional y que representa (a) una norma consuetudinaria de *ius cogens* destinada a proteger valores fundamentales para la comunidad, tales como los derechos humanos, la paz o el derecho de autodeterminación de los pueblos, o (b) una obligación especificada con *alcance erga omnes contractantes* en tratados multilaterales destinados a proteger esos mismos valores fundamentales sobre los cuales descansa la convivencia de la comunidad internacional (Cassese, 2005: 262).

El derecho internacional de los derechos humanos crea, precisamente, obligaciones de esta segunda naturaleza, esto es, obligaciones cuya violación genera un tipo de responsabilidad agravada para el Estado infractor. La existencia de este tipo de responsabilidad ha sido tempranamente reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) como un principio general de derecho internacional. En efecto, la Corte IDH ha afirmado que “toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (Velásquez Rodríguez v. Honduras, 1989: para. 25).

Ese principio general de derecho internacional, en cuanto responsabilidad agravada, se encuentra expresamente reconocido en el artículo 63.1 de la Convención Americana (en adelante, la Convención). La norma en cuestión señala que, en caso de infracción de alguno de los derechos y libertades de la Convención, corresponderá a la Corte IDH: (a) garantizar el goce de sus derechos a la víctima de la violación; (b) ordenar la reparación de las consecuencias ocasionadas por la infracción del estado; y (c) disponer el pago de una “justa indemnización” a la víctima.

De acuerdo a lo indicado por Pasqualucci, la historia de esta norma ilustra que el propósito de los redactores de la Convención fue, precisamente, dotar a la Corte IDH de atribuciones amplias para hacer efectiva la responsabilidad del Estado infractor (2013: 190). En efecto, en los primeros borradores del proyecto de Convención, la Corte IDH sólo tenía facultades para disponer del pago de indemnizaciones en favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, la redacción del artículo 63.1 experimentó cambios y —a solicitud de Guatemala— los Estados contratantes decidieron ampliar la autoridad de la Corte IDH en relación a la reparación de los daños ocasionados por la violación de las obligaciones adquiridas por los Estados en virtud de la Convención (2013: 190). La amplitud de la autoridad de la Corte IDH en esta materia ha llevado a algunos autores a afirmar que el sistema de responsabilidad del sistema interamericano es “el más completo régimen jurídico de responsabilidad desarrollado dentro del derecho internacional de los derechos humanos” (Grossman, 2007: 1376).



El surgimiento de responsabilidad internacional por parte de los Estados que infrinjan los derechos reconocidos por la Convención requiere de ciertos presupuestos. El primero de ellos es la efectiva infracción de la Convención o de algún otro instrumento de protección del sistema interamericano que reconozca jurisdicción a la Corte IDH. En segundo lugar, dicha infracción debe ser imputable al Estado por vía de acción u omisión. En relación a esta última, la responsabilidad del Estado por omisión emergería cuando “el estado no actúa efectivamente ante situaciones de violaciones que obedezcan a un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos, esto es, en aquellas situaciones en que la estructura del Estado no previene ni garantiza los derechos fundamentales” (Nash, 2007: 30).

En relación al factor subjetivo de la responsabilidad, la Corte IDH ha tenido una jurisprudencia contradictoria (Nash, 2007: 18). En un principio, la Corte IDH manifestó que el surgimiento de la responsabilidad internacional para un Estado por la violación de la Convención exigiría la existencia de un daño efectivo respecto de una víctima específica (*Genie Lacayo v. Nicaragua*, 1997: para. 95). Esa visión cambió a partir de la sentencia recaída en *Olmedo Bustos y otros v. Chile* (2001). En dicho fallo, la Corte IDH afirmó que “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” (*Olmedo Bustos y otros v. Chile*, 2001: para. 72). Por tanto, dicha responsabilidad nace “sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño” (Nash, 2007: 18).

Una vez analizada en términos generales la forma en la cual se origina la responsabilidad internacional del Estado, se analizará uno de los mecanismos a través de los cuales los estados responden internacionalmente: la *restitutio in integrum*.

1. Obligación de reparar: la *restitutio in integrum*

Aplicando el artículo 63.1 de la Convención, la Corte IDH —una vez declarada la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos y libertades reconocidas por el Pacto de San José— debe ordenar al Estado la reparación de la víctima. Dicha reparación está orientada hacia la reconstrucción de la persona y de la sociedad en su conjunto (*Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres*, 2011: 234). Ella exige que, en primer lugar, se ordene la *restitutio in integrum*, la que ha sido definida como “el restablecimiento de la situación anterior a la violación” (*Almonacid Arellano v. Chile*, 2006: para. 136). Ello, a su vez, no excluye la reparación de las consecuencias de la violación y el pago de una justa indemnización, que debe no sólo cubrir los daños patrimoniales sino también los morales ocasionados por la violación (*Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 1989: para. 26).

Ahora bien, la aplicación de la regla de la *restitutio in integrum* no es siempre posible. En efecto, ciertas violaciones de derechos fundamentales tienen una entidad tal que hacen imposible retrotraer la situación al estado anterior a la infracción, dada “la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados” (*Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 1989: para. 27). Ello ocurriría, por ejemplo, en los casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, o torturas de personas, que —tristemente— abundan en la jurisprudencia del sistema Interamericano. Asimismo, la Corte IDH ha considerado que existen casos en que, si bien la *restitutio in integrum* es posible, la misma “no [es] suficiente o adecuada” (*Blake v. Guatemala*, 1999: para. 42).

En esas instancias, la Corte IDH está llamada a adoptar todas las medidas que fuesen posible para reparar las consecuencias de la infracción y a ordenar el pago de indemnizaciones. Entre las medidas del primer tipo se encontraría la adopción de “las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan [los] hechos lesivos” (19 Comerciantes v. Colombia, 2004: para. 222). En ese sentido, la *restitutio in integrum* no agota los mecanismos de reparación contemplados por el sistema interamericano (Aloeboetoe y otros v. Surinam, 1993: para. 49; Garrido y Baigorria v. Argentina, 1998: para. 41). Sin embargo, cualquiera que sea la medida de reparación ordenada por la Corte IDH, la misma se encuentra sujeta al régimen del derecho internacional en todos sus aspectos (Garrido y Baigorria v. Argentina, 1998: para. 42; Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, 2003: para. 149). Como consecuencia de aquello, los Estados no pueden invocar normas de derecho interno para eximirse de cumplir dicha responsabilidad (Bulacio v. Argentina, 2003: para. 72).

Retornando a la *restitutio in integrum*, ésta ha sido concebida por la Corte IDH como un tipo de reparación que busca “restaurar la salud de las víctimas, su libertad, su sentido de bienestar, su dignidad, y su *status* dentro de sus familias, comunidades y sociedad” (Pasqualucci, 2013: 196). Como se decía en el párrafo anterior, dada la naturaleza de los casos resueltos por la Corte IDH, sólo en algunos de ellos ha sido posible ordenar la *restitutio* (Cassel, 2006: 93), entendida aquella como el intento de restablecer la situación al *statu quo* anterior a la infracción del derecho. Con todo la *restitutio in integrum* debe considerarse como una forma de reparación, entre muchas que la Corte suele ordenar cumplir a los Estados. Entre esas otras medidas a adoptar por los Estados se encuentran las medidas de no repetición, las medidas de reparación simbólicas y las reformas legislativas.

2. Algunos ejemplos de *restitutio in integrum* dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH

Los casos en los cuales la *restitutio* ha tenido lugar refieren a situaciones en los cuales la Corte IDH ha ordenado: (a) liberar personas que habían sido privadas de su libertad por el Estado infractor; (b) restituir a funcionarios en sus cargos públicos; (c) dejar sin efecto condenas penales y la cancelación de los antecedentes de naturaleza penal de las víctimas en registros públicos; (d) dejar sin efecto sanciones civiles accesorias a condenas penales; (e) proteger personas desplazadas en contextos de conflictos internos; (f) restituir bienes incautados por el Estado; y (g) permitir el retorno y delimitación de las tierras ancestrales de pueblos indígenas.

2.1. La liberación de personas privadas de su libertad por el Estado infractor

Uno de los casos más paradigmáticos en relación a este modo de *restitutio* es *Loayza Tamayo v. Perú* (1997). En este caso, una profesora universitaria fue detenida sin cargos y luego condenada a veinte años de prisión por jueces sin rostro en el Perú de Fujimori. Luego que la Corte IDH condenara al Estado por múltiples violaciones de derechos, el tribunal ordenó al Perú “[poner] en libertad a María Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable” (*Loayza Tamayo v. Perú*, 1997: para. 192.5).

2.2. La restitución de funcionarios en sus cargos públicos

La Corte IDH ha ordenado restituir en sus cargos a funcionarios públicos que hubiesen sido separados de ellos por medio de un algún acto estatal que implicara infracción de derechos. Por ejemplo, en *Baena y otros v. Panamá* (2001), el tribunal ordenó al Estado la reintegración en sus cargos de 270 funcionarios públicos y “si esto no fuera posible, [el Estado debía ofrecer] alternativas de empleo que respe[tasen] las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos” (*Baena y otros v. Panamá*, 2001: para. 214.7). Similares decisiones fueron adoptadas en otros casos como *Ivcher Bronstein v. Perú* (2001) y *Caso de la Cruz Flores v. Perú* (2004).

Asimismo, y en el contexto de los casos que involucraron a la Venezuela de Hugo Chávez, la Corte IDH ha ordenado la restitución en sus cargos de diversos jueces separados de sus funciones por razones que implicaran la infracción de sus derechos y de los principios básicos del Estado de Derecho (Aritz Barbera y otros con Venezuela, 2008: para. 267.17). En otro caso similar, la Corte IDH condenó a Venezuela por haber apartado de su cargo a un juez a través de un proceso que la propia Corte Suprema de Venezuela calificó como ilegal (*Reverón Trujillo v. Venezuela*, 2009: para. 209.7).

2.3. La rescisión de sentencias penales y la cancelación de los antecedentes de naturaleza penal de las víctimas en registros públicos

En *Cantoral Benavides v. Perú* (2001), la Corte IDH ordenó dejar sin efecto una sentencia condenatoria en lo penal, dictada con infracción de los derechos reconocidos por la Convención, y la cancelación de todos los antecedentes penales de la víctima que constaran en los registros públicos del Estado (*Cantoral Benavides v. Perú*, 2001: para. 99.5). Similar decisión adoptó la Corte IDH respecto de un periodista cuya condena penal por difamación fue declarada incompatible con las garantías de la Convención (*Tristán Donoso v. Panamá*, 2009: para. 195). Otro tanto ocurrió en *Herrera Ulloa v. Costa Rica* (2004) y *Kimel v. Argentina* (2008).

Recientemente, en *Norín Catrimán y otros v. Chile* (2014), la Corte IDH dispuso que el Estado debía dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias pronunciadas por tribunales chilenos en contra de un grupo de activistas mapuches condenados por la comisión de delitos terroristas (*Norín Catrimán y otros v. Chile*, 2014: para. 422). Ello, además, implicaba la eliminación de los antecedentes criminales de los condenados en los registros públicos en relación a esa condena (*Norín Catrimán y otros v. Chile*, 2014: para. 422).

En muchos casos, la Corte IDH ordena la reapertura de procesos penales concluidos con autoridad de cosa juzgada, cuando la misma es calificada como “fraudulenta”, debido, por ejemplo, a la práctica de una investigación insuficiente (E.g: *Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*) o a la aplicación de una ley de amnistía contraria a la Convención Americana (E.g: *Almonacid Arellano y otros v. Chile*). Esto ha sido objeto de críticas, debido a una posible infracción del principio de *non bis in ídem*, por parte de ciertos autores (Malarino, 2013) y de altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Uruguay (AA.BB. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 18.831, 2013).

2.4. La suspensión de sanciones civiles accesorias a condenas penales

En otros casos, la Corte IDH ordenó suspender el pago de indemnizaciones civiles derivadas de condenas penales. Por ejemplo, en *Cantos v. Argentina* (2002) deja sin efecto el pago de multas (Cantos v. Argentina, 2002: para. 77.1). En *Lori Berenson Mejía v. Perú* (2004), la Corte IDH ordenó la condonación de una deuda surgida por concepto del pago de indemnizaciones civiles derivadas de una condena criminal aplicada en infracción de derechos establecidos en la Convención (Lori Berenson Mejía v. Perú, 2004: para. 248.5). Lo mismo ocurrió en *Norín Catrimán y otros v. Chile*, caso en el cual se dispuso que las sanciones civiles accesorias a la condena penal fueran dejadas sin efecto (Norín Catrimán y otros v. Chile, 2009: para. 422).

2.5. La protección de personas desplazadas en contextos de conflicto interno

En ciertos casos en que el Estado colombiano ha sido condenado por la Corte IDH por las violencias cometidas por el Estado o paramilitares en contra de personas desplazadas en el territorio del país, el tribunal ha ordenado a Colombia proteger a los desplazados que quisieran retornar a sus tierras (Masacre de Mapiripán v. Colombia, 2005; Masacres de Ituango v. Colombia, 2006; Masacre de Puerto Bello v. Colombia, 2006).

2.6. La restitución de bienes incautados por el Estado

En *Palamara Iribarne v. Chile* (2005), la Corte IDH condenó a Chile por el secuestro judicial de un texto cuya publicación fue considerada por el Estado un atentado contra la seguridad nacional. Como parte de dicha condena, la Corte IDH ordenó la restitución a su autor de los libros objeto del secuestro (Palamara Iribarne v. Chile, 2005: para. 250).

2.7. El retorno y la delimitación de las tierras ancestrales de pueblos indígenas

En los casos *Comunidad Indígena Yakie Axa v. Paraguay* (2005), *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay* (2006) y *Comunidad Indígena Xákmok Kasek v. Paraguay* (2010), la Corte IDH impuso al Estado la obligación tanto de restituir sus tierras ancestrales a ciertos pueblos indígenas como la de demarcarlas en conformidad a la ley nacional.

3. Conclusión

En el cuerpo jurisprudencial de la Corte IDH, los casos en los cuales el tribunal ha podido ordenar una *restitutio in integrum*, esto es, adoptar las medidas necesarias para restaurar el *statuo quo ante*, son relativamente pocos. En estos últimos casos, la Corte IDH ha ordenado a los Estados realizar una serie de acciones con el fin de retrotraer la situación al estado anterior a la infracción de derechos, tales como dejar sin efecto condenas penales, disponer la reincorporación de funcionarios públicos apartados de su puestos por la autoridad nacional, etc.



Bibliografía

1. Jurisprudencia, documentos e informes

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1989), *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1993), *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997), *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997), *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998), *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C No. 48, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C No. 88, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso de la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C No. 115, Corte IDH, San José.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares y Reconocimiento de Responsabilidad. Sentencia de 7 de marzo de 2005, Serie C No. 122, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Comunidad Indígena Yakie Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de julio de 2006, Serie C No. 148, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008), *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 No. 182, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C No. 197, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kasek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, Corte IDH, San José.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), *Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, Corte IDH, San José.
- CORTE SUPREMA DE URUGUAY (2013), *AA.BB. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 18.831, IUE 2-109.9717/2011*. Sentencia de 22 de febrero de 2013, Corte Suprema de Uruguay, Montevideo.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas



- BURGORGUE-LARSEN, L. y A. ÚBEDA DE TORRES (2011). *The Inter-American court of human rights. Case law and commentary*. Oxford University Press, Oxford.
- CASSESE, A. (2005), *International law*. 2° ed. Oxford University Press, Oxford.
- CASSEL, D. (2006), "The Expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American court of human rights" en Bossuyt, M., P. Lemmens, K. De Feyter, y S. Parmentier eds. *Out of the ashes: reparations for gross violations of human rights*. Mortsel, Intersentia.
- GROSSMAN, C. (2007), "Introduction to the Conference 'Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach'", *American University Law Review*. Volumen 56, número 6, pp. 1376-1377.
- MALARINO, E. (2013), "Transición, Derecho Penal y Amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición", *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número 9, pp. 205-222.
- NASH, C. (2007), *Las reparaciones ante la corte interamericana de derechos humanos (1988-2007)*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- PASQUALUCCI, J. (2013), *The practice and procedure of the Inter-American court of human rights*. 2° ed. Cambridge University Press, Cambridge.



Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

Helena María Olea Rodríguez
Universidad Diego Portales
helena.olea@mail.udp.cl

Resumen

El análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a no nacionales, permite constatar el desarrollo de elementos particulares para el análisis de la violación de derechos humanos en contextos de migración. Se observa un lento y paulatino surgimiento de la sensibilidad por parte de los actores del SIDH en torno a las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las personas, cuando sus derechos humanos son violados por un Estado del cual no son nacionales. Emerge la incipiente consideración de la violación de la libertad de circulación cuando una persona se ve obligada a dejar el país de su nacionalidad y solicitar protección en otro Estado, luego de haber sufrido violaciones a sus derechos humanos. La Corte IDH debe continuar en el desarrollo y consolidación del análisis de condiciones de vulnerabilidad como un marco de referencia en casos de víctimas no nacionales.

Palabras clave

Migración, asilo, nacionalidad, protección consular, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Migration (in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights)

Abstract

The analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights relating to the situation of the *no nationals* helps to develop the particular elements for the analysis of the human right's violations in migration contexts. Migrant's vulnerability conditions when living in a foreign country have gradually increased the sensitivity regarding the protection of migrant persons on the part of the Inter-American System's institutions. An incipient concern about the rights violations when a national is compelled to migrate when her state infringes her rights is also gaining importance in the Inter-American System and in the Inter-American Court's jurisprudence. Nevertheless, the Court should continue to develop and consolidate the analysis of the conditions of vulnerability in cases of human right's violations of migrant persons.

Keywords

Migration, asylum, nationality, consular protection, Inter-American Court of Human Rights

La migración se ha transformado, como resultado de la globalización, haciéndose más compleja y heterogénea. El aumento de la escala del fenómeno migratorio, a pesar de los esfuerzos de los Estados por cerrar sus fronteras al cruce de personas extranjeras y abrirlas a los capitales, bienes y servicios, ha contribuido a que sea cada vez más visible y parte de la contingencia. Aunque la migración es un fenómeno histórico, que ha acompañado a la humanidad desde el siglo XVI, existe una reciente percepción y conciencia sobre ella, y sobre las repercusiones que tiene. En este contexto globalizado, la migración interroga a las sociedades y las naciones sobre su identidad, y a los Estados sobre su capacidad de control de las fronteras y sobre el trato que reciben los no nacionales (Castles, 2002: 1143-1146). Los flujos migratorios actuales están integrados por migrantes económicos y migrantes forzados. La migración ha transformado las sociedades, que ya no se componen de ciudadanos o nacionales, sino de migrantes y refugiados o de no nacionales, término que designa a los dos grupos.

La globalización también ha influido en la visibilidad y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. El sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se han desarrollado en los últimos sesenta años para responder al desafío de enmarcar la acción estatal en la protección del ser humano, de su dignidad humana (Donnelly, 2013: 7-23). En América, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH) ha evolucionado, siguiendo inicialmente el modelo del sistema europeo y desarrollando paulatinamente una identidad propia. Dentro del sistema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha cumplido un rol primordial en el desarrollo del contenido y alcance de las obligaciones estatales. Su jurisprudencia contenciosa y consultiva ha influenciado la acción estatal, delineando elementos centrales en la relación entre el Estado y las personas que se encuentran bajo su jurisdicción (Shelton, 2010).

Los no nacionales interrogan la vocación y la capacidad de los Estados para garantizar y proteger los derechos humanos. Los no nacionales no tienen un vínculo político con el Estado, como lo tienen los ciudadanos, pero se encuentran bajo su jurisdicción. El Estado se relaciona con ellos desde su condición de seres humanos exclusivamente (Cole, 2006: 627). La migración es por lo tanto un desafío y un examen tanto para los Estados como para los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. En su relación con los migrantes, los Estados materializan la obligación de proteger los derechos humanos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

La Corte IDH ha respondido a este desafío en su jurisprudencia contenciosa y consultiva¹, protegiendo los derechos de los no nacionales tanto en el proceso migratorio, como en otras situaciones. Al examinar detenidamente las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH es posible observar un lento y paulatino surgimiento de la sensibilidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los representantes de las víctimas, y los jueces, en torno a las condiciones de vulnerabilidad de las personas en la migración. La Corte IDH se ha preguntado cómo debe aproximarse al examen de la responsabilidad internacional de un Estado cuando viola los derechos humanos de una persona con la cual no tiene un vínculo de nacionalidad, ¿cuáles son las obligaciones del Estado cuando la víctima es un no nacional?, ¿en qué condiciones se encuentra la víctima no nacional?, ¿cómo responde la persona no nacional a la infracción de sus derechos? Paulatinamente, la Corte IDH también ha incorporado en su análisis de los casos la

¹ La Corte IDH emitió la primera resolución en un caso contencioso en 1987 y la primera Opinión Consultiva en 1981.

consideración de la responsabilidad que le cabe a un Estado por haber violado los derechos humanos de sus nacionales, llevándolos a buscar protección en otro Estado.

En este proceso, la Corte IDH ha desarrollado bajo el concepto “condiciones de vulnerabilidad”, elementos y herramientas, que cada vez utiliza con mayor sistematicidad para examinar la situación de los no nacionales en relación al Estado receptor². Así mismo, los litigantes del SIDH, tanto la CIDH, como Estados, abogados y organizaciones no gubernamentales (ONG), han incorporado este elemento en sus estrategias de litigio. El lento surgimiento de la sensibilidad a la vulnerabilidad de quienes se encuentran fuera de su lugar de residencia habitual, contrasta con la confianza de los no nacionales víctimas de violaciones de derechos humanos en que encontrarían protección en el SIDH, como se mostrará en este trabajo. Aunque personas migrantes, refugiadas y extranjeras han acudido de manera regular al SIDH, la consideración del desarraigo como un contexto particular que requiere un tratamiento diferenciado y que puede generar violaciones de derechos humanos, emerge como una perspectiva relativamente reciente en el litigio y en el análisis de los casos por parte de la Corte IDH.

Adicionalmente, este proceso ha llevado a los actores del SIDH y a la misma Corte IDH a incluir dentro del análisis de derechos violados, la violación del derecho a la libertad de circulación de las víctimas de violaciones de derechos que se ven obligadas a salir del Estado del cual son nacionales y buscar protección en otro Estado. Paulatinamente, la Corte IDH ha establecido que los Estados son responsables por la persecución que lleva a sus nacionales a convertirse en no nacionales en otro Estado. Asimismo, la Corte IDH ha empezado a reconocer dentro de los montos de la indemnización, los costos vinculados a la migración forzada. El análisis cronológico de la jurisprudencia en esta materia, permite constatar un vacío que está siendo llenado, en la medida en que los hechos de los casos sometidos a la Corte IDH lo permite.

El artículo está estructurado de la siguiente manera. Se presenta el desarrollo del concepto de condiciones de vulnerabilidad en su aplicación a la situación de los no nacionales en su relación con el Estado receptor. Luego se analiza la jurisprudencia de la Corte IDH observando la inclusión de este concepto. Este análisis se realiza, a partir de la organización de la jurisprudencia a partir de las etapas del proceso migratorio. Inicia con la consideración de que son casos en los que los nacionales reclaman por la violación de sus derechos al Estado de su nacionalidad, violación que los obliga, o por lo menos intenta, convertirlos en no nacionales. Posteriormente, se analizan las sentencias y opinión consultivas que consideran la relación de los no nacionales con el Estado receptor en procedimientos migratorios. Continúa el análisis con la consideración del derecho a la no discriminación de los migrantes en situación irregular. Luego se considera la relación entre los no nacionales y el Estado receptor en el contexto de otras violaciones a sus derechos humanos, particularmente en casos de personas que fueron privadas de su libertad. Finalmente, se consideran los casos relativos a violaciones del derecho a la nacionalidad. Se trata de casos en los que las violaciones a los derechos humanos transforman a las víctimas de nacionales en no nacionales.

El presente trabajo pretende ser un aporte a esta discusión, al analizar la totalidad de la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH dictada hasta

² Este es un término definido por la Corte IDH en la OC-18 (2003) para referirse al Estado al cual ingresa una persona, sea de tránsito o de destino.



julio de 2015 sobre no nacionales, describiendo el proceso de análisis de la Corte IDH, identificando los puntos de quiebre, las omisiones y razones para reconocer o rechazar violaciones de derechos humanos de los no nacionales. Desde el punto de vista metodológico, el trabajo de Dembour establece un camino metodológico que intento seguir (Dembour, 2015: 22).

1. Las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes

El concepto de vulnerabilidad fue tomado desde las ciencias sociales y utilizado por el sistema universal de derechos humanos para referirse a la situación de los migrantes, posteriormente, la Corte IDH lo ha utilizado para referirse a los pueblos originarios y los defensores de derechos humanos. La acción humanitaria, por ejemplo, utiliza este término para evaluar la situación de riesgo de una población y su capacidad de respuesta, y a partir de ello preparar sistemas de apoyo y asistencia. Marta Fineman, aunque refiriéndose a las mujeres, propone utilizar la vulnerabilidad como categoría de análisis no sólo para referirse a grupos definidos, sino para analizar de manera más puntual y detallada la discriminación en segmentos de la población en su relación con las instituciones y estructuras (Fineman, 2008).

En el año 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas (UN) aprobó la resolución 54/166, uno de los primeros intentos por introducir la idea de la situación de vulnerabilidad en la que suelen estar los migrantes. La resolución, la describe como una condición en la que se encuentran los no nacionales –aunque no los menciona con ese término-, producto de no residir en sus Estado de origen, y de afrontar dificultades por las diferencias idiomáticas y culturales; dificultades económicas y sociales; y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, en razón de su situación migratoria irregular. Jorge Bustamante, en su condición de Relator sobre los Derechos de los Migrantes, afianzó la utilización del concepto de vulnerabilidad para aproximarse a la situación de los migrantes en su relación con el Estado receptor. Bustamante define la vulnerabilidad como una condición de ausencia de poder adscrita a individuos que no cumplen los requisitos para ser nacionales, y que deviene en impunidad para quien abusa de los migrantes. La vulnerabilidad no es inherente a los migrantes, sino que se observa en la relación entre un individuo y un Estado, es relacional. Por lo tanto se trata de un constructo social que puede ser deconstruido (Bustamante, 2002: 343).

La vulnerabilidad es un concepto útil para ilustrar la débil relación entre el no nacional y el Estado receptor, a pesar del marco jurídico internacional de los derechos humanos. Recientemente, se han publicado trabajos que argumentan que la Corte Interamericana está desarrollando un test de vulnerabilidad (Estupiñán-Silva, 2014) y que presentan su aplicación en el derecho internacional (Solanes, 2014).

2. El derecho a ingresar al país de su nacionalidad

En su quinto año de funcionamiento, en 1991, la Corte IDH falló el primer caso de un migrante: *Gangaram Panday vs. Surinam*. Este caso se refiere a un nacional de Surinam, quien regresaba a su país luego de ser expulsado de Holanda, y que al ingresar fue detenido en el aeropuerto, sin orden judicial y sin autorización legal. A los tres días lo encontraron muerto en su celda. El Estado alega que se suicidó. Durante el proceso ante la Corte IDH, Surinam alegó que la detención era justificada por cuanto se encontraban investigando las razones de su expulsión y que fue detenido en un albergue para personas deportadas. La aproximación a los hechos del caso por parte de la CIDH y de los representantes de la víctima es la de

un caso de muerte de una persona que se encuentra privada de libertad por autoridades estatales (Caso Bulacio vs. Argentina, 2003), dejando de lado y omitiendo cuestionar la detención y la ausencia de control judicial de ésta. La Corte IDH mantiene este enfoque y no discute el fundamento legal de la privación de libertad. La Corte determinó que la detención fue ilegal, pero no pudo establecer la responsabilidad del Estado en el fallecimiento de la víctima. En su sentencia, la Corte IDH no hizo referencia al derecho a ingresar al Estado del cual se es nacional y tampoco consideró la situación particular del emigrante objeto de una medida de expulsión o deportación. Tampoco cuestionó las razones que esgrimió el Estado para la privación de libertad del señor Gangaram Panday. En este caso, la Corte IDH no considera las condiciones de vulnerabilidad del migrante deportado y más bien permite que los puntos de ingreso al territorio nacional sean un espacio donde la privación de libertad pareciera no estar sujeta a estándares de derechos humanos.

3. El derecho a residir en el país de su nacionalidad o a no migrar

Algunas de las dictaduras latinoamericanas acudieron a la expulsión de sus nacionales y de algunos pocos no nacionales, como última medida, después de haberlos detenido y torturado. Esta fue una medida excepcional, porque muchos otros fueron desaparecidos, luego de haber sido torturados. En este contexto, la expulsión y la consecuente prohibición de ingreso no era para muchas de las víctimas de estas dictaduras una violación de derechos, sino la oportunidad de sobrevivir (Terminiello, 2014). Durante las dictaduras del Cono Sur cientos de mujeres embarazadas y que fueron violadas durante su detención quedando embarazadas, estuvieron detenidas hasta tener a sus hijos, luego fueron desaparecidas. Esos niños fueron entregados y crecieron con otro nombre e identidad. Un caso que ilustra esta práctica es el *caso Gelman vs. Uruguay* (2011), al cual se agrega el cruce de frontera durante la privación de libertad.

Los casos de víctimas de prisión política y torturada, que habían sobrevivido, y que fueron expulsados, se tardaron en ser presentados a la Corte IDH. La expulsión era una violación más de derechos humanos que habían sufrido estas personas pero en comparación con la desaparición o ejecución, su valoración y auto-percepción como víctimas pasaba a un segundo plano³. Finalmente, en 2013, la Corte IDH conoció el *caso García Lucero y otras vs. Chile* (2013), que se refiere a una víctima de detención ilegal y torturada, que fue expulsada y reconocida como refugiada en el Reino Unido. No obstante, la CIDH omitió demandar a Chile por la violación a la libertad de circulación, y los representantes de la víctima lo hicieron de manera extemporánea, por lo cual la Corte IDH no se pronunció sobre esta violación (Caso García Lucero y otras vs. Chile, 2013: párr. 207-210). Sin duda, esta fue una oportunidad perdida para desarrollar este elemento del derecho de circulación y residencia.

A diferencia de la situación anterior, en la que el Estado expulsa a un nacional, hay otros casos en los que víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares se enfrentan a la necesidad de huir del lugar de residencia y buscar protección en otro Estado. Si bien el primero es el resultado directo de la acción estatal, y el segundo es la consecuencia no deseada de la actuación del Estado, los dos son casos de migración forzada. Las víctimas de violaciones a los derechos humanos, solicitan protección en otro Estado bajo la figura del derecho de asilo. La Corte IDH tuvo la oportunidad de considerar este elemento en dos casos contra

³ Esta situación se constata en el tiempo que transcurrió entre el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991), y el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (2004).



Guatemala, el de *Maritza Urrutia* (2003) y el de *Marco Antonio Molina Theissen* (2004).

Se observa el desarrollo de una perspectiva que incluye la migración forzada dentro del análisis del caso. En el *caso de Maritza Urrutia vs. Guatemala*, se constata la omisión o el silencio de las partes y de la Corte IDH con respecto a considerar la decisión de huir y acogerse a un estatuto de protección internacional, como parte de las violaciones sufridas. Maritza Urrutia fue ilegalmente detenida, torturada y obligada a rendir una declaración judicial. Tan pronto como le fue posible, ella salió del país con la asistencia de Amnistía Internacional y posteriormente fue reconocida como refugiada en México. En los hechos del caso, se menciona la condición de refugiada de la víctima, y en la sección relativa a las reparaciones, se considera como un elemento que explica los daños materiales e inmateriales que sufrió como resultado del deterioro de su situación laboral y económica (Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 2003: párrs. 58.11 y 58.25). La sentencia menciona más adelante que ella vive en Holanda, pero no especifica si lo hace bajo algún estatuto de protección. El fallo también da cuenta de una solicitud tardía de reparaciones por concepto de daño inmaterial, incluyendo fondos para cubrir la educación del hijo de la víctima en su lugar actual de residencia, la cual es rechazada por la Corte IDH por extemporánea.

En cambio, en el *caso de Marco Antonio Molina Theissen vs. Guatemala* se observa una debida consideración al asilo y a las condiciones de vida fuera del país, como parte de las violaciones de derechos reconocidas y reparadas. Marco Antonio Molina Theissen era un niño de 14 años, detenido ilegalmente por agentes estatales y posteriormente desaparecido. Los hechos del caso tuvieron lugar en 1981, momento en que Guatemala se encontraba inmersa en un conflicto armado interno, en el cual las fuerzas estatales cometían detenciones ilegales, secuestros, torturas y desapariciones forzadas contra personas que asumían eran sus opositores. Estos hechos tenían lugar en un contexto de total impunidad. La familia Molina Theissen era opositora al gobierno y varios de sus miembros y parientes fueron víctimas de violaciones a sus derechos humanos. Los miembros sobrevivientes de la familia Theissen solicitaron asilo en México⁴ y en Ecuador⁵, para posteriormente reunirse en Costa Rica en 1985⁶. En los hechos, la Corte IDH solamente menciona que la familia reside en otro país, pero omite considerar que salieron del país de su nacionalidad y residencia habitual de manera forzada, para proteger su vida, su libertad y su seguridad personal. En este caso, el Estado de Guatemala aceptó los hechos y la responsabilidad en relación a las violaciones de derechos. La sentencia le da el tratamiento de víctima no sólo a Marco Antonio, sino también a sus familiares. La Corte IDH determinó que el Estado es responsable de la violación del derecho a la integridad personal, las garantías judiciales, la protección a la familia y a la protección judicial de la familia Molina Theissen.

Mientras que el caso de *Maritza Urrutia* es un buen ejemplo de un caso en el cual las partes omitieron hacer referencia a su condición de refugiada. La sentencia también da cuenta de la omisión por parte de la Corte IDH de referirse y considerar el impacto que tiene en la vida de una persona ser refugiada. El caso *Molina*

⁴ Ana Lucrecia Molina Theissen describe su vida como refugiada en México, en su testimonio. Llama la atención que en los hechos del caso, la Corte IDH se refiere a su exilio en México, cuando se trató de una solicitud de asilo (Caso *Molina Theissen Vs. Guatemala*, 2004: párr. 30 b).

⁵ La Corte IDH describe en los hechos que la familia inicialmente se asiló en la representación diplomática de Ecuador (Caso *Molina Theissen Vs. Guatemala*, 2004: párr. 30 a).

⁶ Ana Lucrecia Molina Theissen describe en su testimonio que ingresaron a Costa Rica de manera irregular y solamente pudieron regularizar su situación migratoria en el contexto de un programa de regularización en razón de haber tenido un hijo nacido en dicho país (Caso *Molina Theissen Vs. Guatemala*, 2004: párr. 30 b).

Theissen refleja un avance ya que la CIDH alegó que la familia había sufrido un daño inmaterial debido a que se vio obligada a “emigrar a otro país, por temor a que otro miembro de la familia sufriera lo ocurrido a Marco Antonio Molina Theissen, por lo que tuvieron que dejar sus ‘trabajos, sus raíces, su cultura, su gente, su hogar, sus pertenencias, sus demás familiares [y] amigos’. Todo ello ha producido a la familia Molina Theissen un gran daño psicológico” (Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, 2004: párr. 62 a). Esta tesis fue acogida por la Corte IDH que se refirió al exilio de la familia y a la alteración de sus condiciones de vida, ordenando una reparación significativa por este concepto (Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, 2004: párr. 69-70).

Algunos años más tarde, en el contexto del caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Corte IDH tuvo la oportunidad de referirse a la violación de la libertad de circulación de los hijos y la nuera de la víctima, quienes fueron objeto de amenazas en razón de sus acciones para lograr el esclarecimiento del homicidio del Senador Cepeda. Ellos tuvieron que residir fuera de Colombia durante algunos años con el objeto de proteger su vida, libertad e integridad personal (Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 2010: párr. 198, 201-202). Este caso representa un avance en relación a los anteriores, en cuanto los familiares de la víctima incluyeron argumentos y pruebas en el litigio del caso ante la Corte IDH, para lograr que se analizara expresamente la responsabilidad del Estado por el exilio de sus ciudadanos, cuando no encuentran protección y se ven obligadas a buscarla en un tercer Estado. Igualmente, la Corte IDH determinó que se violó su derecho a la integridad personal, con las amenazas que recibieron. El caso Cepeda Vargas desarrolla un estándar importante en materia de asilo al identificar en el exilio una violación autónoma de derechos que debe agregarse a las demás violaciones sufridas.

255

La Corte IDH tuvo nuevamente la oportunidad de referirse a la migración forzada en casos posteriores. El primero de ellos, se refiere a la privación arbitraria de la libertad y la tortura contra el señor Fleury en Haití, quien fue puesto en libertad, pero los hostigamientos y amenazas, hicieron que viviera escondido y lejos de su familia durante cinco años. Posteriormente, el señor Fleury viajó a Estados Unidos y solicitó el reconocimiento de la condición de refugiados. La Corte IDH reiteró que el derecho de circulación y residencia se afecta cuando una persona víctima de amenazas u hostigamientos no recibe del Estado las garantías para que pueda transitar y residir libremente en Estado, incluso cuando los hostigamientos y amenazas provienen de actores no estatales (Caso Fleury y otros Vs. Haití, 2011: párr. 93).

Otro caso es el de Luis Gonzalo Vélez Restrepo quien trabajaba como periodista y fue golpeado por soldados del ejército mientras filmaba el enfrentamiento entre una marcha de campesinos y militares. Posteriormente recibió múltiples amenazas, incluyendo un episodio en el cual intentaron secuestrarlo. El señor Vélez viajó a Estados Unidos, donde fue reconocido como refugiado junto con su familia. La Corte IDH determinó que en este caso se configuraron restricciones *de facto* a la libertad de circulación del señor Vélez y su familia, que los llevaron a buscar protección en otro Estado, por lo que Colombia es responsable de la violación del derecho de circulación y residencia (Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, 2012: párr. 220-224).

En esta misma línea, resulta muy interesante observar el alcance de la persecución estatal y la omisión de la Corte, en referirse a ello, en razón de la nulidad del proceso penal anterior. La señora J fue detenida y torturada en el Perú en abril de 1992, acusada del delito de terrorismo. Fue declarada inocente y quedó



en libertad quince meses más tarde. Ella viajó al Reino Unido donde solicitó asilo y se le reconoció la condición de refugiada. Posteriormente, en Perú se anuló el proceso penal en su contra y se dictó una orden de captura en su contra porque debía ser nuevamente juzgada. En 2007, la señora J fue detenida en Alemania por tener una solicitud de búsqueda y captura de la INTERPOL. Posteriormente, la señora J fue puesta en libertad, sujeta a una caución. El Perú solicitó su extradición por el delito de terrorismo, la cual fue rechazada en agosto de 2008. La señora J solicitó que se removiera la orden de búsqueda y arresto en su contra a la INTERPOL, solicitud que fue aceptada en noviembre de 2009. Sin embargo, el proceso penal en su contra en el Perú continúa abierto. En este caso, la Corte IDH no se refirió a la violación a la libertad de circulación, aunque determinó que se violaron los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, y a la integridad personal. Igualmente estimó que no se violaron otros derechos incluido el principio de *non bis in idem* en relación al proceso penal que permanece abierto en contra de la señora J, por cuanto la anulación del proceso anterior permite su reapertura y juzgamiento (Caso J. vs. Perú, 2013).

El caso J representa un retroceso en relación a la protección de la libertad de circulación y residencia a partir del caso Cepeda. La nulidad del procedimiento penal no debió invalidar las demás violaciones de derechos que ocurrieron y que justificaron su búsqueda de protección bajo la figura del asilo fuera del Perú. Los casos que en el futuro se presenten ante la Corte IDH de víctimas que solicitaron protección ejerciendo su derecho de asilo en un tercer país, permitirán determinar si se mantiene la línea jurisprudencial desarrollada en materia de libertad de circulación y residencia.

4. Derecho de asilo y principio de no devolución

El primer caso relativo al derecho de asilo en el sistema interamericano es el caso *Pacheco Tineo vs. Bolivia*, y fue decidido en 2013. Este caso es importante, ya que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) incluye específicamente el derecho de asilo (CADH, art. 22.7), lo cual no hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y tampoco la Convención Europea de Derechos Humanos. En esa medida, este caso establece un puente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. El caso fue resuelto en 2013, y los hechos se refieren a la familia peruana Pacheco Tineo, cuyos madre y padre fueron procesados por delitos de terrorismo, ambos estuvieron privados de libertad, y son víctimas en el caso *del Penal Castro Castro vs. Perú*, resuelto también por la Corte IDH en 2006. En 1994 el señor Pacheco y la señora Tineo fueron absueltos y quedaron en libertad. El año siguiente, la familia se trasladó a Bolivia donde el padre solicitó asilo y fue reconocido como refugiado. En 1998, el señor Pacheco firmó una declaración jurada de repatriación voluntaria, y salió hacia Chile, donde solicitó asilo y fue reconocido refugiado. En febrero de 2001, la familia Pacheco Tineo viajó a Perú porque pensó que podían regresar por documentos que les pedían en Chile para validar sus estudios, pero al sentirse en riesgo, resolvieron viajar a Bolivia, donde ingresaron de manera irregular. Al ser aprehendidos por las autoridades explicaron su situación y solicitaron les permitieran salir hacia Chile. La señora Tineo fue privada de la libertad, y solamente fue puesta en libertad con la presentación de un recurso de *habeas corpus*. La familia Pacheco Tineo presentó una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado en Bolivia, que fue rechazada. Posteriormente fueron expulsados a Perú, aunque las autoridades bolivianas habían acordado que las autoridades consulares chilenas les permitirían viajar a Chile. En Perú, el señor Pacheco y la señora Tineo volvieron a ser privados de su libertad durante cuatro meses.

La Corte IDH determinó que el Estado boliviano violó el derecho a las garantías judiciales y el derecho de asilo en los procedimientos migratorios y para el reconocimiento de la condición de refugiado que aplicó a la familia Pacheco Tineo. Además, determinó que se violó el derecho a la integridad psíquica y moral de los miembros de la familia, los derechos de los niños, y la protección a la familia, en dichos procedimientos (Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013: párr. 128-160). Esta sentencia es muy importante porque desarrolla los elementos del debido proceso en el marco del proceso de asilo, y el derecho de asilo. No obstante, sorprende que la Corte se haya referido a la condición de vulnerabilidad en razón de su ingreso irregular, pero que no lo haya vinculado a su condición de solicitantes de asilo en Bolivia y de refugiados reconocidos en Chile. Podría colegirse que la existencia de un estatuto especial de protección: el refugio, desarrollado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y la existencia de una agencia internacional (el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) repercute en que la Corte considere que los solicitantes no se encuentran en una condición de vulnerabilidad.

5. Derechos y Garantías de los niños en la migración

La Corte IDH tuvo la oportunidad de referirse a la protección de los derechos y garantías de los niños en los procesos migratorios, en la *Opinión Consultiva 21* (2014), solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Los Estados solicitaron a la Corte IDH que determinara qué procedimientos deben adoptarse para identificar los niños de los niños migrantes, sus necesidades de protección y adoptar las medidas pertinentes. Preguntaron también: cuáles eran las garantías del debido proceso en procedimientos migratorios que involucran niños; cuándo deben ser detenidos en dichos procedimientos cuando se encuentran con sus padres y cuando viajan no acompañados; qué medidas alternativas podrían tomarse en lugar de la detención; cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución al aplicarse a niños; cómo debe llevarse a cabo el procedimiento de asilo de un niño; y cómo se protege el derecho de un niño a no ser separado de sus padres en el contexto de una deportación.

La Corte IDH al desarrollar la opinión consultiva, empieza por señalar que los Estados deben priorizar un enfoque de derechos humanos, incluyendo los derechos de los niños, por sobre consideraciones relativas a la nacionalidad o situación migratoria. Insistió en la vigencia y aplicación de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño: principio de no discriminación, principio de interés superior del niño, principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y principio de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que lo afecte (*Opinión Consultiva 21*, 2014: párr. 68-70).

La OC-21 describe todos los elementos que deben incluir los procedimientos migratorios de niños, y enfatizó que es necesario identificar quiénes necesitan de protección internacional (*Opinión Consultiva 21*, 2014: párr. 82-107). La Corte IDH enfatizó que se debe permitir el ingreso como condición previa para la evaluación inicial. A continuación, desarrolló las garantías del debido proceso en los procedimientos migratorios, las cuales deben incluir:

- (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el



deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso. (Opinión Consultiva 21, 2014: párr. 116)

La Corte IDH limitó en gran medida, las condiciones y supuestos bajo los cuales los niños pueden ser privados de libertad, y desarrolló las características de las medidas de protección, el alcance y contenido del principio de no devolución y las características del proceso de asilo. Por último, la OC-21 estableció que en los procesos de expulsión de extranjeros, miembros de familias migrantes, debe mantenerse la unidad familiar, excepto que separarla sea la mejor forma de proteger el interés superior del niño o la niña, se trate de una medida idónea, necesaria y proporcionada.

La OC-21 desarrolló elementos centrales para la protección de la niñez migrante, que deberán ser retomados por la CIDH, las ONG y por la Corte IDH en casos futuros. La OC-21 ofrece elementos importantes en materia de debido proceso y los aplica en relación a los derechos de los niños, lo cual es un ejercicio interesante en materia de protección de condiciones de vulnerabilidad.

6. Derecho a la no discriminación de los migrantes indocumentados o en situación migratoria irregular

México presentó una solicitud de protección consular relativa a los derechos de los migrantes indocumentados o en situación irregular a la Corte IDH. Concretamente, preguntó por la protección de los derechos laborales de los migrantes en situación irregular, y por la posibilidad de condicionar la protección de los derechos de estas personas a objetivos de política migratoria. Por último, consultó si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley eran normas de *ius cogens*. Esta solicitud de opinión consultiva, fue la forma mediante la cual México llevó al seno del SIDH, una discusión relativa a la protección del derecho de huelga de los trabajadores migratorios en situación irregular en los Estados Unidos⁷.

Esta solicitud de opinión consultiva fue aprovechada por la Corte IDH para establecer las bases de su jurisprudencia en materia de derecho a la no discriminación. La Corte IDH puntualizó la diferencia entre una distinción, fundada en criterios objetivos y razonables, y una discriminación, que carece de estos elementos. Agregó “este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 101). Puntualizó la diferencia entre las discriminaciones en la ley y en la aplicación de esta y la ley y explicó el deber de adoptar medidas especiales transitorias para revertir situaciones discriminatorias.

Con respecto a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, la Corte IDH empezó por analizar y destacar la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse los migrantes, particularmente aquellos que se encuentran en situación irregular. Agregó que los Estados no pueden discriminar contra los migrantes o permitir que sean discriminados, pero que puede establecer diferencias de trato entre migrantes autorizados o documentados y no autorizados o indocumentados, siempre que sean razonable, objetivas,

⁷ Ver, Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB 535 U.S. 137 (2002)..

proporcionales y no lesionen derechos humanos (Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 119). Puntualizó que independientemente de su situación migratoria, los migrantes que son contratados para trabajar son titulares de derechos laborales (Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 147-149).

La OC-18 estableció conceptos claves en materia de no discriminación, que la Corte IDH posteriormente retomaría para desarrollar su jurisprudencia con respecto a la protección de los derechos humanos sin discriminación (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012). La vulnerabilidad del migrante en situación irregular ha sido retomado por la Corte IDH en los casos que se consideran a continuación.

7. Derechos de las personas sujetas a procedimientos de control migratorio

La primera sentencia de la Corte IDH relacionada con el proceso de control y sanción migratoria contra un extranjero fue dictada en 2010. El caso *Vélez Loor vs. Panamá* se refiere a la detención de un ciudadano ecuatoriano en Panamá, al proceso penal en su contra por carecer de la documentación necesaria para permanecer en el país, que terminó con su deportación diez meses más tarde, luego de que él presentó un pasaje para salir del país. El señor Vélez Loor fue procesado penalmente por tratarse de un nuevo ingreso no autorizado, después de haber sido deportado, delito que se sanciona con la pena de dos años de prisión. Los hechos en la sentencia mencionan que él fue deportado, sin embargo resulta válido preguntarse si ello fue así, considerando que él habría salido del país con un pasaje que él compró. En esta situación estaríamos ante una salida o abandono voluntaria del país.

La Corte IDH hizo hincapié en la situación de vulnerabilidad de los migrantes indocumentados o en situación irregular y en la desprotección en la que se encuentran, retomando algunos de los desarrollos de la OC-18. Puntualizó que la vulnerabilidad incluye una dimensión ideológica y un contexto particular que incluye condiciones *de iure* y *de facto*. Agregó que la aplicación de las políticas migratorias exigen la protección contra la discriminación y el respeto a y garantías del debido proceso (Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 2010: párr. 98 y 100). Además, la Corte IDH precisó que en cualquier situación de privación de la libertad, independientemente del tipo de proceso que la origina, la persona debe ser llevada ante un juez o un funcionario competente, independiente e imparcial, como lo establece el artículo 7.5 de la CADH. En caso de que vaya a ser objeto de una sanción penal o administrativa, y deberá ser juzgado dentro un plazo razonable, bajo las garantías judiciales del artículo 8.1 de la CADH, que tienen aplicación en procedimientos penales y administrativos (Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 2010: párr. 107-108).

La Corte IDH estimó que la detención fue arbitraria, en la medida en que se impuso como una sanción, de manera automática, sin consideración a las condiciones particulares del caso (Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 2010: párr. 170-173). Agregó que el señor Vélez Loor no tuvo acceso efectivo a representación legal que le permitiera recurrir judicialmente la privación de libertad. La Corte IDH reiteró que la persona extranjera privada de libertad tiene tres derechos: a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena de Relaciones Consulares, a comunicarse con un funcionario consular, y a recibir asistencia consular (Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 2010: párr. 153-154, 157-158), esto siguiendo la OC-16, a la cual se hará referencia más adelante.

La privación de libertad en un establecimiento penitenciario por una infracción migratoria constituye además, una violación al principio de legalidad, para la Corte IDH. En este caso en particular, la Corte IDH se refirió, además, a la



violación de la integridad personal, en el contexto del tratamiento del que fue objeto el señor Vélez cuando se encontraba privado de libertad.

El caso Vélez Loor contra Panamá establece elementos y pautas claras en materia de las garantías judiciales en los procedimientos migratorios y respecto de las sanciones que pueden ser impuestas por infracción sus preceptos. Esta sentencia establece límites claros al poder sancionatorio del Estado en materia migratoria, por lo que debiera ser consultada al establecer y revisar la adecuación de los regímenes migratorios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente es un ejemplo interesante de la aplicación y consideración de las condiciones de vulnerabilidad de un no nacional, que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.

Al poco tiempo, la Corte IDH volvió a referirse a los derechos de los migrantes en situación irregular a los límites del poder sancionatorio del Estado en el marco del caso *Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana*. Este caso se refiere a la respuesta desproporcionada del ejército cuando un camión no se detuvo en un puesto de control, a pesar de que se le solicitara que lo hiciera, y en el cual viajaban alrededor de 30 nacionales haitianos que habían cruzado la frontera de manera irregular. El ejército disparó contra el camión, hiriendo a varios de sus ocupantes. Posteriormente, el camión se volcó, dejando algunas personas heridas o muertas. Unos pocos días después, 11 de las personas sobrevivientes fueron detenidas y llevadas a un cuartel militar, donde fueron extorsionadas bajo la amenaza de trabajos forzados. Posteriormente, esas personas fueron expulsadas a Haití. En República Dominicana, se llevó a cabo un proceso ante la justicia penal militar contra los soldados que persiguieron y dispararon al camión. Los soldados fueron condenados en primera instancia, pero posteriormente fueron absueltos en segunda instancia.

La Corte IDH determinó que se violaron el derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. En este punto, la Corte IDH hizo hincapié en diferenciar una detención al momento de cruzar la frontera de otra que tiene lugar al interior del país (Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, 2012: párr. 124-126, 131-133, 135-137, y 143). Los hechos de este caso, se enmarcan en el segundo supuesto. Con respecto a la expulsión colectiva, la Corte IDH consideró que se violó el derecho a las garantías judiciales en relación al deber de protección de los derechos sin discriminación, a la prohibición de expulsiones colectivas, y también, en relación al deber de protección de los derechos sin discriminación (Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, 2012: párr. 151-178). Asimismo, determinó que se violó el derecho a las garantías judiciales en el proceso penal militar contra los soldados. Concluyó señalando, la Corte IDH que estas violaciones tuvieron lugar en un contexto de una discriminación de facto, en razón de su condición de inmigrantes haitianos (Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, 2012: párr. 228-238).

Este caso es muy importante en cuanto establece parámetros para la acción de las autoridades en la persecución de la inmigración no autorizada. Igualmente destaca el contexto de discriminación en que tuvieron lugar las violaciones señaladas. La cercanía en el tiempo con el caso Vélez Loor le permitió a la Corte IDH hilar las dos sentencias, con miras a limitar el poder estatal en el control migratorio considerando la vulnerabilidad de los migrantes en situación irregular.

En agosto de 2014, la Corte IDH dictó una nueva sentencia relacionada con la detención y expulsión de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niños, sin seguir el procedimiento establecido en la legislación. La

Comisión alegó como antecedente relevante las dificultades para el registro de nacimiento de hijos de personas en situación migratoria irregular. La Corte IDH determinó que se violaron los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la nacionalidad y al nombre, con relación a los derechos del niño de algunas de las familias expulsados. También estimó que se violó el derecho a la libertad personal, la prohibición de las expulsiones colectivas, así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, la protección a la familia, el derecho a la honra y a la dignidad, y a la igualdad ante la ley (Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2014). Esta sentencia reitera los elementos del debido proceso migratorio desarrollados por la Corte IDH.

8. Derechos de los no nacionales

Esta sección considera los casos contra no nacionales relativos a la protección de sus derechos, con independencia de los procedimientos de control migratorio. El derecho a la nacionalidad se deja para la siguiente sección. Esta sección es particularmente importante porque permite analizar en qué contextos y para qué víctimas, la Corte IDH ha incluido o excluido un análisis de la condición de vulnerabilidad.

El caso *Blake* se refiere a la detención y desaparición forzada de dos hombres, un periodista y un fotógrafo estadounidenses, residentes en Guatemala, quienes fueron asesinados por patrullas civiles. Éste fue uno de los primeros casos litigados contra Guatemala. La CIDH presentó el caso a la Corte IDH por una de las víctimas, el señor Blake, porque los familiares de la otra no estuvieron interesados en litigar el caso ante el sistema interamericano. Además, los hechos tuvieron lugar antes de la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH por parte de Guatemala, por lo que esta no tenía competencia *ratione temporis*, excepto por las violaciones a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación a la investigación de la detención y desaparición (Caso Blake vs. Guatemala, 1996). La sentencia omite referirse a la condición de inmigrantes de las víctimas (Caso Blake vs. Guatemala, 1998).

Este caso es un precedente importante dentro del sistema interamericano por varias razones. Establece la responsabilidad del Estado por la acción de patrullas civiles, al establecer sus vínculos con el Estado y desarrollar criterios en materia de competencia *ratione temporis* de la Corte IDH. Sin embargo, en materia de migrantes, la Comisión y la Corte IDH perdieron la oportunidad de referirse a los derechos de los extranjeros residentes en otro país. Este fue uno de los primeros casos de no nacionales, sin embargo su condición migratoria no fue mencionada, ni considerada en el análisis del caso. Esto podría explicarse porque se trata de uno de los primeros casos de extranjeros o podría indicar que la nacionalidad de la víctima y su nivel educativo son criterios importantes para la condición de vulnerabilidad. También sería oportuno en el contexto de Guatemala considerar si la condición de extranjeros fue un factor relevante en el litigio del caso. A partir de los hechos narrados en la sentencia es posible establecer que la participación de los servicios consulares del Estado de origen y de los familiares de las víctimas fue decisiva para determinar qué le había ocurrido a las víctimas y encontrar sus restos. Este aspecto tampoco es tratado en la sentencia.

A continuación se presenta la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de garantías judiciales, que ha sido numerosa e importante. El eje central de esta jurisprudencia es la *Opinión Consultiva 16* (1999), una opinión consultiva presentada por México relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el



marco de las garantías del debido proceso legal. Esta consulta se enmarca en la inquietud del Estado mexicano por establecer las garantías judiciales mínimas de los extranjeros condenados a pena de muerte en Estados Unidos. El Estado mexicano venía observando a través de sus servicios consulares en Estados Unidos, que había omisiones graves en materia de protección consular. Frente a la posibilidad de solicitar una opinión consultiva a la Corte IDH vinculando la protección consular al derecho a las garantías judiciales o presentar un caso a la Corte Internacional de Justicia por violación a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. México optó por lo primero, en lo que fue una estrategia novedosa para desarrollar el derecho internacional y generar las condiciones para que la Corte IDH se refiera a violaciones de derechos que estaban teniendo lugar en un Estado, que no es parte de la CADH.

La Corte IDH desarrolló en la OC-16, la importancia de la protección consular, enmarcada en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, como parte de las garantías del debido proceso cuando una persona es privada de la libertad fuera del país de su nacionalidad. La Corte IDH determinó que el derecho a la asistencia consular del artículo 36 de la Convención de Viena se desagrega en los siguientes cuatro elementos: el Estado que priva de la libertad informa a una persona detenida del derecho que tiene de que se informe al consulado del Estado de su nacionalidad sobre su privación de libertad; el Estado notifica al consulado de la detención de un nacional, si el nacional así lo solicitó; el Estado permite la libre comunicación entre la persona detenida y su consulado; y el Estado permite la asistencia del consulado al nacional.

Puntualizó la Corte IDH:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.” ... “La 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. Si 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. (Opinión Consultiva, 1999: párr. 119)

El desarrollo de la protección consular por la Corte Interamericana sería posteriormente citado por la Corte Internacional de Justicia⁸ y desarrollado a nivel constitucional y legislativo en la región (Trindade, 2007). La OC-16 es una contribución al desarrollo del contenido de las garantías judiciales en materia penal y de los derechos de los inmigrantes porque considera el impacto de las condiciones de vulnerabilidad en el proceso penal contra un no nacional y crea condiciones para propender hacia la igualdad.

Con posterioridad a la OC-16, la Corte IDH tuvo la oportunidad de referirse a los derechos de los extranjeros sujetos a un proceso penal. El primero de esos casos, fue *caso Tibi vs. Ecuador*. Daniel David Tibi, un ciudadano francés residente en Ecuador, fue detenido sin orden judicial, torturado y privado de la libertad durante veintiocho meses. El Señor Tibí era comerciante de piedras preciosas y objetos de arte, y al momento de su detención le confiscaron bienes de su propiedad que no le

⁸ Corte Internacional de Justicia, *Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México v. Estados Unidos de América)*, Sentencia, Marzo 31 de 2004. y *Juan Manuel Gómez Robledo, el Caso Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México c. Estados Unidos de América)* ante la Corte Internacional de Justicia, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Vol. V, 2005, pp.173-220.

fueron devueltos. La Corte IDH determinó que parte de la violación del derecho a la defensa, como parte de las garantías mínimas de un debido proceso, se enmarca en que no fue notificado de su derecho a comunicarse con un funcionario consular de su país de origen, como lo establece la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Caso Tibi vs. Ecuador, 2004: párr. 195).

En el caso de Daniel Tibí, la Corte IDH omitió analizar si se encontraba en una situación de vulnerabilidad por ser un extranjero. La condición de no nacional es relevante para la Corte, excepto en materia de protección consular. Tanto los representantes de la víctima, como la CIDH y la Corte IDH omitieron incluir este elemento en el análisis. Esta omisión podría explicarse en razón de que son sus representantes quienes deben presentar las condiciones de vulnerabilidad. En este caso, más bien se pretende ilustrar que a pesar de su situación de privilegio económico y social, sus derechos fueron violados.

Unos pocos meses más tarde, la Corte IDH volvió a referirse a los procesos penales contra extranjeros, con el *caso de Lori Berenson vs. Perú*, el cual ha tenido una gran repercusión mediática, que se explica por tratarse de una mujer extranjera, joven, residente en el país que fue juzgada y condenada por el delito de traición a la patria, bajo la jurisdicción penal militar, con jueces “sin rostro” y en audiencias privadas. Inicialmente, ella fue condenada a cadena perpetua, y luego de presentar varios recursos, finalmente el Consejo Supremo de Justicia Militar acogió un recurso de nulidad contra la sentencia. El Consejo Supremo consideró que la señora Berenson no tenía la condición de líder del grupo Movimiento Revolucionario Tupac Amará (MRTA), por lo que se había incurrido en un manifiesto error de hecho, determinó además, que ella habría cometido el delito de terrorismo, competencia de la jurisdicción ordinaria.

263

Lori Berenson fue nuevamente juzgada bajo la jurisdicción ordinaria, utilizando las pruebas obtenidas en el proceso anterior. La Sala Nacional de Terrorismo consideró que no había sido demostrado que ella fuera parte del MRTA o que hubiera participado en acciones armadas, pero que había participado en acciones para arrendar un inmueble y colaborar con miembros de ese grupo, por lo que fue condenada por el delito de terrorismo en la modalidad de colaboración, a una pena privativa de libertad de veinte años, que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia del Perú.

Lori Berenson fue detenida el 30 de noviembre de 1995, y desde enero de 1996 y hasta octubre de 1998, estuvo recluida en el penal de Yanamayo⁹, donde estuvo sujeta a aislamiento celular continuo durante un año y medio, limitaban su salida al aire libre y el régimen de visitas, no había luz natural, no había calefacción, la alimentación y el agua eran insuficientes en cantidad y calidad. Estas condiciones afectaron la salud de la señora Berenson. Posteriormente fue trasladada a otros penales.

La Corte IDH determinó que el Estado de Perú violó su derecho a la integridad personal por las condiciones de detención en el penal de Yanamayo. Consideró también que se violó el principio de legalidad y de retroactividad en

⁹ Este penal se encuentra a 3800 metros sobre el nivel del mar. Recientemente el Comité contra la Tortura recomendó al Estado peruano considerar cerrarlo por el impacto de la altura en la salud de las personas recluidas allí. Ver, Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, aprobadas por el Comité en su 49° período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012), 21 de enero de 2013, UN Doc. CAT/C/PER/CO/5-6, párr. 10. El Comité contra la Tortura en el año 2001 ya había formulado esta recomendación (Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004: párr. 107).



función de los tipos penales bajo los cuales fue juzgada y condenada. Así mismo, Perú violó el derecho a las garantías judiciales en la jurisdicción militar, al limitar su derecho de defensa, dada la ausencia de imparcialidad de los revisores de la sentencia, y que el juicio no se desarrolló en una audiencia pública (Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004: párr. 88.27).

Es importante destacar que los peticionarios, la Comisión y la Corte IDH omitieron hacer referencia a la protección consular, a pesar de que las pruebas aportadas a la Corte IDH indican que Perú no informó a la señora Berenson ni al Consulado de Estados Unidos sobre su detención, y que la representación consular tuvo información sobre estos hechos a través de la prensa. Sin embargo, este punto no fue argumentado.

La omisión de un análisis de vulnerabilidad, no pareciera justificarse. En este caso, la Comisión, los representantes de la víctima y la Corte IDH omitieron hacer referencia a la protección consular como parte de las garantías judiciales.

Una vez más, es necesario preguntar ¿por qué el análisis de condiciones de vulnerabilidad era necesario?, ¿qué hubiera podido aportar a la lectura de los hechos y derechos del caso? Qué elementos tienen en común el caso Tibí y el caso Berenson. Son dos extranjeros adultos jóvenes, que hablan español y que han desarrollado vínculos familiares y profesionales en Ecuador y en el Perú, respectivamente, donde se encuentran viviendo. Es decir son dos migrantes. Los dos tienen recursos económicos para pagar un abogado que los represente en el proceso penal y son nacionales de Francia y Estados Unidos, respectivamente.

Poco tiempo después de la sentencia en el caso Berenson, la Corte IDH volvió a conocer un nuevo caso de un extranjero detenido, juzgado y condenado en Ecuador. Se trata del *caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. En este caso, la diferencia radica en que el Señor Rigoberto Acosta Calderón, ciudadano colombiano, no residía en Ecuador y el delito por el cual fue arrestado, procesado y condenado fue tráfico de drogas. Mientras que Lori Berenson fue una víctima con una importante exposición mediática, Rigoberto Acosta era un campesino cuyo caso no tuvo publicidad. Al punto que sus representantes no pudieron encontrarlo para que participara en el proceso ante la Corte IDH.

El señor Acosta fue arrestado por la policía militar de aduana bajo la sospecha de portar en su maleta una sustancia que sería “pasta de cocaína”. A pesar de ser extranjero, el señor Acosta no fue notificado de su derecho a la asistencia consular. Se inició un proceso penal en su contra, a partir de una orden judicial de detención preventiva. Se ordenó pesar la sustancia que se sospechaba era pasta de cocaína, pero no fue objeto de ningún análisis para determinar de qué sustancia se trataba. No fue posible encontrar la sustancia y hacerle un análisis para confirmar que se trataba efectivamente de un estupefaciente o sustancia controlada. Sin embargo, el proceso penal, avanzó a pesar de los reiterados pedidos del abogado del señor Acosta de terminar con el proceso. El señor Acosta fue condenado a nueve años de reclusión. Fue puesto en libertad en razón de una rebaja de su pena por buen comportamiento, cuando había cumplido seis años y ocho meses de reclusión, de los cuales cinco años y un mes fueron bajo prisión preventiva.

La imposibilidad de los representantes del señor Acosta de ponerse en contacto con él, tuvo impacto en el litigio del caso, por ejemplo no se llevó a cabo una audiencia pública del mismo. La posibilidad de perder contacto con las víctimas se hace más frecuente cuando es una persona extranjera que regresa a su país de

origen de manera voluntaria o forzada. Este es un aspecto que aún no ha sido considerado por la CIDH o la Corte IDH, incluso en casos de expulsiones masivas, como se describió anteriormente.

La Corte IDH determinó que dado que nunca se analizó la sustancia incautada se trató de una privación arbitraria de la libertad. Consideró la Corte IDH que se violó el derecho del señor Acosta a ser llevado sin demora ante un juez, porque solamente declaró ante uno cuando llevaba más de dos años privado de libertad. Consideró también que las reiteradas solicitudes del abogado de la víctima de revisar la privación de libertad no fueron consideradas y resueltas en tiempo, por lo que se violó su derecho a recurrir ante un juez para que revisara la privación de libertad y el derecho a la protección de judicial. Además determinó que se violó su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la presunción de inocencia, a ser informado de los cargos en su contra, a la defensa y a la asistencia consular (Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 2005: párr. 125). También se violó el deber de adoptar disposición internas para hacer efectivo su derecho a ser llevado ante un juez sin demora.

En los casos Tibí y Acosta el Juez Cançado Trindade emitió votos razonados haciendo hincapié en la relación entre la protección consular y la protección de la libertad personal, insistiendo en la importancia de reconocer la importancia de esta garantía del debido proceso para la protección de varios derechos.

La Corte IDH se refirió a la privación de libertad de un extranjero, esta vez un ciudadano uruguayo Bueno Alves en Argentina, quien fue víctima de tortura, en 2007. Al analizar el caso, la Corte IDH determinó que se había violado su derecho a la integridad personal, su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Es importante destacar que la Corte IDH *motu proprio* incluyó en su análisis el derecho a la protección consular, encontrando que el Estado argentino había omitido informarle de su derecho a la asistencia consular (Caso Bueno Alves vs. Argentina, 2007: párr. 116). Pareciera ser que la tesis presentado por el Juez Cançado Trindade tuvo eco e hizo parte del razonamiento de la Corte finalmente.

De nuevo en 2007, la Corte IDH falló un nuevo caso relativo a la detención, investigación y proceso penal de dos hombres en Ecuador, uno de ellos, extranjero. El caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, tiene varias similitudes con casos anteriormente referenciados, particularmente el caso *Tibi*. Ellos eran el propietario y gerente respectivamente, de una empresa de fabricación de hieleras, y fueron detenidos al encontrar clorhidrato de cocaína y heroína en las hieleras en un cargamento de pescados que iba a ser exportado. Las autoridades ecuatorianas presumieron que las hieleras habían sido fabricadas en la empresa del señor Chaparro Álvarez, ciudadano chileno. La empresa fue aprehendida y allanada y aunque no encontraron droga, fue restituida a su dueño, cinco años más tarde. El vehículo del señor Lapo no fue devuelto. Finalmente, los señores Chaparro y Lapo fueron sobreseídos en el proceso penal y puestos en libertad después de haber estado detenidos durante un año y nueve meses, y un año y seis meses, respectivamente. La Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la libertad personal, a las garantías judiciales-incluyendo la protección consular-, a la protección judicial y a la propiedad privada. En este caso nuevamente, la Cónsul tuvo conocimiento de la privación de libertad a través de notas de prensa (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, 2007).

La numerosa jurisprudencia en materia de garantías judiciales demuestra que la Corte IDH entiende que el examen de las condiciones de vulnerabilidad no debe incluirse en los casos de inmigrantes privados de libertad y sujetos a procesos



penales. En estos casos, el análisis que propone la Corte IDH es el mismo de un caso de nacionales, agregando la protección consular en el caso de nacionales, cuya carga de la prueba está en el Estado. La jurisprudencia de la Corte IDH denota deficiencias en la información sobre el derecho a la asistencia consular en la primera década del siglo XXI. Es de esperar que en los casos futuros, esta omisión estatal haya sido resuelta de manera que el derecho a la información sobre la asistencia consular haga parte de los procedimientos rutinarios en toda privación de libertad en los Estados parte del SIDH.

9. Derecho a la nacionalidad

La nacionalización suele ser una última opción que toman algunos migrantes y refugiado, luego de un periodo de residencia en el país. La creación de un vínculo político entre el Estado y el ciudadano regularmente incluye un procedimiento administrativo que evalúa el vínculo del migrante con el Estado de acogida, el desarrollo de actividades educativas, económicas o profesionales y su conocimiento del idioma y la cultura local. Sin embargo, es importante destacar que la nacionalización para un migrante muchas veces puede depender de que se permita y no se exija la renuncia a la nacionalidad de origen. Otras veces, la nacionalidad es un prerequisite para el desarrollo de ciertas actividades, como el ejercicio de cargos públicos o la propiedad de algunos bienes en el Estado de recepción, por lo que los no nacionales están interesados en llevar a cabo este procedimiento.

La *Opinión Consultiva 4* justamente se refiere a la posibilidad de nacionalización luego del matrimonio con un nacional. Costa Rica formuló a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva relacionada con un proyecto de reforma constitucional en materia del derecho a la nacionalidad y la prohibición de discriminación. La consulta se refería a las hipótesis bajo las cuales una persona extranjera podía adquirir la nacionalidad costarricense. La Corte IDH estimó que podía permitirse la nacionalización de los nacionales de Estados con quienes Costa Rica tiene una relación más cercana por motivos geográficos o históricos, que era justificado establecer requisitos como el conocimiento del idioma o la historia nacional, pero que sería discriminatorio establecer la posibilidad de nacionalidad para la mujer casada con costarricense y excluir a los hombres (*Opinión Consultiva 4*, 1984). Esta opinión consultiva estableció algunos elementos y definiciones sobre el derecho a la nacionalidad y el derecho a la no discriminación en la protección de la ley, a los cuales la Corte IDH ha hecho referencia en su jurisprudencia.

La Corte ha fallado casos relativos al proceso de adquisición y pérdida de la nacionalidad señalando, que en estos procedimientos también deben garantizarse los estándares del debido proceso.

La primera oportunidad que tuvo la Corte IDH Interamericana para referirse al derecho a la nacionalidad en el marco de un caso contencioso fue en 2001, con el caso de *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Se trata de un ciudadano israelí quien había adquirido la nacionalidad peruana y era accionista mayoritario de un canal de televisión. Durante el gobierno de Alberto Fujimori, luego de que el canal transmitiera reportajes periodísticos que cuestionaban acciones del gobierno, el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein fue dejado sin efecto, y posteriormente fue suspendido como accionista del canal¹⁰.

¹⁰ En el Perú había una limitación legal a la propiedad de canales de televisión por parte de personas y sociedad extranjeras, su participación en una sociedad no podía ser superior al 40%. Esta restricción fue eliminada mediante Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, del 13 de julio de 2007.

En la sentencia, la Corte IDH da cuenta de la evolución en material del derecho a la nacionalidad, como un derecho humano, sujeto a estándares de debido proceso. Agrega además, que la CADH reconoce el derecho a la nacionalidad sin diferenciar en la forma en que se adquiriera, ya sea por nacimiento, nacionalización, o de otra manera. La Corte IDH reitera los estándares del derecho peruano que solamente establecen la posibilidad de perder la nacionalidad por renuncia y cita la definición de nacionalidad de esa misma Corte IDH vertida en la *Opinión Consultiva 4* (1984: párr. 35).

La Corte IDH determinó que la forma mediante la cual se anuló el título de nacionalidad, en relación al lapso de tiempo y a la autoridad que lo hizo, resultó en una privación arbitraria de la nacionalidad para el Sr. Bronstein, violando el artículo 20.1 y 20.3 de la CADH. Agregó que se violó el derecho a las garantías judiciales no sólo en la forma en que se pretendió revocarle la nacionalidad, sino en las acciones posteriores para impedirle solicitar protección judicial, al alterar la composición de los tribunales, y resolver las acciones presentadas con dilación. La Corte IDH especificó que el artículo 8 de la CADH tiene aplicación también en los procedimientos administrativos (Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, 2001: párr. 102-105). Concretamente, se violó su derecho a un adjudicador independiente e imparcial y a un proceso con garantías mínimas (arts. 8.1 y 8.2). El caso Ivcher Bronstein es relevante porque se refirió a las garantías mínimas de un debido proceso en procedimientos administrativos, lo cual tiene aplicación en los procedimientos migratorios, entre otros.

Algunos años más tarde, la Corte IDH volvió a referirse al derecho a la nacionalidad, en esta oportunidad en el marco de procedimientos de inscripción de nacimientos. Estos casos se relacionan con la condición de no nacionales, en la medida en que los obstáculos para la inscripción de los nacimientos se relacionan con la condición migratoria irregular de los padres, a pesar de que República Dominicana establece el principio de *ius solis*. El Estado aduce que la constitución prevé una excepción al reconocimiento de la nacionalidad en el caso de hijos de extranjeros transeúntes y que la condición migratoria irregular les daría a ellos la condición de transeúntes, por lo que sus hijos no son dominicanos.

El caso se refiere a la negativa de República Dominicana de inscribir el nacimiento de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, nacidas en República Dominicana en 1996 y 1995 respectivamente, de madres dominicanas y padres haitianos. La imposibilidad de registrar su nacimiento, las afectó en sus posibilidades de ingreso y permanencia en el sistema educativo. El conflicto se origina en la interpretación y aplicación de la excepción al principio constitucional de *ius solis*, para los hijos de extranjeros transeúntes. En la práctica, las autoridades dominicanas han interpretado el concepto de extranjero transeúnte de manera amplia, incluyendo a personas residentes en República Dominicana, pero con situación migratoria irregular. Esto se manifiesta en la exigencia de documentos de identidad y electorales de los padres expedidos por las autoridades dominicanas, que ellos no tienen en razón de su situación migratoria.

Es importante precisar que aunque la denegación de la inscripción de nacimiento fue anterior a la aceptación de la competencia de la Corte IDH por parte del Estado, estos hechos se mantuvieron en el tiempo, por lo que la Corte IDH determinó que era competente para conocer de estas violaciones de derechos (Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana 2005: párr. 132-133). La Corte IDH destacó la importancia de la nacionalidad, no sólo como un derecho, sino también como un vínculo jurídico político entre una persona y un Estado, que le permite ser titular y ejercer derechos y responsabilidades (Caso de las Niñas Yean y

Bosico vs. República Dominicana 2005: párr. 136-137). También precisó, que si bien cada Estado puede establecer los criterios para otorgar la nacionalidad, esta facultad está limitada por deber de garantizar protección igualitaria y efectiva de la ley, sin discriminación, y por el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia (Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana 2005: párr. 140-142). La Corte IDH estableció tres reglas con respecto al derecho a la nacionalidad de los hijos de personas inmigrantes en República Dominicana, que son muy relevantes:

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;
- b) el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos, y
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron. (Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana 2005: párr. 156)

En la sentencia la Corte IDH hizo mención de la vulnerabilidad que genera la apatridia, y el vínculo con el libre desarrollo de la personalidad, al limitar la titularidad, respeto y protección de sus derechos, incluyendo la posibilidad de ser expulsadas del Estado del cual son nacionales y ser separadas de su familia. Agregó que las niñas recibieron un tratamiento discriminatorio, en el contexto de vulnerabilidad de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en República Dominicana (Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana 2005: párr. 167-168 y 172-173).

La Corte IDH consideró que se violaron los siguientes derechos de las niñas Yean y Bosico: su derecho a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, los derechos de los niños, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre. Este caso es un precedente clave en materia del derecho a la nacionalidad y de la apatridia, y también un caso que marcó temáticamente los demás casos que la Comisión ha presentado contra República Dominicana.

Conclusiones

El análisis de los casos considerados permite observar que la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de los derechos de personas migrantes es significativa. La migración está más presente en la jurisprudencia de la Corte IDH, de lo que puede considerarse a primera vista.

El análisis devela la evolución en la consideración de las condiciones de vulnerabilidad del migrante como elemento de análisis por parte de la Corte IDH, aunque su desarrollo pareciera estar circunscrito a los casos relativos al derecho a la no discriminación. La Corte IDH pareciera haber establecido que este análisis no corresponde en casos de personas sujetas al sistema penal.

Las opiniones consultivas le han permitido a los Estados solicitar a la Corte IDH que resuelva o desarrolle conceptos jurídicos centrales para la protección de los derechos de las personas no nacionales. Las opiniones consultivas han tenido un rol central. El rol y potencialidad de esta alternativa apenas empieza a ser visible para los Estados, la CIDH y las ONG.

La Corte IDH ha desarrollado criterios jurisprudenciales claros en materia de protección consular, como parte de las garantías del debido proceso, y en materia de debido proceso migratorio. No obstante, se observa que hay algunos casos en los cuales, las partes y la Corte IDH omitieron incluir dentro de las garantías del debido proceso. La jurisprudencia más reciente indica que su incorporación en el análisis de la Corte IDH es ahora regular.

Pareciera ser que la intensificación en las acciones de control migratorio en varios lugares de la región, así como el interés de incluir una perspectiva de derechos humanos en las políticas y prácticas migratorias de los Estados pueden generar casos en esta perspectiva, que incluyan además los criterios y procedimientos desarrollados por la Corte IDH en la *Opinión Consultiva 21*. Sin embargo los estándares del *caso Vélez Loor* tendrían que ponerse a prueba con un caso posterior o en otras estrategias de incidencia dirigidas a mejorar las garantías del debido proceso migratorio.

Se observa que la incorporación de criterios y argumentos para considerar la vulnerabilidad del migrante como elemento de análisis es muy incipiente, a pesar que la *Opinión Consultiva 18* fue adoptada en 2003. La Corte IDH la ha citado en los casos relativos a políticas migratorias, pero aún no llegan a la Corte IDH casos relativos a la protección de derechos laborales de personas migrantes.

El derecho de asilo está bien desarrollado en el *caso Pacheco Tineo*, que es un buen primer caso, que dialoga con la OC-21. La Corte IDH ha hecho esfuerzos importantes por desarrollar un diálogo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.

La consideración y desarrollo del derecho a la nacionalidad ha sido un avance de la Corte IDH, a partir de pocos casos y de una opinión consultiva. Resulta interesante la relevancia que ha adquirido este tema en un continente donde prima el *ius solis*.

La jurisprudencia de la Corte IDH refleja la desprotección en que se encuentran los nacionales de algunos Estados, que han debido solicitar el reconocimiento de su condición de refugiados, como parte de su estrategia de supervivencia después de haber sufrido violaciones a sus derechos humanos. En esta materia, la Corte IDH ha tenido dificultades para captar las violaciones de derechos humanos por esta motivo, lo cual puede explicarse por la insuficiente consideración de este elemento en los informes de fondo de la CIDH.

Se observa la necesidad de desarrollar acciones de promoción de la jurisprudencia, en materia de protección consular, debido proceso migratorio, derecho de asilo y no discriminación contra los inmigrantes. El mayor conocimiento de la jurisprudencia debiera resultar en la revisión de legislación, políticas y prácticas de manera que algunos patrones de violaciones a derechos no se sigan repitiendo.

El análisis realizado permite ponderar los avances del SIDH en la jurisprudencia de la Corte IDH. La metodología propuesta por Dembour, es una herramienta útil que permite, como ella lo hace en su libro, promover diálogos jurisprudenciales entre sistemas regionales.

Por último, el tratamiento de los no nacionales en el SIDH permite concluir que hay avances para la protección de derechos de los no nacionales. En otras palabras, los no nacionales que acuden a la Corte IDH encuentran protección para



sus derechos. En cambio, en el caso de la responsabilidad estatal por desproteger a sus nacionales, quienes se ven obligados a buscar protección en otro Estado, bajo la figura del asilo, hay avances y retrocesos. Es necesario desarrollar argumentos en relación al derecho a permanecer en el Estado de nacimiento, a no migrar, a no ser un no nacional. Ese parece ser un desafío interesante.

Bibliografía

1. Jurisprudencia, documentos e informes

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1984), *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1996), *Caso Blake Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998), *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), *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 No. 16.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Vélez Looz Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Caso García Lucero y otras Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), *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 No. 21.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), *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 No. 282.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), *Caso J. Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 291.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2004, *Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México v. Estados Unidos de América)*, Sentencia, Marzo 31 de 2004.



CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2002), *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U.S. 137.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU (2007), *Proceso de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión*, Sentencia del 13 de julio de 2007.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

BUSTAMANTE, J. (2002), "Immigrants vulnerability as subjects of Human Rights", *International Migration Review*, Vol. 36, No. 2, pp. 333-354.

CASTLES, S. (2002), "Migration and Community Formation under Conditions of Globalization", *International Migration Review*, Vol. 36, No. 4, pp. 1143-1168.

COLE, D. (2006), "The idea of humanity: human rights and immigrants' rights", *Columbia Human Rights Law Review*, 37(3), pp. 627-658.

DEMBOUR, M.B. (2015), *When Humans Become Migrants, Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, Oxford.

DONNELLY, J. (2013), *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca.

ESTUPIÑAN-SILVA, R (2014) "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte IDH Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología". En: BURGORGUE-LARSEN L, MAUES, A. y SANCHEZ MOJICA, B.E., *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Barcelona, Serveis S.A., pp.193 – 231.

FINEMAN, M. (2008), "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 20, No. 1, 2008; pp. 8-40.

SHELTON, D. (2010), *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, New York.

SOLANES CORELLA, A. (2014), "Vulnerabilidad y Derechos Humanos de los migrantes". En: BARRANCO AVILES, M.C. y CHURRUCA MUGURUZA, C., *Vulnerabilidad y Protección de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 187-220.

TERMINIELLO, J.P. (2014), "Dictaduras, refugiados y reparación en el Cono Sur de América Latina", *Migraciones Forzadas* 45, pp.90-92.

TRINDADE, A.A.C., (2007) "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", *Chinese Journal of International Law* 6.1, pp. 1-16.



Derechos Sexuales y Reproductivos

Catherine Romero Cristancho*
Elementa
catherineromero@elementa.co

Adriana Muro Polo**
Elementa
adrianamuro@elementa.co

Resumen

El presente trabajo hace un análisis del reconocimiento y conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva de igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). De igual manera, resalta la construcción hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los estándares de protección en la materia, tomando como referencia las dos emblemáticas sentencias que ha emitido al respecto: *Atala Riffo e hijas Vs. Chile* y *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*.

Palabras clave

Igualdad y no discriminación, derechos sexuales y reproductivos, perspectiva de género, autonomía sexual, autonomía reproductiva, vida privada

Sexual and Reproductive Rights

Abstract

This work makes a recognition and conceptualization analysis of sexual and reproductive rights from a perspective of equality and non-discrimination in the International Human Rights Law. Also, the article highlights the protection standards developed by the Inter-American Court of Human Rights, taking as reference two emblematic judgments that the Court has issued in the matter: *The case of Atala Riffo and Niñas v. Chile* and *the case of Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica*.

Keywords

Equality and non-discrimination, sexual and reproductive rights, gender, sexual autonomy, reproductive autonomy, privacy.

* Abogada y politóloga de la Universidad de los Andes de Bogotá, Colombia con maestría de protección de los derechos humanos de la Universidad Alcalá de Henares, España. Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Externado de Colombia. Socia de Elementa, Consultoría en Derechos.

** Abogada de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México con maestría en derechos humanos y democratización de la Universidad del Externado de Colombia. Socia de Elementa, Consultoría en Derechos.

Agradecemos a Nora Robledo Frías por el apoyo en la investigación y edición del presente artículo.

1. Primeros avances en el reconocimiento y conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito internacional.

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos por parte de la comunidad internacional surge como respuesta a movimientos de lucha y reivindicación de dos grupos históricamente discriminados: las mujeres y las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI). La sociedad civil organizada y los distintos movimientos feministas, han colocado en la agenda internacional, desde hace más de tres décadas, la importancia de visibilizar dichos derechos y la relación directa que éstos tienen con el goce y disfrute de otros derechos humanos plasmados en los tratados internacionales y en la constituciones de los Estados.

Desde el marco del Sistema Universal de protección, la primera alusión al concepto de derechos reproductivos tiene lugar en la *Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán* de 1968. (ONU, 1968: 17). No obstante, ésta se limita al **derecho a decidir de los padres**, al considerar “el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de hijos [...]”. Es hasta 1994, en la *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo del Cairo*, que se establece el concepto de **salud reproductiva** en clave de derechos, al definirla como: “**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**” (ONU, 1994: 7.2, énfasis añadido).

Esta definición da luces sobre las prerrogativas necesarias para proteger la salud reproductiva, como la educación sexual, el acceso a métodos de anticoncepción y a técnicas de reproducción asistida, entre otras. De igual forma, es importante resaltar que dicha conceptualización hace mención a la **salud sexual** desde el ámbito de la libertad y la autonomía de la persona (Añon, 2010:128)¹, al considerar que ésta no se limita a la reproducción y que su objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.

274

Bajo tales definiciones, se concluye por vez primera, que “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 las Naciones Unidas aprobados por consenso.” (ONU, 1994: Principio 4)

Finalmente, el Programa de Acción emanado de la Conferencia, incorpora **la perspectiva de género** (SCJN, 2013: 62)² respecto de la garantía de estos derechos, al incluir la **autonomía reproductiva** como principio, señalando que “[...] la promoción de la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, la eliminación de la violencia de todo tipo contra la mujer y el deber de asegurar que sea ella quien controle su propia fecundidad.” (ONU, 1994: Principio 4)

En 1995, la *Plataforma de Acción Mundial aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* en Beijing (ONU, 1995: 91-95) recogió las definiciones de las Conferencias anteriormente señaladas y visibilizó ante la comunidad internacional las problemáticas que afectan los derechos sexuales y

¹ Añon señala que al hablar de autonomía hay que tener en cuenta dos ámbitos centrales: la capacidad opción y decisión así como las responsabilidades por las elecciones llevadas a cabo.

² La propuesta de enfoque diferencial de género ha sido desarrollada como una categoría de análisis o propuesta metodológica crítica para leer y actuar ante las asimetrías de poder existentes en la sociedad y sistemas de justicia en contravía de las mujeres y población con identidad y orientación sexual diversa.

reproductivos de las mujeres tanto en la esfera pública como privada. En ese sentido, se abordaron los impactos y riesgos en materia de atención obstétrica, mortalidad materna, interrupción voluntaria del embarazo y violencia sexual, así como los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en la materia.

Con estas primeras conceptualizaciones y con la creación de los mecanismos convencionales y extraconvencionales de protección de Naciones Unidas, se comenzó a construir un estándar de protección para los derechos sexuales y reproductivos de las personas, a partir de casos, declaraciones e informes desde dos perspectivas: una desde la concepción feminista que busca erradicar discriminaciones y estereotipos en perjuicio de las mujeres que obstaculizan su autonomía reproductiva; y otra, encaminada a reconocer y proteger los derechos de las personas con **orientación sexual³ e identidad de género⁴ diversa**. Perspectivas que, en las últimas dos décadas, han permitido al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), pronunciarse y establecer criterios sobre la categoría de **análisis sexo/género⁵** y sobre los deberes de los Estados en la materia (Rubin, 1975:157-210).

Respecto al enfoque dirigido a garantizar los derechos de las mujeres, a partir de la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW, por sus siglas en inglés), y de su Comité, se han elaborado pautas claras para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Al señalar que éstas gozan del derecho 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, además de establecer que este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad (Comité CEDAW, 1999).

Destacan también los casos que el Comité CEDAW⁶ ha conocido en materia de interrupción voluntaria del embarazo, esterilización forzada y acceso a servicios de salud obstétrica, los cuales reflejan, bajo el principio de **igualdad y no discriminación**, la interdependencia de estos derechos con otros derechos reconocidos en los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, como la vida, la integridad personal, la salud o la vida privada, y evidencian la prevalencia de estereotipos de género y asignación de roles que impiden garantizar la autonomía reproductiva de la mujer dentro de los Estados. De igual forma, el Comité CEDAW y la Relatoría Especial sobre la tortura y otros tratos crueles o penas crueles, inhumanos o degradantes, se han pronunciado sobre prácticas que afectan directamente la libertad sexual de personas trans, mujeres, adolescentes y niñas, como la obligación a someterse a operaciones de esterilización no deseadas como requisito previo para disfrutar de reconocimiento legal de su identidad de género

³ La *orientación sexual* se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (Principios de Yogyakarta).

⁴ La *identidad de género* es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogyakarta).

⁵ Gayle Rubin en 1975 define por primera vez el sistema sexo/género como: "El sistema de relaciones sociales que transforma la sexualidad biológica en productos de actividad humana y en el que se encuentran las resultantes necesidades sexuales históricamente específicas" (Rubin, 1975).

⁶ Véase: A. S. vs. Hungría Comunicación (CEDAW, 2006), Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil (CEDAW, 2011a) y L.C. vs. Perú (CEDAW, 2011b).



preferida (ONU, 2013: 78), la circuncisión femenina, los matrimonios forzados, la explotación sexual, la violencia y el acoso sexual, entre otras (CEDAW, 1992).

Tomando en consideración los estándares de la CEDAW, otros mecanismos extra convencionales se han pronunciado sobre los efectos de restringir los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las personas intersexuales. Entre ellos destaca el reciente informe de Juan Méndez, *Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, quien consideró que: “los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género” (ONU, 2013: parr. 46). Asimismo, en dicho informe se evidenció la tortura sufrida por “los niños que nacen con atributos sexuales atípicos [que] suelen ser objeto de intervenciones quirúrgicas irreversibles de reasignación de sexo, esterilizaciones involuntarias o cirugía reconstructiva urogenital involuntaria, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres ‘en un intento de fijar su sexo’, que les provocan infertilidad permanente e irreversible y un gran sufrimiento psíquico” (ONU, 2013: 77).

En cuanto al proceso de reivindicación de la comunidad LGBTI a nivel internacional, éste es bastante reciente, si bien no se cuenta con un tratado internacional que proteja a este grupo, se ha logrado visibilizar en los últimos años su labor de desafiar un sistema de dominación heteronormativo⁷ y cuestionar la heterosexualidad⁸ como requisito esencial para la constitución de parejas y la procreación (Vaggione, 2008: 17). Además de resaltar la importancia que revisten el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, desde el plano de las libertades para dicho reconocimiento. Lo anterior se ha logrado desde los mecanismos convencionales de protección como el Comité de Naciones Unidas (CDH, 1989: 6), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC, 2009: 32) y el Comité de los Derechos del Niño (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2003: 8), que han considerado a la orientación sexual como una categoría protegida por el principio de igualdad y no discriminación, estableciendo la prohibición de limitar derechos con base en dicha condición social.

En el mismo sentido, a nivel político se ha afianzado por consenso dicho criterio. Problemáticas como los crímenes de odio y la restricción del matrimonio para personas del mismo sexo, han obligado a la comunidad internacional a fijar pronunciamientos al respecto. En el año 2008, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género* (ONU, 2008), con base en el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Posteriormente, en 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó la *Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género* (ONU, 2011) y el mismo año aprobó una resolución sobre la materia (ONU, 2011).

⁷ La heteronormatividad es un concepto de Michael Warner que hace referencia “al conjunto de las relaciones de poder por medio del cual la sexualidad se normaliza y se reglamenta en nuestra cultura y las relaciones heterosexuales idealizadas se institucionalizan y se equiparan con lo que significa ser humano” (Warner, 1991).

⁸ Witting describió la heterosexualidad no como una institución sino como un régimen político basado en la sumisión. Según Witting, “el pensamiento heterosexual es incapaz de concebir una cultura, una sociedad, en la que la heterosexualidad no ordenara no sólo todas las relaciones humanas, sino su producción de conceptos al mismo tiempo que todos los procesos que escapan a la conciencia” (Witting, 1992).

2. Protección de los derechos sexuales y reproductivos bajo el principio de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado el estándar de protección de los derechos sexuales y reproductivos bajo las dos perspectivas señaladas en el apartado anterior, construyendo criterios donde se da especial énfasis a los derechos de las mujeres y los derechos de las personas LGBTI.

En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, desde el marco normativo, no hay un tratado específico que contemple dichos derechos, sin embargo, destaca la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención Bélem Do Pará), la cual contiene deberes en materia legislativa y administrativa dentro de los cuales tienen cabida la autonomía sexual y reproductiva⁹.

Asimismo, dentro de la OEA, resalta el trabajo de la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM), que de la mano con la sociedad civil en la región, ha introducido en la agenda de los Estados Americanos el respeto y la garantía de los derechos sexuales y reproductivos. Lo anterior se refleja en la reciente *Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos*, en la que se visibilizan las problemáticas actuales en la región, como la restricción de estos derechos puede constituir violencia contra la mujer y las obligaciones puntuales que los Estados deben cumplir para garantizar derechos consagrados en tratados regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), desde sus dimensiones política y jurídica (Rodríguez Pinzón 2004: 177-182) ha desarrollado y recopilado criterios de protección que buscan hacer frente a realidades sociales, económicas y culturales que enfrentan las mujeres en el continente americano. En la dimensión política de acción de la CIDH, resaltan los informes temáticos que abordan la salud materna y el acceso a la información en materia de derechos sexuales y reproductivos. De igual forma, las audiencias por país y de carácter regional, que han expuesto el incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de garantía, sobre todos en aquellos países donde se presentan casos de violencia obstétrica, esterilización forzada, criminalización del aborto, restricciones a la anticoncepción de emergencia, entre otros.

Desde la dimensión jurídica, la CIDH ha sido pionera en el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos con el sistema de peticiones individuales y el otorgamiento de medidas cautelares. Dentro del sistema de casos y de trámite de soluciones amistosas, se han estudiado bajo un enfoque de derechos casos como el de *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto* (CIDH, 2007), el cual trata sobre la negación por parte de las autoridades mexicanas de practicar un aborto a una menor de edad que había sido violada sexualmente. También destaca el caso de *María Mamérita Mestanza Chávez* (CIDH, 2003), que puso en evidencia la esterilización forzada a la que eran sometidas las mujeres durante el mandato de Alberto Fujimori en Perú.

⁹ Véase: Artículo 7 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 y e. e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.



En cuanto a las medidas cautelares, la CIDH ha hecho frente desde el carácter preventivo de las mismas, a las restricciones de *iure* y de *facto* en distintos Estados respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, otorgando medidas a mujeres y niñas a las cuáles, a pesar de correr su vida peligro, se les ha negado la posibilidad de acceder el aborto (CIDH, 2010; 2013; 2015).

La visibilización de la comunidad LGBTI en el Sistema Interamericano ha aumentado en los últimos cinco años. El reconocimiento de varios Estados de los derechos de este grupo y la legitimación de las organizaciones de la sociedad civil en la región, han permitido que los órganos de la OEA comiencen a dar un seguimiento político y jurídico a las personas LGBTI y a considerarlo un grupo históricamente discriminado que merece especial protección. Lo cual, como apunta Butler, permite desde el DIDH, afirmar “en términos claros y públicos la realidad de la homosexualidad, no como una verdad interna, ni como una práctica sexual, sino como uno de los rasgos definitorios de la inteligibilidad del mundo social” (Butler, 2006: 52).

Dicho reconocimiento se evidencia en la reciente aprobación de la *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, que si bien no ha entrado en vigor, recoge los estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Corte o Tribunal) ha establecido en la materia, y considera la orientación sexual como una categoría protegida por el principio de igualdad y no discriminación.

Asimismo, entre las acciones desarrolladas dentro del Sistema Interamericano, destaca la labor de la CIDH para dar énfasis a la temática de las personas LGBTI y la creación de la *Relatoría sobre los Derechos de las personas LGBTI* que entró en funciones en 2014, la cual ha colocado, a través de audiencias, comunicados y envío de casos a la Corte IDH, las problemáticas que enfrenta la comunidad a nivel regional.

278

La labor de la CIDH para conceptualizar y reconocer los derechos sexuales y reproductivos de las personas en las Américas ha permitido que se envíen a la Corte IDH casos que han obligado al Tribunal, después de más de 25 años de función contenciosa, a realizar profundos estudios de interpretación, que han desembocado en criterios sólidos que protegen derechos bajo un enfoque de género.

Prueba de lo anterior, es el envío por parte de la CIDH a la Corte IDH, en 2014, del caso *Ángel Alberto Duque Vs. Colombia* cuyos hechos se relacionan con la negación al señor Duque, un hombre colombiano viviendo con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) agente causal del SIDA, de la pensión de sobreviviente que le dejó su compañero permanente al fallecer. Aunado a ello, se alega que las autoridades judiciales que conocieron del caso, perpetuaron con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización que padece el señor Ángel Duque debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encuentra, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH y su condición económica.

3. Construcción jurisprudencial de la Corte IDH de estándares en materia de derechos sexuales y reproductivos

La evolución de los estándares en materia de derechos sexuales y reproductivos por parte de la Corte IDH durante su cuarto de siglo de función contenciosa había sido bastante escasa. Si bien la Corte se ha pronunciado en varios casos sobre la violencia sexual contra mujeres, poco había sido el análisis

respecto a las consecuencias que ésta tenía desde el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, siendo los pocos pronunciamientos, orientados a estereotipos de género en cuanto a la prevalencia de la maternidad, o únicamente a la protección de la mujer embarazada¹⁰.

No obstante, en los años 2010 y 2012, la Corte IDH tiene la oportunidad de pronunciarse en dos paradigmáticos casos sobre los derechos sexuales y reproductivos, su caracterización como derechos humanos y la importancia que éstos tienen como base, la autonomía de las personas y en el pleno goce y disfrute de diversos derechos protegidos por el *corpus iuris* del Sistema Interamericano.

El caso *Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, (Corte IDH, 2010) que aborda principalmente los derechos sexuales y, el caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, (Corte IDH, 2012) que permitió el análisis sobre los derechos reproductivos, llevaron al máximo tribunal de impartición de justicia del SIDH, a aplicar el principio de igualdad y no discriminación, andamiaje de todo el sistema de protección internacional, para derribar construcciones sociales que colocan a las mujeres y a la comunidad LGBTI en estado de indefensión.

Ambas sentencias, como se expondrá en el siguiente apartado, logran dar los primeros pasos para conceptualizar, lo que los organismos *cuasi jurisdiccionales* del Sistema Universal e Interamericano han documentado desde sus competencias en materia de derechos sexuales y reproductivos. Siendo los pronunciamientos de la Corte, en ambos casos, un exhaustivo ejercicio de interpretación, y un diálogo enriquecedor entre la Corte Interamericana y las Altas Cortes de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en la creación y construcción de estándares y criterios a favor de la persona.

3.1. Atala Riffo e hijas Vs. Chile

Los hechos del presente caso se relación con la discriminación e injerencia arbitraria de la jueza Atala Riffo, que tuvieron lugar durante el proceso de custodia y cuidado de sus tres hijas. Siendo su orientación sexual y la expresión de la misma dentro de su proyecto de vida la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió el juicio de tuición. Dicha resolución se basó, según la Corte IDH, en los siguientes aspectos: i) la orientación sexual de la jueza Atala; ii) la personalidad de Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría a sus intereses personales.

Para analizar si existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual de la jueza Atala y, si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, la Corte IDH se basó en los estándares que ésta ha construido en materia de igualdad y no discriminación, específicamente en la Opinión Consultiva 18 (Corte IDH, 2003).

Ante el argumento del Estado chileno en relación a que la orientación sexual no se encontraba expresamente contenida en el artículo 1.1 de la CADH, la Corte IDH responde a través de la **interpretación evolutiva de los tratados** para probar lo contrario, señalando 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. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho

¹⁰ Véase el razonamiento de la Corte IDH en los casos *Penal Castro Castro Vs. Perú* (2006) y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010).



de los Tratados” (Corte IDH, 2010: 83). De igual forma, la Corte se allega del principio *pro persona* al interpretar que la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, 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 (Corte IDH, 2010: 84).

Haciendo un recorrido por los estándares de protección construidos desde el Sistema Universal, otras cortes regionales, y las recientes resoluciones de la OEA en la materia, la Corte IDH concluye que:

la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

[...] El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención (Corte IDH 2010: 93, énfasis añadido).

Finalmente, frente al argumento del Estado en relación a la falta de consenso sobre el respeto y garantía de los derechos de las personas con orientación sexual e identidad de género diversa, la Corte IDH deja claro que éste no es un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural.

Una vez establecido que la orientación sexual se encuentra protegida por el artículo 1.1 de la CADH, la Corte IDH analiza si hubo de forma implícita o explícita una diferenciación de trato basada en la orientación sexual de Atala al tomar la decisión. Dicho criterio es tomado por la Corte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual estableció, en la sentencia C-481 de 1998, que no es necesario que la totalidad de una decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión (Corte Constitucional Colombiana, 1998).

En ese sentido, la Corte IDH evidenció que la demanda de tuición fue interpuesta bajo el supuesto de que la señora Atala “no se encontra[ba] capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s” (Corte IDH, 2010: 96). Es decir, la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, fue parte central de la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso.

Dicha decisión judicial por parte del Estado chileno se basó principalmente en: el interés superior de las niñas, la confusión de roles que éstas pudieran llegar a tener y la prevalencia que Atala dio a sus intereses por encima del de las niñas. Bajo esa lógica, con base en los estándares internacionales desarrollados en los apartados anteriores, el peritaje de expertos en la materia y las decisiones recientes de las Altas Corte a favor de la comunidad LGBTI (SCJN, 2010), la Corte IDH

analizó cada razonamiento del Estado para determinar si existió discriminación en razón de la orientación sexual en el presente caso.

En primera medida, la Corte señala que si bien el “interés superior del niño” desarrollado en la Opinión Consultiva 17 (Corte IDH, 2002), es un fin legítimo, éste “no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia” (Corte IDH, 2010: 110).

Asimismo, la Corte 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 personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”** (Corte IDH, 2010: 111, énfasis añadido).

Es relevante destacar el razonamiento que hace la Corte en cuanto al carácter controversial que hoy en día tiene el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI dentro de las sociedades de los Estados parte. No obstante, haciendo una comparación con otras categorías protegidas como el sexo o la nacionalidad, la Corte IDH concluye que “los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben [...] enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición” (Corte IDH, 2010: 119).

281

En segundo lugar, al establecer la orientación sexual como categoría protegida, se deben seguir las reglas en materia probatoria que se utilizan para demostrar si ha habido o no discriminación. Dicha reglas otorgan la carga de la prueba a las autoridades para que estas demuestren que su decisión no tenía un propósito o un efecto discriminatorio. Lo cual en el presente caso no fue demostrado por el Estado chileno.

El Estado también argumentó la confusión de roles que podrían llegar a tener las niñas a causa de la orientación sexual de su madre. Al respecto, la Corte IDH recurre nuevamente a paradigmáticas decisiones de tribunales constitucionales, como la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, que validó la adopción de menores de edad por parte de parejas homosexuales, en la cual, al igual que en el caso *sub judice*, “los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño” (Corte IDH, 2010: 126).

La Corte, utilizando sentencias de otros Tribunales internacionales, señala “que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña”. Asimismo, tomando en consideración los informes científicos presentados en peritajes como el de Rodrigo Uprimny rendido en la audiencia pública del caso, y la decisión de la Suprema Corte Mexicana (SCJN, 2010: 336)¹¹, “la convivencia de menores de edad con padres

¹¹ En dicha decisión la SCJN estableció que la 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.



homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico” (Corte IDH, 2010: 127).

En cuanto al privilegio de intereses que alegó el Estado chileno, la Corte hace un análisis en cuanto a cómo la prohibición de la discriminación en razón de orientación sexual tiene alcance en las consecuencias necesarias para que una persona pueda desarrollar su proyecto de vida, como, por ejemplo, el derecho a formar una familia, respecto de la cual el Tribunal establece que no está reducida únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. En este sentido, la Corte concluye que:

la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”. (Corte IDH, 2010: 136)

La Corte consideró que la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, que bajo estereotipos sexuales (Cook, 2010: 31) **no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no encontrarse probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas** (Corte IDH, 2010: 139).

Finalmente, la Corte establece criterios sobre estereotipos de género en la sentencia al considerar que:

exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. (Corte IDH, 2010: 140)

3.2 Artavia Murillo y otros (*Fertilización in Vitro*) Vs. Costa Rica

La base fáctica del presente caso se centra en la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro* (FIV) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Al respecto, se puso a consideración de la Corte IDH la injerencia arbitraria que constituyó la prohibición absoluta en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia de las parejas demandantes. Además, se alegó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, ya que el Estado impidió el acceso a un tratamiento de reproducción asistida y el impacto desproporcionado que ese impedimento tuvo en las mujeres.

La emblemática sentencia del presente caso permite consolidar diversos estándares de protección, a la luz del derecho a la igualdad y a la no discriminación, en materia de derechos sexuales y reproductivos. El Tribunal, logra establecer conceptos claros en relación con la autonomía reproductiva de las personas, dando especial énfasis a la situación de las mujeres, construyendo los primeros criterios regionales para romper con los estereotipos de género que dan supremacía a la

maternidad por encima de la autonomía de la mujer. De igual forma, la decisión de la Corte IDH refleja la multiplicidad de derechos que se pueden ver afectados cuando hay una restricción desproporcionada y absoluta de los derechos reproductivos en un Estado.

La Corte IDH, para el análisis del caso en cuestión, en primer lugar define el alcance del derecho a la privacidad, ya que en el presente caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas. En ese sentido, la Corte recuerda que el derecho a la vida privada:

abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. (Corte IDH, 2012: 143)

La Corte IDH resalta que “la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la **posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona**” (Corte IDH, 2012: 143) y que ésta incluye “la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás por lo que es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad” (Corte IDH, 2012: 143, énfasis añadido). Por tanto, la Corte considera que “la vida privada está directamente relacionada con la autonomía reproductiva y con el acceso a los servicios de salud reproductiva, por tanto la decisión de ser o no madre o padre es parte del éste derecho e incluye, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (Corte IDH, 2012:143).

Ahora bien, para el análisis de si la decisión de la Sala Constitucional fue desproporcionada, la Corte IDH centra la mayoría de su argumentación en la justificación del tribunal costarricense, el cual llega a la conclusión de prohibir de forma absoluta la FIV, al realizar una interpretación del derecho a la vida, contemplado en el artículo 4.1 de la CADH, considerando que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión.

Dicho razonamiento llevó a la Corte IDH, por vez primera, a hacer un análisis del contenido del artículo 4.1 de la CADH y a desarrollar criterios clave para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos bajo un enfoque de género. Para ello, la Corte recurrió a las distintas formas de interpretación autorizadas con base en el artículo 29 de la CADH, utilizando, en primera medida, la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, continuando con la interpretación sistemática e histórica, la interpretación evolutiva y teleológica y allegándose finalmente del derecho comparado y las legislaciones existentes en materia de FIV.

Respecto al sentido corriente de los términos, en primera medida la Corte analizó, a partir de la literatura científica, los conceptos de “concepción”, “ser humano” y “persona”. Para ello, la Corte IDH acudió a las dos lecturas del término concepción:

Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto



como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. (Corte IDH, 2012: 180)

En cuanto al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”, la Corte IDH, señala que también hay variedad de posturas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, que:

indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso. (Corte IDH, 2012: 183)

Atendiendo a la variedad de posturas y ante la falta de consenso al respecto, la Corte IDH considera que su análisis en el presente caso debe limitarse al término “concepción”, el cual ha criterio del Tribunal “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 [...] Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. (Corte IDH, 2012: 187)

Ahora bien, en relación a la interpretación sistemática e histórica “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (Corte IDH, 2012: 191). Por lo que el Tribunal ha señalado que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe: el derecho internacional de los derechos humanos. Es por ello, que la Corte hace un recorrido por los criterios construidos en el Sistema Universal y en los sistemas regionales de protección para analizar el derecho a la vida y la posibilidad de proteger de forma absoluta la vida prenatal.

Desde el Sistema Universal, el Tribunal concluye que en ningún mecanismo convencional o extra convencional, se ha emitido pronunciamiento en relación al derecho a la vida del no nacido, al contrario, la protección se ha centrado en la vida de la mujer, por ejemplo en relación a las restricciones legislativas para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo y a las consecuencias de recurrir al aborto inseguro.

En relación al Sistema Interamericano, la Corte Concluye del análisis de la expresión “toda persona”, contenida en la CADH y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes de Hombre, que:

no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el **objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del**

no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. (Corte IDH, 2012: 222, énfasis añadido)

Bajo tal argumentación, y tomando en consideración los estándares del Sistema Universal, las jurisprudencia de tribunales regionales, la Corte estima que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

Posteriormente, haciendo uso de la interpretación evolutiva, la Corte IDH realiza un análisis de derecho comparado en relación a la prohibición absoluta de la FIV, lo anterior bajo el argumento de que al momento en que los Estados adoptaron la CADH, específicamente en contenido del artículo 4.1, no existían procedimientos y técnicas de FIV. La Corte evidenció que la mayoría de los Estados de la región permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte se ha considerado que la Convención permite la práctica de la FIV. Es decir, la Corte IDH llega a la conclusión de que “ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (Corte IDH, 2012: 256).

Finalmente, la Corte IDH, allegándose de decisiones de tribunales constitucionales en materia de interrupción voluntaria del embarazo en países como México y Estados Unidos, analiza el propósito de las normas involucradas, y los propósitos del sistema regional de protección. De dicho estudio, la Corte concluye que la cláusula “en general” del artículo 4.1 de la CADH “tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, **el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos**” (Corte IDH, 2012: 258, énfasis añadido).

Así las cosas, la Corte define que dicha cláusula tiene como objeto y fin permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Y que por tanto, **“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”** (Corte IDH, 2012: 264, énfasis añadido). Concluyendo así que el embrión no se encuentra protegido por la CADH y que por ende la prohibición absoluta de la técnica de FIV era incompatible con la misma.

4. Conclusiones

Las sentencias de *Atala Riffo e hijas Vs. Chile* y *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, permiten resaltar la importancia que los mecanismos no convencionales y cuasi jurisdiccionales tienen en la conceptualización de derechos como los sexuales y reproductivos, y la trascendencia que decisiones nacionales tienen en la construcción de criterios para garantizar de forma más efectiva los derechos de las mujeres y de la comunidad LGBTI.



El criterio establecido por la Corte IDH en estos casos es un avance en la jurisprudencia del SIDH en materia de autonomía reproductiva, sin embargo es importante plantear algunas cuestiones: 1) la necesidad de visibilizar, en casos como el de la Jueza Atala, la discriminación sufrida específicamente como mujer lesbiana, 2) los posibles efectos de haber interpretado el término “concepción” para futuros casos relacionados con anticoncepción de emergencia e interrupción legal del embarazo y 3) la importancia del seguimiento de la implementación de estas sentencias para lograr la no repetición de hechos como los acaecidos en estos casos, garantizando así el derecho a la autonomía sexual y reproductiva en la región.

No obstante lo anterior, la decisión de la Corte IDH en ambos casos constituye un primer paso de lo que tiene por desarrollar el Sistema Interamericano en materias y temáticas poco exploradas desde la jurisprudencia, además de resultar ejemplos claros del carácter evolutivo de las sociedades en cuanto al concepto de género y la importancia de que el DIDH, bajo el principio *pro persona* se adapte a dichos movimientos, de forma que sean los organismos de protección de derechos humanos, los que, como apunta Butler, contribuyan a “rehacer la realidad, reconstruir lo humano y negociar los términos de lo que se considera habitable y lo que no” (Butler, 2006: 52).

Bibliografía

1. Jurisprudencia, documentos e informes

- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (1992), *La violencia contra la mujer*, Recomendación general N° 19, 11° período de sesiones.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (1999), *La mujer y la salud*, Recomendación General N° 24, 20° período de sesiones.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (2006), *A. S. vs. Hungría* Comunicación No 4/2004 - Decisión del 14 de agosto del 2006.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (2011a), *Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil*, Comunicación No 17/2008 - Decisión del 25 de julio de 2011.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (2011b), *L.C. vs. Perú*, Comunicación No 22/2009 - Decisión del 17 de octubre de 2011.
- CDH, (1989) Observación General No. 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37.
- CIDH (2003), Informe N° 71/03. *Caso María Mamérita Mestanza Chávez*, 10 de octubre de 2003.
- CIDH (2007), Informe N° 21/07. *Caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto*, 9 de marzo de 2007.
- CIDH (2010), “*Amelia*”, *Nicaragua*. Medida Cautelar 43-10 del 26 de febrero de 2010.
- CIDH (2013), *B, El Salvador*. Medida Cautelar 114/13 del 29 de abril de 2013.
- CIDH (2015), *Niña Mainumby, Paraguay*. Medida Cautelar 178/15 del 8 de junio de 2015.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2003), *Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño*, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003.
- COMITÉ DESC. (2009) *Observación General No. 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.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1998), *Sentencia C-481* de 9 de septiembre de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- ONU (1968), *Proclamación de Teherán*, Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968, Doc. A/CONF.32/41 p.
- ONU (1994), Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. A/CONF.171/13/Rev.1.
- ONU (1995), Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1.
- ONU (2008), *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008.
- ONU (2011), *Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género*, presentada por Colombia en el 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011.
- ONU (2011b), *Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.
- ONU (2013). *Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*, 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN) (2010), *Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010*, 16 de agosto de 2010.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN) (2013), *“Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo la realidad el derecho a la igualdad”*, México, 2013.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- AÑÓN, M. (2010), “Autonomía de las Mujeres una utopía paradójica”. En: RAMIRO M. Y CUENCA, P., *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid, Editorial Dykinson.
- BUTLER, J. (2006), *Deshacer el género* (Trad.: Patricia Soley Beltrán), Routledge, Nueva York.
- COOK, R. (2010), *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales* (Traducción Andrea Parra), Profamilia, Bogotá.
- RODRIGUEZ PINZON, R. (2004), “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En: MARTIN, C. Y RODRIGUEZ PINZON R. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, D.F., Editorial Fontamara.



- RUBIN, G. (1975), "The traffic in women: notes on the political economy of sex". En: REITER, R. (ed.), *Toward an Anthropology of Women*, New York and London, Monthly Review Press, pp. 157-210.
- VAGGIONE, J. (2008), "Las familias más allá de la heteronormatividad". En: MOTA C. Y SAENZ M., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana, Tomo 2*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- WARNER, M. (1991), "Introduction". En: *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press.
- WITTING, M. (1992), *The Straight Mind and other essays*. Beacon Press, Boston.



Diálogo judicial

María Díaz Crego
Universidad de Alcalá
maria.diazcrego@uah.es

Resumen

La utilización de decisiones judiciales foráneas por tribunales nacionales, supranacionales e internacionales es uno de los fenómenos jurídicos de nuestro tiempo. Sin embargo, ese fenómeno es muy variado y presenta múltiples aristas, de modo que no siempre podemos hablar de diálogo judicial cuando se produce la utilización de jurisprudencia extranjera por un tribunal. El trabajo que se presenta aboga por una definición de diálogo judicial mucho más restringida, entendiéndolo que éste presupone no sólo un intercambio mutuo y consciente de ideas entre distintos órganos jurisdiccionales, sino también la existencia de un conflicto inter-ordinamental previo que esos tribunales deben resolver de forma dialógica, en tanto no existe una regla clara de resolución de conflictos normativos a aplicar.

Palabras clave

Comunicación entre jueces, diálogo judicial, tribunales nacionales, tribunales internacionales, pluralismo jurídico

Judicial dialogue

Abstract

The use of foreign case law by national, supranational and international courts is emerging as a prominent juridical phenomenon. Nevertheless, it is not a single phenomenon, as the so-called transjudicial communication is shaped in many different ways. This paper pleads for a restrict concept of judicial dialogue, as it considers that not every form of transjudicial communication can be characterized as a form of judicial dialogue. Judicial dialogue would only exist when there is a mutual and conscious exchange of ideas between different courts and when there is a previous normative conflict that those courts are meant to resolve in a dialogical way, as a clear conflict rule that could guide the jurisdictional actors in their task does not exist.

Keywords

Transjudicial communication, judicial dialogue, national courts, international courts, juridical pluralism

Introducción

El término diálogo judicial no se presta a una definición indiscutida. No en vano, en los últimos años, el análisis de este fenómeno por académicos de todo el mundo ha puesto de relieve las múltiples facetas del diálogo entre tribunales, al utilizar esta terminología para describir fenómenos que presentan importantes divergencias.

En un sentido amplio, podríamos entender el diálogo judicial como el proceso por medio del cual los tribunales utilizarían jurisprudencia ajena, incorporándola a su propio razonamiento, en su tarea de resolver una determinada controversia. Sin embargo, esa definición dudosamente nos permitiría identificar algo novedoso en este fenómeno: nada más habitual en la práctica de los tribunales de un Estado que referirse a las decisiones judiciales previas de tribunales superiores o tribunales con idéntico o inferior rango en el Poder Judicial de su Estado. Incluso, el fenómeno tampoco sería susceptible de calificarse como extraordinario si se considerara más allá de las fronteras estatales, en la medida en que la influencia de la jurisprudencia de determinados tribunales nacionales en otros Estados o la incorporación de instituciones jurídicas foráneas a determinados ordenamientos en diversos momentos históricos ha sido documentada por múltiples estudios (Watson, 1974).

Por tanto, el carácter novedoso del fenómeno analizado dista de poder encontrarse en la mera cita o incorporación de decisiones judiciales ajenas al razonamiento de algunos tribunales, ligándose más bien al alcance y la dimensión del fenómeno y a su vinculación con nuevos paradigmas que abandonan la visión del Derecho como una unidad coherente y jerarquizada y asumen la coexistencia de distintos sistemas jurídicos, perfectamente legítimos y potencialmente aplicables en un mismo espacio físico y temporal, cuyos conflictos no pueden ser resueltos mediante la mera aplicación del principio de jerarquía. Veamos con más detalle el fenómeno objeto de estudio.

1. El alcance y la pluralidad del fenómeno.

En el año 1994, en un emblemático trabajo, A.M. Slaughter daba cuenta de lo que consideraba un fenómeno en alza, que ella denominó *transjudicial communication*, al subrayar cómo tribunales de todo el mundo se estaban embarcando en un proceso de creciente utilización de jurisprudencia extranjera. La comunicación a la que Slaughter hacía referencia parece hoy un fenómeno indiscutible, de alcance transnacional y que involucra a un número muy relevante de actores judiciales de diversos continentes, tal y como confirman estudios posteriores (Groppi y Ponthoreau, 2013; Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, 2013; Markesinis y Fedtke, 2006). Estamos así habituados a que tribunales nacionales, supranacionales e internacionales hagan referencia a la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales y a que esas referencias se realicen no sólo entre tribunales jurídicamente obligados a tener en cuenta esas decisiones, sino también entre tribunales cuyas jurisprudencias no son un precedente obligado en virtud del Derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza, de forma habitual y continua, referencias a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (García Roca *et al.*, 2013; Groppi y Lecis Cocco-Ortu, 2014), pero también a la jurisprudencia de los máximos órganos

jurisdiccionales de los Estados parte de la Convención Americana¹. La práctica inversa es también habitual, de modo que muchos tribunales nacionales de los Estados parte de la Convención se refieren en sus decisiones a las previamente adoptadas por la Corte interamericana (VVAA, 2013; Von Bogdandy, Ferrer Mac Gregor y Morales Antoniazzi, 2010).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también utiliza las jurisprudencias de sus homólogos a nivel internacional, incluyéndolas normalmente en sus decisiones en el apartado de “Derecho y práctica internacional pertinente”, y haciendo referencia a ellas, en ocasiones, en la propia fundamentación jurídica de sus sentencias². Este tribunal tampoco ha obviado el necesario diálogo con los tribunales internos de los Estados parte del Convenio, de modo que la situación nacional suele tenerse en cuenta en las sentencias de Estrasburgo en un apartado de “Derecho comparado”, así como en el propio razonamiento del tribunal, en el que la determinación de la existencia de un “consenso europeo” en una materia puede llevar al tribunal a pronunciarse en un determinado sentido, normalmente reduciendo el margen de apreciación nacional en relación con la controversia suscitada (García Roca, 2010).

Especiales son quizás las relaciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que si bien la Unión no es todavía parte del Convenio Europeo (y no lo será en el inmediato futuro, a la luz del contenido del Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo), todos los Estados miembros lo son, de modo que el catálogo de derechos de la Unión se ha construido necesariamente sobre el Convenio Europeo (arts. 52 y 53 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea) y los dos tribunales europeos han trazado un complejo entramado de relaciones en virtud del cual el Tribunal de Justicia hace referencias constantes a la jurisprudencia del Tribunal Europeo³, mientras el Tribunal Europeo muestra cierta deferencia hacia el proceso de integración europeo al asumir que la protección de los derechos en el ámbito de la Unión es equivalente a la proporcionada por el propio Convenio (Gordillo, 2012). También en el ámbito de la Unión Europea, es destacable el diálogo continuo entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales, diálogo que se lleva a cabo de forma directa e institucionalizada en virtud del mecanismo de la cuestión prejudicial (art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea), pero que presenta múltiples otras dimensiones, de modo que no es inhabitual que la doctrina especializada identifique mensajes supuestamente dirigidos por el Tribunal de Justicia a los tribunales nacionales y viceversa en el marco de decisiones que no necesariamente implican el uso de la cuestión prejudicial (Martinico, 2008). Tal sería el caso, por poner un ejemplo, de las posiciones manifestadas por los tribunales constitucionales de algunos Estados miembros en relación con los límites constitucionales al proceso de integración europeo y de la supuesta influencia que esas posiciones habrían tenido en la jurisprudencia de Luxemburgo (Coppel y O’Neill, 1992; Slaughter, Stone Sweet y Weiler, 1998).

¹ Véase, ejemplo, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Gelman c. Uruguay* (2011: par. 215 y ss.), en la que se hacía referencia a la jurisprudencia sobre leyes de amnistía de distintos Estados parte de la Convención Americana.

² Véase, por ejemplo, la referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, realizada por el TEDH en el caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (2005).

³ Ver, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el caso *N. S. c. Secretary of State for the Home Department* (2011), en el que el tribunal citaba expresamente y adoptaba un posicionamiento idéntico al mantenido por el Tribunal Europeo en su relevante sentencia *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (2011).



No obstante, tal y como ya quedó indicado, el uso de decisiones judiciales foráneas no es privativo de los tribunales internacionales. También los tribunales nacionales de distintos Estados se han embarcado en este proceso, en ocasiones como consecuencia de la existencia de un precepto que les obliga a ello, en ocasiones sin que exista obligación jurídica alguna. En ese sentido, son habituales las cláusulas constitucionales que abren los ordenamientos internos al Derecho Internacional, especialmente en materia de derechos humanos (aunque el alcance de estas cláusulas de apertura es muy variopinto, pueden citarse, entre otras, el art. 10.2 de la Constitución española, el art. 16 de la Constitución portuguesa, el art. 23 de la Constitución venezolana, el art. 75.22 de la Constitución argentina, el art. 257 de la Constitución boliviana o el art. 1 de la Constitución mexicana), instando así una suerte de diálogo con esos instrumentos y sus máximos intérpretes a nivel internacional. No puede extrañarnos así que el Tribunal Constitucional español recoja con frecuencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Queralt, 2008), o que la Suprema Corte mexicana haga referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Groppi y Ponthoreau, 2013), en la medida en que las Constituciones de ambos Estados contemplan tales remisiones.

Tampoco parece sorprendente que, en el ámbito de la Unión Europea y dada la apertura de los ordenamientos de los Estados miembros al Derecho de la Unión, sean más o menos frecuentes las citas a la jurisprudencia de otros tribunales nacionales que ya se han pronunciado sobre cuestiones relevantes relacionadas con la interpretación o la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Tal sería el caso, por ejemplo, de las citas a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la constitucionalidad del Tratado de Lisboa (Treaty of Lisbon, 2009), contenidas en las sentencias del Tribunal Constitucional checo resolviendo sobre la misma cuestión (Treaty of Lisbon II, 2009); o de la decisión de la Corte Suprema chipriota pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de la norma interna de transposición de la Decisión marco por la que se establece la euroorden (Case on the Cypriot European Arrest Warrant Law, 2005), en la que se hacía específica referencia a las sentencias previas del Tribunal Constitucional Federal alemán (European Arrest Warrant Act Case, 2005) y el Tribunal Constitucional polaco sobre la misma cuestión (Application of the European Arrest Warrant to Polish citizens, 2005).

Más atípicos son quizás los supuestos en los que el propio Derecho interno recoge una cláusula general de apertura hacia ordenamientos de otros Estados. En este sentido, destaca el art. 39 de la Constitución de Sudáfrica, que no sólo obliga a los tribunales a considerar el Derecho Internacional en su proceso de interpretación del catálogo de derechos interno, sino que también les incita a considerar Derecho foráneo (“When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or fórum [...] may consider foreign law”). No sorprende así la destacada atención que la Corte Constitucional sudafricana presta a la jurisprudencia extranjera, especialmente a la proveniente de Canadá, Estados Unidos y Reino Unido (Groppi y Ponthoreau, 2013).

Sin embargo, el fenómeno puede resultar más sorprendente en los casos en los que las referencias a jurisprudencia de otros tribunales se realizan sin que exista una clara base jurídica para ello. Pueden así resultar más llamativas las constantes referencias de la *High Court* australiana a decisiones judiciales británicas o estadounidenses (Groppi y Ponthoreau, 2013); las significativas referencias de la Corte Suprema canadiense a decisiones judiciales de esos mismos países, así como a jurisprudencia australiana y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Groppi y Ponthoreau, 2013); o, incluso, las muy escasas referencias a

decisiones de tribunales foráneos realizadas por el reticente Tribunal Supremo estadounidense⁴.

2. Un intento de establecer una tipología: la definición de diálogo judicial en sentido estricto

Los fenómenos descritos son tan dispares en cuanto a su origen, alcance, causas y consecuencias, que es difícil ubicarlos en una misma categoría. En esa lógica, distintos autores han propuesto diferentes clasificaciones en aras de clarificar este complejo fenómeno. De Vergottini (2010) sugiere así una capital diferenciación entre los supuestos en los que las referencias a la jurisprudencia de otros tribunales vienen impuestas por el Derecho (véase el ejemplo de las relaciones entre el TJUE y los tribunales de los Estados miembros de la UE, o las relaciones de los tribunales de los Estados parte del Convenio Europeo o la Convención Americana con los respectivos órganos de control de ambos instrumentos) y aquellos en los que no existe tal obligación jurídica, pudiendo dudarse de la existencia de un auténtico diálogo judicial y no de un mero recurso a la técnica de la comparación por parte del juez.

Slaughter (1994) sugería también diversas formas de clasificación teniendo en cuenta la posición recíproca de los tribunales dialogantes, el grado de implicación de cada uno de ellos en el proceso o el objetivo perseguido por el propio proceso. En esa lógica, distinguía entre comunicación horizontal entre tribunales de un mismo nivel, tanto a nivel nacional (entre Tribunales Constitucionales de distintos Estados, por ejemplo) como internacional (por ejemplo, entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos); comunicación vertical entre tribunales de distintos niveles, por ejemplo, entre tribunales supranacionales y tribunales nacionales; y comunicación vertical-horizontal, que se produciría, por ejemplo, cuando la actuación de un determinado tribunal supranacional o internacional induce a los tribunales de los Estados miembros de la organización a tener en cuenta sus propias jurisprudencias. Slaughter (1994) también sugería una segunda diferenciación entre los supuestos de: diálogo directo o genuino (*direct dialogue*), en los que existe una auténtica y consciente comunicación entre dos tribunales, que no sólo conocen quién es el destinatario de sus razonamientos, sino que también tienen la intención de tomar en cuenta la respuesta de la contraparte; monólogo, en los que las ideas o razonamientos extraídos de la jurisprudencia de algunos tribunales son adoptados por otros sin que éstos sean conscientes de la influencia que ejercen; y, finalmente, de diálogo mediatizado (*intermediated dialogue*), escenarios que surgirían con la intervención de un tercer actor, normalmente supranacional, que podría incitar a los tribunales nacionales de determinados Estados a prestar atención a sus homólogos de otros Estados.

Rosas (2007), centrado en el complejo contexto de la Unión Europea, clasificaba los distintos tipos de diálogos judiciales que se producen en esa organización en cinco categorías distintas: diálogo vertical, entre tribunales nacionales de distintos niveles dentro de un mismo Estado miembro o entre el Tribunal de Justicia y los tribunales inferiores de la Unión Europea (véase el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública); diálogo entre los tribunales nacionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión, que el autor no consideraba un ejemplo de diálogo vertical en la medida en que el Tribunal de Justicia no actúa como un tribunal de casación, anulando las resoluciones de los tribunales nacionales, pero sí tiene la facultad de influenciar la toma de decisiones

⁴ Véase, por ejemplo, su expresa referencia a la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso *Dudgeon c. Reino Unido* (1981), en el caso *Lawrence v. Texas* (2003). Sobre el caso estadounidense ver Groppi y Ponthoreau, (2013).



por los tribunales internos, que cuentan con un instrumento privilegiado para dialogar con el Tribunal, la cuestión prejudicial, y están obligados a respetar sus decisiones en virtud de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión; diálogo semi-vertical, entre el Tribunal de Justicia y otros tribunales regionales o internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Justicia; diálogo entre tribunales que tienen jurisdicción potencialmente sobre los mismos asuntos, como sería el caso de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; y, finalmente, diálogo horizontal entre jueces del mismo nivel, por ejemplo, de distintos Estados miembros, o entre el Tribunal de Justicia y otros tribunales internacionales de idéntico nivel, como podría ser el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio. En ese mismo contexto europeo, se han establecido también diferencias entre formas directas de diálogo, significativamente aquellas en las que jueces nacionales y europeos se embarcan en un genuino proceso de intercambio de ideas a través del mecanismo de la cuestión prejudicial, y formas más sutiles o incluso encubiertas de diálogo, a través de las cuales jueces nacionales y europeos se dirigirían mutuamente mensajes sin utilizar las vías específicas de diálogo judicial previstas en los Tratados (Cartabia, 2007; Martinico, 2008; VVAA, 2012).

Más allá del complejo escenario que tratan de sistematizar todas estas clasificaciones, lo que resulta de especial interés desde la perspectiva de la definición del término “diálogo judicial” es que los autores reseñados parecen distinguir claramente entre el uso de decisiones judiciales extranjeras por tribunales nacionales e internacionales y el diálogo judicial propiamente dicho. En este sentido, se apunta que sólo puede hablarse de diálogo cuando se produce un recíproco y consciente intercambio de ideas entre distintos órganos jurisdiccionales (Slaughter, 1994; De Vergottini, 2010). Ahondando más en los perfiles del fenómeno en el contexto de la Unión Europea, Torres Pérez (2009) sugiere que no puede hablarse de diálogo judicial en sentido estricto si no se dan una serie de prerequisites: a) diferentes puntos de vista en relación con la solución que cabe dar a una determinada controversia jurídica; b) bases para el entendimiento mutuo, que pueden adoptar la forma de valores y principios compartidos; c) que ninguno de los actores del diálogo pueda imponer su autoridad final sobre el otro, lo que incentivará la cooperación y la búsqueda de un necesario entendimiento, preservando la autonomía de cada tribunal; d) que exista un reconocimiento y respeto mutuo, además de la conciencia de formar parte de un proyecto común; e) que haya igualdad de oportunidades para participar en el diálogo, de modo que todos los tribunales puedan hacer oír su voz y poner en tela de juicio los razonamientos de las otras partes dialogantes; y, finalmente, f) que el diálogo se extienda a lo largo del tiempo.

Caracterizado de este modo, el diálogo judicial no sólo presupone intercambio mutuo y consciente de ideas, sino también la existencia de un conflicto previo que los órganos judiciales dialogantes deben resolver de forma consensuada, en tanto no existe regla clara de resolución de conflictos aplicable. Y es precisamente esa definición estricta de diálogo judicial la que vincula a este fenómeno con otro de los grandes fenómenos jurídicos de nuestro tiempo, el pluralismo jurídico. La visión monista del Derecho como una unidad coherente y jerarquizada al interior de la cual todo conflicto normativo es susceptible de ser resuelto por referencia a una norma superior está siendo sustituida por una visión pluralista del Derecho, que presenta la realidad jurídica de nuestro tiempo como un entramado de sistemas jurídicos que potencialmente contienen soluciones diversas a idénticos problemas sin determinar con claridad las reglas que han de aplicarse para resolver eventuales conflictos normativos. Preocupado por los problemas constitucionales asociados al proceso de integración europea, MacCormick (1999)

acuñó el término de “pluralismo constitucional”, subrayando que estamos ante un escenario semejante cuando existe una pluralidad de ordenamiento jurídicos, cada uno con su propia constitución (entendida como norma suprema que regula y condiciona el ejercicio del poder público), de modo que cada ordenamiento reconoce la legitimidad del otro en su propio ámbito, sin que ninguno afirme su supremacía formal sobre el otro. Los escenarios de pluralismo constitucional, de constitucionalismo multinivel o en red, son especialmente proclives al conflicto, como han subrayado múltiples autores después de MacCormick (Walker, 2002; Pernice, 2002; Poiares Maduro, 2003; Kumm, 2005; Bustos Gisbert, 2005; Avbelj y Komárek, 2008; Torres Pérez, 2009; Gordillo, 2012). Ante la ausencia de reglas claras que permitan resolver tales conflictos normativos, el diálogo entre distintos actores, entre ellos los tribunales, se impondría como mecanismo de resolución de controversias (*Vide* todos los autores citados *supra*).

3. La justificación del fenómeno: ¿por qué los jueces tienen en cuenta decisiones judiciales foráneas?

La extensión del fenómeno analizado plantea claramente la cuestión de los motivos por los que los tribunales se verían abocados a utilizar decisiones judiciales foráneas. La pregunta no encuentra una respuesta unívoca, en la medida en que una sustancial diferencia debe hacerse entre la justificación del uso de este recurso en contextos en los que no se producen conflictos inter-ordinamentales y en los que no existe una obligación jurídica de utilizar tales precedentes y la justificación del recurso al diálogo en escenarios de pluralismo constitucional en los que el diálogo judicial puede presentarse como única vía para resolver un determinado conflicto normativo.

Situados en el primer escenario, De Vergottini (2010) ha subrayado que los motivos que pueden llevar a un juez a utilizar la jurisprudencia de tribunales extranjeros pueden ser variados: la insuficiencia del texto que debe interpretar y sus eventuales lagunas; la modificación sustancial o la adopción de una nueva norma de referencia, como por ejemplo, un nuevo texto constitucional o una reforma significativa del mismo; la existencia de vínculos históricos y culturales compartidos, como ocurre en los países de *common law*, o la pertenencia a una determinada área lingüística y cultural, como ocurriría entre Alemania, Austria y Suiza, podrían también llevar al juez a inclinarse a utilizar determinadas decisiones judiciales extranjeras, al entenderlas útiles para comprender e interpretar el propio Derecho interno. Finalmente, la influencia de un texto normativo extranjero en uno propio podría también incentivar al juez a recurrir a la jurisprudencia del mismo país a la hora de interpretarlo, tal sería el caso de los textos constitucionales influidos por determinadas Constituciones foráneas y la utilización de la jurisprudencia de esos mismos países a la hora de determinar el contenido del texto constitucional propio.

Las motivaciones del diálogo subrayadas por De Vergottini coinciden en parte con las recogidas previamente por Slaughter (1994), que asumía como posibles motores del diálogo judicial la mera voluntad del juez de utilizar el Derecho y la jurisprudencia foránea como fuente de inspiración para la resolución de un determinado problema (*cross-fertilization*), o como instrumento para reforzar la legitimidad, autoridad o capacidad de persuasión de una determinada decisión judicial mediante el uso de decisiones judiciales que puedan considerarse, por distintos motivos, un referente. Además de los argumentos indicados, Slaughter (1994) parecía tener más en cuenta el carácter transnacional del fenómeno y la específica posición de los tribunales supranacionales e internacionales al subrayar otros tres motivos que podrían animar al diálogo judicial. Se indicaba así que la voluntad de legitimar sus posicionamientos, asegurando su aceptación por los



tribunales nacionales y, por tanto, la eficacia interna del Derecho internacional o supranacional, podría llevar a los tribunales internacionales o supranacionales a tener en cuenta no sólo precedentes de sus homólogos en la esfera internacional sino también de tribunales nacionales, en una clara voluntad de diálogo con quien debe después asegurar la correcta aplicación de la norma internacional en la esfera interna. En la misma línea, la autora reconocía que el diálogo horizontal entre tribunales de distintos Estados obligados por una misma norma internacional podía también contribuir a promover la aceptación de tales compromisos siempre que, en su análisis de la jurisprudencia foránea, los tribunales nacionales hallaran evidencias de aceptación recíproca de esas obligaciones. Finalmente, Slaughter reconocía que el uso de precedentes extranjeros por los tribunales podía contribuir a fomentar una suerte de enriquecedora deliberación colectiva (*collective deliberation*) sobre problemas comunes.

Más restringidamente, en escenarios de pluralismo constitucional, parece poder afirmarse que el principal fundamento del diálogo judicial es la voluntad de resolver o evitar conflictos inter-ordinamentales a través de la búsqueda de un solución dialogada, de tal modo que el propio proceso dialógico serviría no sólo para proporcionar una solución a un problema complejo, sino también para legitimarla a través de la participación en el proceso de construcción de la misma de los distintos actores judiciales potencialmente en conflicto (Torres Pérez, 2009).

4. Críticas y alabanzas: ¿qué futuro para la comunicación entre tribunales?

El diálogo entre jurisdicciones es visto por algunos autores no sólo como un fenómeno irremediable, vinculado a la fuerte internacionalización de nuestras sociedades, a la pluralidad de ordenamientos jurídicos que coexisten en nuestros días y a la creación de múltiples tribunales supranacionales e internacionales, sino también como un fenómeno positivo. En este sentido, se ha subrayado que el diálogo judicial puede enriquecer y legitimar el proceso de toma de decisiones a nivel jurisdiccional; que este fenómeno es susceptible de mejorar la calidad de las resoluciones judiciales, que nacerían así de un proceso de deliberación colectiva a través del cual se alcanzarían no sólo soluciones más acabadas y mejor fundamentadas, sino también dotadas de una mayor legitimidad al tener en cuenta todos los potenciales intereses en conflicto (Slaughter, 1994 y 2003; Poiars Maduro, 2003; Torres Pérez, 2009). Incluso, algunos autores subrayan que el fenómeno analizado puede ayudar a definir y reforzar valores comunes a distintos Estados, fortalecer la protección de los derechos humanos a escala planetaria, contribuir a difuminar las líneas que separan el Derecho interno del Derecho internacional y, quizás, por qué no, potenciar el nacimiento de una suerte de comunidad de Derecho global, forjada a través de relaciones judiciales también globales (Slaughter, 1994 y 2003).

Sin embargo, la doctrina también ha subrayado las debilidades del fenómeno. De forma muy crítica, algunos autores defienden la irrelevancia del Derecho foráneo y, por tanto, de la jurisprudencia de tribunales extranjeros en el proceso de determinación e interpretación del Derecho interno, al asumir que las normas e instituciones jurídicas reflejan circunstancias (incluso, identidades) nacionales específicas y que, por tanto, las fuentes foráneas serían de escasa o nula utilidad a la hora de interpretarlas. En esta línea, es emblemática la posición manifestada por el Juez Scalia que, en varios pronunciamientos del Tribunal Supremo estadounidense, ha subrayado como el análisis comparado es inapropiado en el proceso de interpretación del texto constitucional estadounidense (*Printz v. United States*, 1997). Sin llegar a tales extremos, otros autores advierten que el uso recurrente del Derecho y la jurisprudencia foránea puede obviar los particularismos

propios de ciertas comunidades o sistemas jurídicos, imponiendo las soluciones adoptadas en otros contextos históricos, culturales o sociales: resurge así el conocido debate entre universalismo y particularismo aplicado a la utilización de decisiones judiciales foráneas (ver los autores citados en: Choudhry, 1999).

Desde una perspectiva eminentemente técnica, se señala también que la utilización de jurisprudencia extranjera no siempre se realiza seleccionando decisiones relevantes, pertinentes y útiles para el razonamiento del tribunal que se embarca en tal proceso. En esa lógica, la doctrina apunta que el uso de resoluciones foráneas por algunos tribunales es más que discutible, pudiendo caracterizarse incluso de arbitrario, no sólo por la elección de las decisiones concretas a manejar, sino también por la lectura que, en ocasiones, se hace de las mismas (De Vergottini, 2010).

En el contexto concreto de escenarios de pluralismo constitucional, las críticas hacia los modelos que promueven la solución de los conflictos inter-ordinamentales a través de un continuo diálogo judicial, han venido desde dos frentes distintos. Por un lado, quienes critican el pluralismo jurídico y constitucional y defienden modelos de coexistencia entre ordenamientos basados en la búsqueda de coherencia y unidad, entienden que este nuevo paradigma y la defensa del diálogo judicial que él conlleva minan la propia noción de Estado de Derecho, el principio de seguridad jurídica y la efectiva protección de los derechos de los particulares, al defender mecanismos de resolución de conflictos entre ordenamientos poco claros y potenciar relaciones difusas entre los distintos actores judiciales en juego (Baquero Cruz, 2007). Por otro lado, desde una perspectiva más acotada, otros autores critican el trascendental papel que la defensa del diálogo judicial como mecanismo de resolución de conflictos inter-ordinamentales ha atribuido a los jueces: se subraya así que la asunción de ese rol por los órganos jurisdiccionales podría estar alejando del debate constitucional a otros actores, significativamente actores políticos, que gozarían de mayor legitimidad democrática que los tribunales para alcanzar determinados compromisos (Gordillo, 2012). Esta crítica se vincula así con las tradicionales disquisiciones sobre el papel de juez en un Estado democrático y la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional.

A pesar de las críticas apuntadas, la realidad se impone tozudamente: en un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, en el que los Estados tejen complejas relaciones internacionales a nivel regional y global, los ordenamientos regionales, estatales y el Derecho internacional no pueden verse como una suerte de compartimentos estancos y quienes los interpretan, esencialmente los jueces, no pueden abstraerse de esa realidad. En ese complejo contexto y ante la ausencia de una autoridad legal global, el diálogo judicial aparece como única vía para resolver eventuales conflictos entre distintos ordenamientos.

Bibliografía

1. *Jurisprudencia*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No.221, CortelDH, San José.

CORTE SUPREMA CHIPRIOTA (2005), *Case on the Cypriot European Arrest Warrant Law*. Sentencia de 7 de noviembre de 2005, Civil Appeal núm. 294/2005.

CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE (2003), *Case Lawrence vs. Texas*, Sentencia de 26 de junio de 2003, 539 US 558, 2003.



- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*. Sentencia de 21 de enero de 2011, demanda nº. 30696/09.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*. Sentencia de 4 de febrero de 2005, demandas nº 46827/99 y 46951/99.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1981), *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*. Sentencia de 22 de octubre de 1981, demanda nº. 7525/76.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2011), *Caso N. S. c. Secretary of State for the Home Department*. Sentencia de 21 de diciembre de 2011, as. C-411/10.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (2009), *Case on the Treaty of Lisbon*. Sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (2005), *European Arrest Warrant Act Case*. Sentencia de 18 de julio de 2005, 2 BvR 2236/04.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHECO (2009), *Treaty of Lisbon II Case*. Sentencia de 3 de noviembre de 2009, Pl. ÚS 29/09.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POLACO (2005), *Case on the application of the European Arrest Warrant to Polish citizens*. Sentencia de 27 de abril de 2005, P 1/05.

2. Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- AVBELJ, M. y KOMÁREK, J. (eds.) (2008), “Four visions on Constitutional Pluralism”, *EUI Working Papers, Law*, núm. 2008/21.
- BAQUERO CRUZ, J. (2007), “The Legacy of the Maastricht- Urteil and the Pluralist Movement”, *EUI Working Papers, RSCAS*, núm. 2007/13.
- BUSTOS GISBERT, R. (2005), *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñati.
- CARTABIA, M. (2007), “‘Taking Dialogue Seriously’: The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union”, *Jean Monnet Working Paper Series*, New York University School of Law, JMWP 12/07.
- CHOUDHRY, S. (1999), “Globalization in search of justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, vol. 74, pp. 819-892.
- COPPEL, J. y O’NEILL, A. (1992), “The European Court of Justice: taking rights seriously?”, *Common Market Law Review*, núm. 29, pp. 670 y ss.
- GARCÍA ROCA, J. (2010), *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P.A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (2013), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Aranzadi, Madrid.
- GORDILLO, L.I. (2012), *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford.
- GROPPI, T. y LECIS COCCO-ORTU, A.M. (2014), “Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?”, *Revista de Derecho Político*, núm. 91, pp. 185-230.
- GROPPI, T. y PONTTHOREAU, M.-C. (2013), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford.
- KUMM, M. (2005), “The jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, vol. 11, núm. 3, pp. 262-307.

- MACCORMICK, N. (1999), *Questioning Sovereignty? Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford.
- MARKESINIS, B. y FEDTKE, J. (2006), *Judicial recourse to foreign law*, UCL Press, Nueva York.
- MARTINICO, G. (2008), *A Matter of Coherence in the Multilevel Legal System: Are the Lions Still Under the Throne?*, *Jean Monnet Working Paper Series*, New York University School of Law, JMWP 16/08.
- PERNICE, I. (2002), "Multilevel constitutionalism in the European Union", *European law review*, núm. 27, pp. 511-529.
- POIARES MADURO, M. (2003), "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action". En: WALKER, N., *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart Publishing, pp. 501-537.
- QUERALT, A. (2008), *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ROSAS, A. (2007), "The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue", *European Journal of Legal Studies*, núm. 1, vol. 2, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Publications/PastPublications.aspx> (fecha de consulta: 16 de julio de 2015).
- SLAUGHTER, A.-M. (1994), "A typology of transjudicial communication", *University of Richmond Law Review*, vol. 29, pp. 99-137.
- SLAUGHTER, A.-M. (2003), "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, pp. 191-219.
- SLAUGHTER, A.-M., STONE SWEET, A. y WEILER, J.H.H. (1998), *The European Court and national courts-- doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Hart Publishing, Oxford.
- TORRES PÉREZ, A. (2009), *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford.
- VON BOGDANDY, A., FERRER MAC GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (Coords.) (2010), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un "jus constitutionale comune" en América Latina?*, UNAM – Max Planck Institut- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México.
- VVAA, (2012), "Public Law and the Judges / Le Droit Public et les Juges", *European Review of Public Law*, Vol. 14, núm. 1 (número monográfico).
- VVAA (2013), *Diálogos: el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (Ver también los 10 tomos anteriores de "Diálogo judicial"), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/todos-los-libros> (fecha de consulta: 16 de julio de 2015).
- WALKER, N. (2002), "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, pp. 317-359.
- WATSON, A. (1974), *Legal transplants*, Scottish Academic Press, Edimburgo.





**Theodore Roosevelt: Extracto del mensaje anual del presidente al
Congreso de los Estados Unidos de América (6 de diciembre de 1904)
y extracto del discurso sobre el Estado de la Unión
(5 de diciembre de 1905)**

**Corolario de Theodore Roosevelt a la Doctrina Monroe: Estados Unidos,
gendarme internacional**

Javier Redondo
Universidad Carlos III de Madrid
jredondo@polsoc.uc3m.es

Theodore Roosevelt, que ejerció la 26ª Presidencia de los Estados Unidos, fue un personaje poliédrico y controvertido. Su antecesor, William McKinley, pasa por ser el impulsor formal de la era imperialista americana, pues emprendió la primera guerra que libró el país fuera de sus fronteras. Fue en Cuba, contra España y del lado de los independentistas criollos y abolicionistas. Sin embargo, McKinley se vio abocado, sin ser partidario, a un conflicto que instigó, entre otros, el entonces secretario de la Armada, el propio Roosevelt, que obtuvo así, según sus críticos, su “espléndida guerrita”. La Historia se aceleró en ese lustro: Roosevelt combatió en la contienda; Cuba logró la independencia (1898) –en la práctica era un protectorado americano–; el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Enmienda Platt (1901), que regulaba en ocho artículos las relaciones con la Isla¹; McKinley murió asesinado (1901) y Theodore Roosevelt, propuesto por su antecesor como vicepresidente, se instaló en el Despacho Oval de la Casa Blanca, convirtiéndose, a sus 42 años, en el presidente más joven, hasta ese momento, de la Historia norteamericana.

La decisión más destacada de su primera Presidencia fue apoyar la independencia de Panamá (1903) para proteger los intereses de las compañías americanas de fruta y empresas de la construcción del Canal. Un mes de después de derrotar con holgura al Demócrata Alton B. Parker (8 de noviembre de 1904), pronunció el discurso que marcó el signo de su Presidencia e inauguró doctrinalmente la era imperialista. Con Roosevelt, Estados Unidos consolidó la política de *Open Door*², asociada a los orígenes de la nación.

Acudir al diccionario de la Real Academia Española siempre resulta un recurso fácil, pero a veces ilustra con notable nitidez el sentido de lo que se pretende expresar. Roosevelt desarrolló y dio un nuevo impulso en el siglo XX a la doctrina que James Monroe enunció en la centuria anterior. Definió el Corolario a la

¹ Reservándose el derecho de intervenir para garantizar su independencia y “un gobierno adecuado” y supervisar los tratados que firmara el gobierno de La Habana con otras potencias. Estados Unidos abrió su base militar en Guantánamo en 1903.

² Citando a Alfred E. Eckes Jr. y Thomas W. Zeiler (2003: 14), Thomas Bender (2011: 250), subraya que “la Organización Mundial del Comercio es la heredera directa de las *Open Door*”. Las *Open Door* eran unas notas publicadas por Roosevelt y miembros de su equipo en 1900 que contenían una serie de recomendaciones para ejercer la hegemonía comercial en el Pacífico, iniciada tras la adquisición de Filipinas.

Doctrina Monroe. Un corolario es una “proposición que no necesita prueba particular, sino que se deduce fácilmente de lo demostrado antes”. Roosevelt no necesitó en 1904 poner negro sobre blanco los casos que obligaban a revitalizar la doctrina del 5º presidente americano, simplemente recordó en su discurso al Congreso que Estados Unidos debía cumplir las obligaciones que de ella se deducían. Es decir, la consideraba, independientemente del contexto y las circunstancias, el principio rector de la política exterior estadounidense. No obstante, no apelaba a un interés comercial sino “protector”, cuasi paternalista.

James Monroe, el último de la dinastía de los virginianos y de los *fundadores* de la nación –aunque no fue miembro de la Convención de Filadelfia participó en el Congreso Continental entre 1783 y 1786–, declaró en su mensaje al Congreso el 2 de diciembre de 1823 que la política exterior norteamericana se ceñiría al continente americano y velaría por salvaguardar a las jóvenes naciones que habían declarado recientemente su independencia de la intervención o recolonización por parte de potencias europeas. La Doctrina Monroe³ no era un desafío a Europa sino más bien un reconocimiento de la ubicación de sus intereses comerciales y la delimitación de un perímetro de seguridad en torno a sus fronteras. Por aquel entonces, Estados Unidos no tenía una Armada poderosa, pero compartía objetivos con Inglaterra, de modo que los otrora enemigos se convirtieron definitivamente en aliados. Ambas potencias tenían una visión similar del mundo: eran, por su condición de “naciones ilustradas”, las encargadas de hacer prevalecer la “paz y la justicia”. A Inglaterra le convenía reconocer en Estados Unidos un *gendarme* para América.

Cuando Estados Unidos se involucra en asuntos extranjeros no apela a la defensa de los Derechos Humanos. Ni siquiera Kennedy se refirió a ellos. Sólo el presidente Jimmy Carter lo hizo: “nuestro compromiso con los Derechos Humanos debe ser absoluto”, proclamó⁴. Carter fue Premio Nobel de la Paz en 2002, muchos años después de abandonar la Presidencia. Por su parte, Theodore Roosevelt fue el primer americano en obtener el galardón: también el primer presidente en hacerlo. Lo recibió, como Woodrow Wilson y Barack Obama, durante su mandato, aunque por un asunto en el que Estados Unidos no estaba en aquel momento directamente implicado⁵. Es una de las controversias que rodean al personaje que nos ocupa: su beligerancia está fuera de toda duda y, sin embargo, es uno de los cuatro presidentes merecedores del Nobel de la Paz. Bien es cierto que fue también uno de los impulsores de la Segunda Conferencia de La Haya (1907) para regular las guerras, el uso de armamento y canalizar los conflictos entre Estados. En ese primer discurso que analizamos también le dedica un breve apartado a este asunto. Sin

³ Estados Unidos ha invocado repetidas veces a la Doctrina Monroe. Tras la Segunda Guerra Mundial y durante la Guerra Fría, en cierto modo se apeló a ella para intervenir y promover operaciones militares en países del Centro y Sur de América con el objetivo de frenar al comunismo. La primera vez fue en 1953, en Guatemala. Suele confundirse la Doctrina Monroe con la del Destino Manifiesto, enunciada en tiempos de James Polk. En 1845, la *Magazine Democratic Review* empleó por primera vez la expresión Destino Manifiesto, por el que Estados Unidos se autorizaba a expandirse y ocupar su continente. La Doctrina del Destino Manifiesto se redactó pensando en los territorios del Oeste de Norteamérica. Se apeló a ella para conquistar Texas y ganarle territorio a México.

⁴ En 1979 se reunió en la Cumbre de Viena con el presidente soviético Leonid Brezhnev, quien le sugirió que los Derechos Humanos eran un “asunto delicado” en la URSS. Carter contestó: “El tema de los Derechos Humanos es muy importante para nosotros porque determina nuestra actitud hacia su país”.

⁵ La Academia de Suecia le concedió en 1906 el Premio Nobel de la Paz por su mediación para la firma del Tratado de Portsmouth, que ponía fin al conflicto ruso-japonés en Manchuria y Corea.

embargo, años más tarde se mostró partidario de que Estados Unidos participara en la Primera Guerra Mundial; trató de alistarse como voluntario, pero Wilson consideró que no tenía edad de acudir al frente.

Los presidentes de la postguerra mundial (desde 1945 y hasta el derrumbe del bloque soviético, entre 1989 y 1991) creen que el conflicto internacional pivota sobre los ejes libertad-totalitarismo y, por tanto, los Derechos Humanos se salvaguardan en el lado Occidental del Telón de Acero. Antes, Theodore Roosevelt ordenó su Corolario en torno a los siguientes principios: paz, justicia, orden, estabilidad y prosperidad. A partir de diciembre de 1904, Estados Unidos se sintió responsable del devenir del Continente. Mantener la paz no era el objetivo prioritario. El presidente se refería a la “paz de la justicia”: “Si hay un conflicto entre ambas –nociones- (...) nuestra lealtad se debe primero a la causa de la Justicia”. Estados Unidos se erigió en gendarme internacional para evitar gobiernos tiránicos. En ausencia de Tribunales Internacionales y de un Derecho Internacional que fuera más allá de la protección de fronteras (sólo existía el Tribunal Permanente de Arbitraje, creado precisamente en La Haya), las potencias “más civilizadas” –las que tienen mayor sentido de sus obligaciones internacionales y se caracterizan por un “reconocimiento más agudo y generoso de la diferencia entre el bien y el mal”- ejercerían, en cierto modo, también como *civilizadoras*. La lógica del argumento era clara: según la Doctrina Monroe, Estados Unidos tiene el derecho de protegerse y por tanto evitar la inestabilidad del Continente. El Corolario añade como requisitos de la estabilidad, el orden y la prosperidad.

Justo un año más tarde, Roosevelt insistió y terminó de perfilar esta idea y su propósito en la sesión conjunta de la Cámara de Representantes y Senado. En su discurso sobre el Estado de la Unión, aseguró que la Doctrina Monroe no sólo era un instrumento eficaz para el mantenimiento de la paz, sino que había sido aceptada por las demás naciones. Por tanto, Estados Unidos se sentía obligado por ella, pues “no es posible (...) reclamar un derecho (...) y eludir la responsabilidad de su ejercicio”. Roosevelt estaba, por un lado, declarando la hegemonía de Estados Unidos en el Continente americano y, por otro, enunciando lo que fue denominada la *Diplomacia del Garrote*. La fuerza será el último recurso, pero constituye un medio para garantizar el orden dentro de las fronteras de cada joven nación americana. La vigilancia estadounidense tiene un objetivo: proteger las fronteras de agresiones e intromisiones extranjeras, pero también asegurar la “felicidad” y “prosperidad” de los países vecinos.

Estados Unidos pretendía evitar la instalación de gobiernos tiránicos en las repúblicas de América. Para ello recomendó hablar “suavemente” pero empuñar un “gran garrote”. Por eso la parte que no recuperamos de este discurso, la que sigue inmediatamente a la que reproducimos, se centra en explicar su plan sobre el fortalecimiento de la Armada (Roosevelt ya había solventado un potencial conflicto con Alemania a cuenta de Venezuela). Ahora sí, en 1905, Roosevelt pone un ejemplo de hasta dónde debe llegar la Doctrina Monroe en la defensa de la justicia y estabilidad de los pueblos vecinos: Santo Domingo. Roosevelt fue, por tanto, el primer presidente intervencionista en asuntos extranjeros de la Historia de Estados Unidos. Envío a la Armada de Estados Unidos, pagó la deuda externa del país y sofocó una rebelión interna. Ciertamente que trataba de poner a salvo las cuentas de los financieros neoyorquinos en la Isla, pero también rechazó tomar el control territorial, y aseguró: “Tengo tantas ganas de anexarla como una boa constrictora de tragarse un puercoespín a contrapelo”. Sea como fuere, Roosevelt evitó que las deudas contraídas por Santo Domingo propiciasen su ocupación por un país europeo. Roosevelt se refirió a “deudas injustas”. Expuso el caso en el Congreso y se

comprometió a perseverar el mantenimiento de un Gobierno honesto. Estados Unidos se hizo cargo de las cuentas del país, pues era la única manera de que los dominicanos –sobre todo los más “pobres y desamparados”- pudieran obtener “aquello a lo que justamente tienen derecho”. Roosevelt concluye: “Toda consideración de lo que es una política sabia y, sobre todo, toda consideración de lo que es una gran generosidad nos instan a dar cumplimiento a la solicitud de Santo Domingo que ahora estamos tratando de cumplir”. El ejemplo de Santo Domingo muestra a las claras que para Roosevelt, dentro de la más pura tradición norteamericana, libertad individual⁶ y prosperidad son términos indefectiblemente asociados. De ellos se derivan los subsiguientes: estabilidad, orden, justicia y paz.

Volviendo a su intervención del 6 de diciembre de 1904, el presidente sentencia que “al reafirmar la Doctrina Monroe, al adoptar medidas como las que hemos tomado con respecto a Cuba, Venezuela y Panamá y al tratar de circunscribir el teatro de la guerra en el Lejano Oriente y de garantizar una puerta abierta en China, hemos actuado en nuestro propio interés así como en el interés de la Humanidad en general”. Insistimos en la misma idea: el aislacionismo americano pertenecía ya al pasado. Por otra parte, hemos de extraer dos conclusiones del programa de Roosevelt: 1. Los intereses de Estados Unidos son convergentes con los de los países que busquen la instauración de sistemas democráticos de Gobierno en su Hemisferio. Y 2. Los intereses económicos y políticos no tienen por qué disociarse. Es decir, los intereses económicos no son espurios. Más aún, las naciones prósperas propician gobiernos justos; y, a la inversa, los gobiernos estables y pacíficos crean las condiciones idóneas para la prosperidad económica. En esto, en esencia, se basa la legitimidad *autoconferida* de la aplicación de la Doctrina Monroe. Por último, la forma que debe adoptar la intervención estadounidense para evitar “fechorías” y “horrores” dependerá tanto del “grado de atrocidad” como de la capacidad que Estados Unidos tenga para ponerle remedio. Estados Unidos buscará siempre y en primer lugar la vía diplomática.

Roosevelt no se refiere en concreto, como ya hemos mencionado, a la protección de los Derechos Humanos –también porque la noción, tal y como la entendemos hoy, es posterior-, aunque sí sostiene que un pueblo que defiende la libertad civil y religiosa, un pueblo que preserva los derechos fundamentales de las personas considera inevitable e inexcusable denunciar los horrores cometidos en el mundo, reservándose el derecho de intervención sólo a su propio Continente, es decir, al espacio geográfico donde su propia estabilidad, libertad y prosperidad pudiera verse amenazada.

El Corolario de Roosevelt a la Doctrina Monroe es, en definitiva, una adaptación al nuevo contexto internacional que se perfila en los albores del siglo XX, caracterizado por nuevas amenazas, el rearme de Alemania, la política europea de alianzas y la emergencia de un mundo mucho *más global* que en la segunda década del XIX. El Corolario suponía que Estados Unidos debía desempeñar un papel protagonista en el mundo y consolidarse como potencia militar –en todo caso defensiva-. Esta es la interpretación de la Doctrina Monroe que hace Roosevelt: una intervención –ofensiva- es en el fondo una acción defensiva. En diciembre de 1907, el último año de la presidencia de Roosevelt, 16 buques de guerra marcharon alrededor del mundo. La Gran Flota Blanca tardó 14 meses en dar la vuelta al globo para mostrar el potencial de la Armada norteamericana. Regresó el 9 de febrero de

⁶ Por supuesto tendríamos que referirnos a la libertad de mercado, pero eso nos sumergiría en otra cuestión sumamente interesante pero que escapa al objeto de esta aproximación: la diferencia entre el “nuevo nacionalismo” de Roosevelt y la “nueva libertad” de Wilson.



1909, un mes antes de que jurara el cargo de presidente el pacifista e idealista Woodrow Wilson.

Bibliografía

APPLEMAN WILLIAMS, W. (1972), *From Colony to Empire: Essays in the History of American Foreign Relations*, John Willey & Sons, Nueva York.

WALLACE, CH. G. (1969), *Theodore Roosevelt and the Politics of Power*, Little Brown, Boston.

BENDER, T. (2011), *Historia de los Estados Unidos, una nación entre naciones*, Siglo XXI, Madrid.

BESCHLOSS, M. (2007), *Presidential Courage. Brave Leaders and How They Changed America, 1789-1989*, Simon & Schuster, Nueva York.

REDONDO, J. (2015), *Presidentes de Estados Unidos. De Washington a Obama, la historia norteamericana a través de los 43 inquilinos de la Casa Blanca*, La Esfera de los Libros, Madrid.



Extracto del mensaje Anual del presidente Theodore Roosevelt al Congreso de los Estados Unidos (6 de diciembre de 1904)¹

Theodore Roosevelt

Al tratar de nuestra política exterior y de la actitud que esta gran Nación debe adoptar en el mundo en general, es absolutamente necesario tener en cuenta al Ejército y a la Marina, y el Congreso, a través del cual encuentra su expresión el pensamiento de la Nación, debe tener siempre en cuenta de una forma muy clara el hecho fundamental de que es imposible abordar nuestra política exterior, con independencia de que esta política se concrete en el esfuerzo de garantizar la justicia para los demás o la justicia para nosotros mismos, sino condicionada a la actitud que estemos dispuestos a adoptar hacia nuestro Ejército y especialmente hacia nuestra Marina. No es simplemente imprudente; es despreciable que una nación, lo mismo que un individuo, recurra a un lenguaje altisonante para proclamar sus objetivos, o para adoptar posiciones que resultan ridículas si no están respaldadas por una fuerza potencial, y que luego se niegue a proporcionar esta fuerza. Si no hay intención de proporcionar y mantener la fuerza necesaria para respaldar una actitud enérgica, entonces es mucho mejor no adoptar tal actitud.

El objetivo constante de esta Nación, como el de todas las naciones ilustradas, debe ser el de esforzarse en acercarnos cada vez más al día en que haya de prevalecer en todo el mundo la paz de la justicia. Determinadas clases de paz son altamente indeseables, tan destructivas a la larga como cualquier guerra. Tiranos y opresores han hecho muchas veces un desierto y lo han llamado paz. En muchas ocasiones pueblos que eran perezosos, o tímidos, o miopes, que se habían vuelto débiles por culpa de la comodidad o del lujo, o que se habían dejado engañar por falsas enseñanzas, se han arrugado cobardemente ante el cumplimiento de un deber de gran exigencia y que imponía auto-sacrificios y han tratado de ocultar a sus propias mentes sus defectos, sus motivos innobles, a base de llamarlos amor a la paz. La paz del terror tiránico, la paz de la debilidad cobarde, la paz de la injusticia, todo esto debe ser evitado del mismo modo que evitamos una guerra injusta. La meta que nos fijamos como nación, la meta que debería fijarse toda la humanidad, es la consecución de la paz de la justicia, de la paz que se produce cuando cada nación no está simplemente protegida en cuanto a sus propios derechos sino que reconoce y cumple escrupulosamente sus deberes para con los demás. La paz habla de justicia, por lo general; pero si hay un conflicto entre ambas, entonces nuestra lealtad se debe primero a la causa de la justicia. Son muy corrientes las guerras injustas y es poco corriente la paz injusta; pero ambas deben ser evitadas. El derecho a la libertad y la responsabilidad en el ejercicio de ese derecho no pueden dissociarse. Uno de nuestros grandes poetas ha dicho con propiedad y precisión que la libertad no es un regalo que dure mucho tiempo en manos de los cobardes. Tampoco dura mucho en manos de los demasiado perezosos, ni de los demasiado deshonestos, ni de los demasiado poco inteligentes para ejercerla. A veces debe practicarse una vigilancia constante, que es el precio

¹ Traducción de Javier Redondo. El texto original puede consultarse en *Almanac of Theodore Roosevelt*. Disponible en: <http://www.theodoreroosevelt.com/images/research/speeches/trmdcorollary.pdf>. Revisado el 22 de julio de 2015.

de la libertad, para protegerse de los enemigos externos; aunque mucho más a menudo, por supuesto, para protegernos de nuestros propios defectos debidos a egoísmo o irreflexión.

Si se mantienen vigentes entre nosotros estas verdades evidentes, y sólo si se mantienen así entre nosotros, tendremos una idea clara de cuál debería ser nuestra política exterior en todos sus aspectos. Es nuestro deber recordar que una nación no tiene más derecho a cometer una injusticia con otra nación, fuerte o débil, que el que una persona tiene a cometer una injusticia con otra persona; que la misma ley moral se aplica en un caso como en el otro. Sin embargo, hay que recordar también que tanto es deber de la Nación proteger sus propios derechos y sus propios intereses como deber del individuo proteger los suyos. En el seno de la Nación el individuo ha delegado este derecho al Estado, esto es, al representante de todos los individuos, y es una máxima de la ley que para cada injusticia hay un remedio. No obstante, en la legislación internacional no hemos avanzado en modo alguno lo que hemos avanzado en legislación interna. No existe todavía ningún procedimiento judicial de hacer cumplir un derecho en la legislación internacional. Cuando una nación se comporta injustamente con otra o con muchas otras, no hay tribunal ante el que pueda llevarse al infractor. O bien se hace necesario resignarse estólidamente a la injusticia, y conceder por lo tanto una prima a la brutalidad y a la agresión, o, de no ser así, se hace necesario que la nación agraviada se alce valientemente en defensa de sus derechos. Hasta tanto se conciba algún método por el que exista algún grado de control internacional sobre las naciones ofensoras, sería horrible que se desarmaran las potencias más civilizadas, aquellas que tienen un mayor sentido de las obligaciones internacionales y un reconocimiento más agudo y generoso de la diferencia entre el bien y el mal. Si las grandes naciones civilizadas de la actualidad se desarmaran por completo, la consecuencia sería un recrudescimiento inmediato de la barbarie de una forma u otra. Bajo cualquier circunstancia habrá de mantenerse un armamento suficiente al servicio de los objetivos de policía internacional; y hasta tanto la cohesión internacional y el sentido de los deberes y derechos internacionales estén mucho más avanzados que en la actualidad, una nación deseosa tanto de garantizarse el respeto hacia sí misma como de hacer el bien a los demás debe disponer de una fuerza adecuada para la labor que perciba que se le ha asignado como parcela suya dentro de las obligaciones generales del mundo. De ello se deduce que una nación que se precie, justa y previsora debería, por un lado, esforzarse por todos los medios en contribuir al desarrollo de los diversos movimientos que tienden a ofrecer sustitutos a la guerra, que tienden a aplacar a las naciones en sus acciones hacia otras y, de hecho, hacia sus propios pueblos, más sensibles al sentimiento general de una humanidad humana y civilizada, y, por otro lado, debería mantenerse alerta, evitando escrupulosamente al mismo tiempo comportarse de manera injusta, para repeler cualquier injusticia y, en casos excepcionales, para adoptar medidas que, en un estadio más avanzado de las relaciones internacionales, se encuadren bajo el título del ejercicio de la policía internacional. Un gran pueblo libre se debe a sí mismo y [debe] a toda la humanidad el no hundirse en la indefensión ante los poderes del mal.

Estamos tratando en todos los sentidos de ayudar, dentro de una cordial buena voluntad, a todo movimiento que tienda a proporcionarnos unas relaciones más amistosas con el resto de la humanidad. En cumplimiento de esta política voy a presentar en breve al Senado tratados de arbitraje con todas las potencias que estén dispuestas a firmar estos tratados con nosotros. En este período de desarrollo del mundo no es posible llegar a un acuerdo de arbitraje de todos los asuntos, pero hay muchos asuntos con diferencias potenciales entre nosotros y otras naciones a los que puede aplicarse el arbitraje. Por otra parte, a instancias de la Unión

Interparlamentaria, un eminente organismo integrado por estadistas de todos los países con sentido práctico, he invitado a las potencias a que se sumen a este Gobierno en una segunda conferencia de La Haya, en la que se espera que el trabajo ya tan felizmente comenzado en La Haya pueda llevarse adelante algunos pasos más hasta su plena culminación. Así se cumple el deseo expresado por la misma primera conferencia de La Haya.

No es verdad que los Estados Unidos sientan avidez alguna de territorios o que acaricien proyecto alguno en relación con otras naciones del hemisferio occidental salvo aquellos que redunden en bienestar suyo [de esas naciones]. Todo lo que este país desea es ver estabilidad, orden y prosperidad en sus países vecinos. Cualquier país cuyo pueblo se conduzca apropiadamente puede contar con nuestra calurosa amistad. Si una nación demuestra que sabe actuar con la eficacia y la decencia razonables en asuntos sociales y políticos, si mantiene el orden y hace honor a sus obligaciones, no debe temer la más mínima interferencia de los Estados Unidos. Es posible que un comportamiento impropio crónico o una impotencia que dé lugar a una relajación general de los vínculos de una sociedad civilizada requieran en última instancia, en América como en cualquier otro lugar, la intervención de alguna nación civilizada y, en el hemisferio occidental, la adhesión de los Estados Unidos a la Doctrina Monroe puede obligar a los Estados Unidos, aun con renuencia, a ejercer la autoridad de policía internacional en casos flagrantes de injusticia o impotencia tales. Si todos los países bañados por el Mar Caribe mostraran los progresos de civilización estable y justa que, con la ayuda de la Enmienda Platt, ha mostrado Cuba desde que nuestras tropas abandonaron la isla y que tantas repúblicas de ambas Américas están mostrando de forma reiterada y brillante, se daría por concluida toda cuestión de injerencia de esta Nación en sus asuntos. Nuestros intereses y los de nuestros vecinos del sur son en realidad idénticos. Cuentan con grandes riquezas naturales y, si dentro de sus fronteras prevalece el imperio de la ley y la justicia, es seguro que les alcanzará la prosperidad. Mientras observen por tanto las leyes primarias de una sociedad civilizada, pueden estar seguros de que serán tratados por nosotros con un espíritu de simpatía cordial y servicial. Intervendríamos en ellos sólo como último recurso, y sólo si resultara evidente que su incapacidad o su falta de voluntad de hacer justicia en su país y en el extranjero hubieran violado los derechos de los Estados Unidos o hubieran desencadenado una agresión extranjera en detrimento del conjunto entero de las naciones americanas. Es una perogrullada afirmar que toda nación que, ya sea en América o en cualquier otro lugar, desee mantener su libertad, su independencia, en última instancia debe darse cuenta de que el derecho a dicha independencia no se puede separar de la responsabilidad de hacer un buen uso de ella.

Al reafirmar la Doctrina Monroe, al adoptar medidas como las que hemos tomado con respecto a Cuba, Venezuela y Panamá y al tratar de circunscribir el teatro de la guerra en el Lejano Oriente y de garantizar una puerta abierta en China, hemos actuado en nuestro propio interés así como en el interés de la humanidad en general. Hay, sin embargo, casos en los que, si bien nuestros propios intereses no están involucrados en gran medida, se apela de manera muy poderosa a nuestras simpatías. Normalmente, en nuestro caso es mucho más prudente y útil que nos preocupemos por esforzarnos en conseguir nuestra propia mejora moral y material aquí en nuestra patria que preocuparnos por tratar de mejorar la condición de las cosas en otras naciones. Nosotros solos tenemos pecados más que sobrados contra los que pelear y, en circunstancias normales, podemos hacer más por el enaltecimiento general de la humanidad si nos esforzamos en cuerpo y alma en poner fin a la corrupción ciudadana, a la criminalidad brutal y a los prejuicios raciales violentos aquí, en nuestra patria, que aprobando resoluciones y haciendo algo



improcedente en otros lugares. Sin embargo, hay a veces fechorías que se cometen a una escala tan enorme y de un horror tan particular que nos hacen dudar de si no será un deber manifiesto por nuestra parte el intentar al menos mostrar nuestro desacuerdo con esas acciones y nuestra solidaridad con aquellos que han sufrido por culpa de ellas. Los casos en los que sea justificable esta opción deben ser extremos, pero en casos extremos esa opción puede ser justificable y apropiada. La forma que deba adoptar nuestra intervención habrá de depender de las circunstancias del caso; es decir, del grado de la atrocidad y de nuestra capacidad de ponerle remedio. Los casos en los que podamos interferir por la fuerza de las armas, tal y como interferimos para poner fin a las condiciones intolerables en Cuba, son necesariamente muy pocos. Sin embargo, no es de esperar que un pueblo como el nuestro, que, a pesar de ciertos defectos muy evidentes, se caracteriza no obstante en su conjunto por la práctica constante de su creencia en los principios de la libertad civil y religiosa y de una libertad pacífica; un pueblo en el que incluso el peor de los delitos, como el de linchamiento, no va nunca más allá de ser esporádico, de modo que los individuos, y no las clases, ven menoscabados sus derechos fundamentales, es inevitable que una nación así desee ansiosamente dar expresión a su horror en ocasiones como la de la matanza de los judíos en Kishenev, o cuando es testigo de una crueldad y una opresión tan sistemáticas y tan prolongadas como la crueldad y la opresión de las que han sido víctimas los armenios, que les han hecho acreedores de la compasión indignada del mundo civilizado.

Extracto del discurso sobre el Estado de la Unión (5 de diciembre de 1905)²

Theodore Roosevelt

308

(...) Uno de los instrumentos más eficaces de la paz es la Doctrina Monroe tal y como ha sido y está siendo desarrollada gradualmente por esta Nación y aceptada por las demás naciones. Ninguna otra política podría haber sido tan eficaz en la promoción de la paz en el hemisferio occidental y en dar a cada nación que hay en él la oportunidad de desarrollarla de acuerdo con sus propias directrices. Si hubiéramos rehusado aplicar la doctrina a las condiciones cambiantes ahora estaría completamente desgastada, no satisfaría ninguna de las necesidades de nuestros días y, de hecho, probablemente a estas alturas habría caído en completo olvido. Es útil dentro de la patria y está encontrándose con reconocimiento en el extranjero porque hemos adaptado nuestra aplicación de la doctrina a satisfacer las crecientes y cambiantes necesidades del hemisferio. Cuando anunciamos una política como la Doctrina Monroe, nos comprometemos a las consecuencias de esa política y esas consecuencias se modifican de vez en cuando. No es posible en modo alguno reclamar un derecho y, sin embargo, eludir la responsabilidad de su ejercicio. No sólo nosotros sino todas las repúblicas americanas que se benefician de la existencia de la doctrina debemos reconocer las obligaciones a las que cada nación está sometida en lo que respecta a los pueblos extranjeros, no menores que su deber de hacer valer sus propios derechos.

² Traducción de Javier Redondo. El texto original puede consultarse en *Almanac of Theodore Roosevelt*. Hemos seleccionado para este comentario las páginas 19 a 22. Disponible en: <http://www.theodore-roosevelt.com/images/research/speeches/sotu5.pdf> Revisado el 22 de julio de 2015.

Está tan claro que nuestros derechos e intereses están profundamente concernidos en el mantenimiento de la doctrina que apenas es necesario argumentarlo. Esto es especialmente cierto a la vista de la construcción del Canal de Panamá. Como mera cuestión de autodefensa, debemos ejercer una estrecha vigilancia sobre los accesos a este canal; y esto implica que debemos ser plenamente conscientes de nuestros intereses en el Mar Caribe.

Hay unos determinados puntos esenciales que nunca deben olvidarse en relación con la doctrina Monroe. En primer lugar, como Nación debemos hacer evidente que no tenemos intención de invocarla bajo ningún aspecto o manera como excusa para nuestro engrandecimiento a expensas de las repúblicas del sur. Debemos reconocer el hecho de que en algunos países de América del Sur ha habido grandes suspicacias sobre que interpretemos la Doctrina Monroe de alguna manera hostil a sus intereses y debemos tratar de convencer de una vez por todas a todas las demás naciones de este continente de que ningún Gobierno justo y respetuoso del orden tiene nada que temer de nosotros. Hay ciertas repúblicas al sur de nosotros que ya han alcanzado un punto tal de estabilidad, orden y prosperidad que ellas mismas, aunque todavía apenas de manera consciente, figuran entre los garantes de esta doctrina. Recibimos ahora a estas repúblicas no sólo en condiciones de completa igualdad sino en un espíritu de amistad franca y respetuosa, que esperamos sea mutuo. Si todas las repúblicas al sur de nosotros se desarrollaran como se han desarrollado ya aquellas a las que aludo, desaparecerá toda necesidad de que seamos nosotros los campeones singulares de la doctrina, porque ninguna República Americana estable y en desarrollo desea ver que una gran potencia militar no americana adquiere territorio alguno en su vecindad. Todo lo que este país desea es que las demás repúblicas de este continente sean felices y prósperas; y no pueden ser felices y prósperas a menos que mantengan el orden dentro de sus fronteras y se comporten con un justo sentido de sus obligaciones para con los forasteros. Debe entenderse que bajo ninguna circunstancia utilizarán los Estados Unidos la Doctrina Monroe para amparar una agresión territorial. Deseamos la paz con todo el mundo, pero quizás por encima de todo con los demás pueblos del continente americano. Hay, por supuesto, límites a los agravios que toda nación que se precie puede soportar. Siempre cabe la posibilidad de que acciones injustas hacia esta Nación, o hacia ciudadanos de esta Nación, en algún Estado incapaz de mantener el orden entre su propia gente, incapaz de garantizar justicia a los forasteros y poco dispuesto a hacer justicia a aquellos forasteros que lo traten bien, puedan dar lugar a que tengamos que tomar medidas para proteger nuestros derechos; ahora bien, esas medidas no se adoptarán con fines de agresión territorial y se tomarán solamente con extrema renuencia y cuando se haya hecho evidente que se ha agotado cualquier otro recurso.

Por otra parte, hay que dejar claro que no tenemos intención de permitir que la Doctrina Monroe sea utilizada por cualquier nación de este continente como un escudo para protegerse de las consecuencias de sus propias fechorías contra naciones extranjeras. Si una república al sur de nosotros comete un agravio contra una nación extranjera, como por ejemplo un ultraje a un ciudadano de esa nación, la Doctrina Monroe no nos obliga a intervenir para evitar el castigo del agravio sino para comprobar que el castigo no asume la forma de ocupación del territorio bajo ninguna modalidad. El caso es más difícil cuando se refiere a una obligación contractual. Nuestro propio Gobierno siempre ha rehusado imponer obligaciones contractuales en nombre de sus ciudadanos mediante el recurso a las armas. Es muy de desear que todos los gobiernos extranjeros adopten el mismo punto de vista. Sin embargo, no lo hacen y, en consecuencia, es probable que en cualquier momento estemos expuestos a enfrentarnos con desagradables alternativas. Por un lado, este país rechazaría sin duda ir a la guerra por evitar que un gobierno



extranjero se cobre una deuda justa; por el contrario, es muy desaconsejable permitir que alguna potencia extranjera se apodere, aunque sea temporalmente, de las aduanas de una República Americana con el fin de obligarla al pago de sus obligaciones; porque tal ocupación temporal podría convertirse en ocupación permanente. La única salida a estas alternativas puede ser que en algún momento seamos nosotros mismos los que asumamos propiciar algún tipo de acuerdo por el que se salde todo lo posible de una obligación. Es mucho mejor que este país haga que se acepte un acuerdo de este tipo antes que permitir que lo haga cualquier país extranjero. Hacerlo así garantiza a la república en mora que no tenga que pagar bajo coacción una deuda de carácter impropio al mismo tiempo que garantiza también a los acreedores honestos de esa república no verse preteridos en interés de acreedores deshonestos o codiciosos. Por otra parte, adoptar una posición así ofrece a los Estados Unidos la única fórmula posible de asegurarnos frente a un conflicto con una potencia extranjera. La posición es, por lo tanto, en interés de la paz así como en el interés de la justicia. Es en beneficio de nuestro pueblo; es en beneficio de pueblos extranjeros y, sobre todo, es realmente en beneficio del pueblo del país en cuestión

Esto me lleva a lo que debería ser uno de los objetivos fundamentales de la Doctrina Monroe. Nosotros mismos debemos de esforzarnos de buena fe en impulsar la paz y el orden en aquellas de nuestras repúblicas hermanas que necesiten este tipo de ayuda. Del mismo modo que se ha producido un crecimiento gradual del componente ético en las relaciones de un individuo con otro, así nosotros, aunque sea poco a poco, debemos llegar cada vez más y más a admitir el deber de correr con las cargas de otros, no sólo como [sucede] entre los individuos sino también entre las naciones.

Santo Domingo, a su vez, nos ha dirigido ahora un llamamiento para que la ayudemos y no sólo un mínimo principio de sabiduría sino también un mínimo instinto de generosidad nos invitan a responder al llamamiento. No es la menor de sus consecuencias [del llamamiento] que concedamos la ayuda que Santo Domingo necesita entendida como un episodio para el cabal desarrollo de la Doctrina Monroe o porque consideremos el caso de Santo Domingo como totalmente especial en sí mismo y que haya de ser tratado como tal y no de acuerdo con unos principios generales o sin referencia alguna a la Doctrina Monroe. Lo importante es conceder la ayuda que se necesita, y el caso es, sin duda, lo suficientemente peculiar como para que merezca ser juzgado exclusivamente de acuerdo a sus propios méritos. Las condiciones de Santo Domingo han evolucionado desde hace varios años de mal en peor hasta que hace un año toda la sociedad se vio al borde de su desintegración. Afortunadamente, justo en ese momento surgió en Santo Domingo un gobernante que, con sus colegas, vio los peligros que amenazan su país y apeló a la amistad del único vecino grande y poderoso que tenía la facultad, y como ellos esperaban, también la voluntad de ayudarles. Había un peligro inminente de una intervención extranjera. Los gobernantes anteriores de Santo Domingo habían incurrido imprudentemente en deudas y, debido a sus desórdenes internos, habían dejado de ser capaces de acopiar medios para pagar las deudas. La paciencia de sus acreedores extranjeros se había agotado y al menos dos naciones extranjeras estaban a punto de intervenir, y sólo se lo impidieron las seguridades no oficiales que dio este Gobierno de que iba a esforzarse en ayudar a Santo Domingo en su momento de necesidad. En el caso de una de estas naciones, sólo la apertura efectiva de negociaciones por nuestro Gobierno con este fin impidió la ocupación del territorio de Santo Domingo por una potencia europea. De las deudas contraídas, algunas eran justas, mientras que otras no eran de un tipo que realmente hiciera obligatorio o adecuado que Santo Domingo las pagara en su totalidad. El caso es

que no podía pagar ninguna de ellas a menos que se les garantizara cierta estabilidad a su Gobierno y a su pueblo.

Por consiguiente, el Departamento Ejecutivo de nuestro Gobierno negoció un tratado en virtud del cual vamos a tratar de ayudar al pueblo dominicano a poner en orden sus finanzas. Este tratado está en trámite en el Senado. Mientras tanto, se ha alcanzado un arreglo temporal que se prolongará hasta que el Senado haya tenido tiempo de adoptar su decisión sobre el tratado. De acuerdo con esta disposición, el Gobierno dominicano ha nombrado en todos los puestos importantes del servicio de aduanas a estadounidenses que están procurando una recaudación honesta de los ingresos, de los que entregan más del 45 por ciento al Gobierno para que atienda gastos e ingresan el otro 55 por ciento en un depósito seguro para su reparto equitativo, en caso de que se ratifique el tratado, entre los distintos acreedores, ya sean europeos o americanos.

Las aduanas representan poco menos que las únicas fuentes de ingresos de Santo Domingo y las diferentes revoluciones suelen tener como verdadero objetivo la incautación de estas aduanas. El mero hecho de que los recaudadores de Aduanas sean estadounidenses, que están realizando sus funciones con eficacia y honestidad, y que el tratado esté en trámite en el Senado confiere al Gobierno de Santo Domingo un cierto poder moral que no ha tenido antes. Esto ha desalentado por completo todo movimiento revolucionario al tiempo que ya ha producido un aumento tal de los ingresos que el Gobierno está obteniendo realmente más con el 45 por ciento que los recaudadores estadounidenses le entregan que con todo lo que anteriormente obtenía cuando recibía la totalidad de los ingresos. Así se permite a la población pobre y desamparada de Santo Domingo dedicar una vez más su atención a la industria y librarse de la solución de disturbios revolucionarios sin fin. Así se ofrece a todos los acreedores de buena fe, americanos y europeos, la única oportunidad realmente posible de obtener aquello a lo que justamente tienen derecho mientras que, a su vez, brinda a Santo Domingo la única oportunidad de defenderse contra reclamaciones que no debería pagar porque ahora, si [Santo Domingo] cumple con los criterios del Senado, seremos nosotros mismos los que examinaremos a fondo todas estas reclamaciones, ya sean extranjeras o estadounidenses, y comprobaremos que no se pague ninguna que sea indebida. Por supuesto, hay oposición al tratado, tanto de acreedores deshonestos, extranjeros y americanos, como de los revolucionarios profesionales de la propia isla. Tenemos ya razones para creer que algunos de los acreedores que no se atreven a exponer sus reclamaciones a un honesto análisis detallado se están esforzando en fomentar la sedición en la isla y la oposición al tratado. Mientras tanto, he ejercido la autoridad de la que me ha investido la resolución conjunta del Congreso para impedir la introducción de armas en la isla con fines revolucionarios.

De acuerdo con el rumbo emprendido, la estabilidad y el orden y todos los beneficios de la paz están llegando al fin a Santo Domingo, se ha excluido el peligro de intervención extranjera y hay por fin perspectivas de que todos los acreedores obtendrán justicia, nada más ni nada menos. Si se pone fin a este esquema por el fracaso del tratado, llegará el caos; y si llega el caos, tarde o temprano este Gobierno puede verse involucrado en graves problemas con gobiernos extranjeros en torno a la isla, o incluso puede verse obligado a intervenir en la isla de modo un tanto desagradable. Bajo el tratado propuesto, se respeta escrupulosamente la independencia de la isla, se desvanece el peligro de violación de la Doctrina Monroe por la intervención de potencias extranjeras y se minimiza la injerencia de nuestro Gobierno, por lo que sólo actuaremos conjuntamente con las autoridades del Santo Domingo para dar seguridad a la correcta administración de las aduanas y, por lo



tanto, para dar seguridad del pago de deudas justas y para dar seguridad al Gobierno dominicano frente a demandas por deudas injustas. El método propuesto otorgará al pueblo de Santo Domingo las mismas oportunidades de prosperar que ya hemos otorgado al pueblo de Cuba. Si no somos capaces de sacar provecho de esta oportunidad, será en descrédito nuestro por partida doble; porque nos producirá un daño a nosotros mismos y porque producirá un daño incalculable a Santo Domingo. Toda consideración de lo que es una política sabia y, sobre todo, toda consideración de lo que es una gran generosidad nos instan a dar cumplimiento a la solicitud de Santo Domingo que ahora estamos tratando de cumplir (...).



Debatiendo:

La posible (o no) conciliación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal, según la Sentencia “Claude Reyes contra Chile” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Daniel F. Quesada Monge
Universidad Autónoma de Madrid
danielquesadam88@gmail.com

I. Introducción.

A 35 años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como mecanismo de ejecución e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de otros instrumentos jurídicos internacionales, es innegable su valor en la defensa y protección de los derechos humanos, así como su aporte en la construcción actual de Estados democráticos y de derecho más justos e igualitarios en Latinoamérica.

Desde los inicios de su labor, son innumerables las contribuciones que la Corte ha efectuado en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos emitiendo fallos trascendentales sobre casos complejos como desapariciones forzadas, protección a la dignidad humana, prohibición de la tortura, derechos de los pueblos indígenas, libertad de expresión, pena de muerte, niñez, debido proceso, entre otros, hasta casos más recientes de discriminación por orientación sexual o fecundación *in vitro*. Numerosos también son los retos que tendrá que afrontar en el futuro inmediato, en una sociedad de la tecnología y la información cada día más cambiante, que suma nuevos desafíos para los derechos humanos y que suponen un entramado y complejo panorama en todos los ámbitos que conocemos, pues resulta, casi imposible, encontrar ámbito alguno en el campo de la interacción humana, que no esté ya permeado por el uso de las tecnologías y el Internet.

En ese sentido, me complace poder participar en este número de Eunomia, con un ensayo que versará sobre el derecho de acceso a la información pública tal cual ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia Claude Reyes contra Chile, y los posibles conflictos que puedan surgir entorno a la aplicación de los límites al mismo, como por ejemplo, el derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal.

II. El derecho de acceso a la información pública según el caso “Claude Reyes contra Chile”.

El derecho de acceso a la información pública, tal y como es concebido actualmente, es una de las piedras angulares de un Estado democrático de Derecho y resulta prácticamente, imposible, describir un Estado democrático realizado, sin que exista plena garantía de ese derecho. A la fecha, la transparencia constituye uno de los principales indicadores de realización de un Estado democrático garante

de los derechos humanos, que se impone frente a los antiguos Estados y regímenes en los que imperaba el obscurantismo y secretismo en la Administración Pública, dejando nulo el derecho de todo ciudadano a exigir cuentas a las autoridades.

Como lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de *Claude Reyes contra Chile*, el control democrático por parte de la sociedad, no sólo fomenta la transparencia de la actividad y del aparato estatal en sí, sino que además, promueve la responsabilidad de los funcionarios en la gestión pública, garantizando con ello, en tesis de principio, el buen funcionamiento de un Estado democrático.

Como mencionaba Louis Brandeis (1932) en su obra "*Other people's money and how bankers use it*", "*publicity its justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants*". No obstante, para que lo anterior pueda ser una realidad, debe garantizarse a los ciudadanos, tener acceso a la información, pues en caso contrario, los elementos de juicio y crítica necesarios para poder cuestionar, debatir o informarse, sobre los quehaceres de la Administración Pública, serían de difícil alcance.

Esa es la esencia del derecho de acceso a la información pública, y de una manera acertada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretó en su sentencia *Claude Reyes contra Chile*, que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión contenido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos no sólo protege el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, sino que también protege, el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, en consonancia con otros instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que disponen de una referencia expresa a ese derecho humano, básico e indispensable, pues de él depende la concreción y garantía de otros derechos humanos.

Bajo ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó que el derecho a buscar y recibir información, consecuentemente, protege el derecho que tiene toda persona de solicitar el acceso a la información que está en manos del Estado, con una serie de restricciones que la misma sentencia detalla y que son consecuencia lógica del respeto y la garantía de otros derechos.

Ahora bien, tal y como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, así como en el caso concreto, los derechos son susceptibles de ser restringidos y el caso del derecho de acceso a la información pública, alegado en el caso de *Claude Reyes contra Chile*, no es la excepción. No obstante, la limitación e injerencia que puede soportar un derecho humano no es de cualquier tipo, sino que debe atender a situaciones y formas especiales que mencionaremos a continuación.

En primer término, la restricción a un derecho fundamental debe estar fijada por ley. Es decir, que no puede ser cualquier acto emanado de un poder público, sino que debe ser una ley formal, debidamente aprobada por el órgano legislativo competente, quien puede dictar una ley en sentido estricto, capaz de restringir un derecho humano. Asimismo, debe responder a un interés general.

Un segundo requisito exigido, es que responda a un objetivo que esté expresamente permitido por la propia Convención Americana de Derechos Humanos. Sobre este particular y para lo que analizaremos más adelante, resulta relevante resaltar que el artículo 13 punto 2, establece el respeto a los derechos o a

la reputación de los demás, como límite al derecho al acceso a la información pública y al derecho a la libertad de pensamiento y expresión.

Por último, se impone como tercer requisito, que las restricciones impuestas deben ser necesarias en una sociedad democrática, y ello únicamente se cumple cuando la restricción busca la satisfacción de un interés público. No sólo lo anterior, sino que la limitación que se imponga debe ser proporcional y conducente a alcanzar el logro de ese objetivo legítimo, eso sí, tratando de que se interfiera, en la menor medida, en el ejercicio del derecho que está siendo limitado.

Dicho lo anterior, podría suponerse que el derecho a la intimidad y del cual podría eventualmente desprenderse el derecho a la protección de datos de carácter personal, reconocido en el inciso 2 del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, impone el mismo como un límite al derecho de acceso a la información pública, siempre que se cumplan los parámetros para tales efectos de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ahora bien, habrá que analizar en qué términos es la relación de este con el derecho de acceso a la información pública, pues del principio de máxima divulgación promulgado en la sentencia *Claude Reyes contra Chile*, se extraen otro sinnúmero de consideraciones.

III. El derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal.

Para mantener un orden lógico en este comentario, consideramos necesario en este punto, hacer una referencia al derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, para después enlazarlo con el objetivo principal de este ensayo, el cual es analizar la posible conciliación o no del derecho de acceso a la información pública según la sentencia *Claude Reyes contra Chile* con el derecho a la intimidad y el acceso a datos de carácter personal.

Partiremos entonces de una concepción del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal –pese a las distinciones existentes tanto jurídicas como filosóficas e históricas entre ambos derechos– más moderna que la propia del liberalismo clásico, que se resume en un “derecho a estar sólo”, ampliamente conocido en la doctrina y en el derecho anglosajón, como el “*right to be let alone*”.

El derecho a la vida privada, es reconocido como parte esencial de la libertad individual, y como uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asientan nuestros Estados democráticos de Derecho. Igualmente, consideramos que el derecho de acceso a la información pública, es un indicador de la realización de Estado respetuoso con los derechos humanos de sus habitantes. No obstante, estas premisas aplican de igual forma al derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal. Resultaría, prácticamente inconcebible, imaginar un Estado democrático de Derecho que no sea garante del derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal de sus ciudadanos.

Es decir, todo Estado está en la obligación de garantizar a sus ciudadanos un espacio de su esfera libre de cualquier injerencia tanto de particulares como de los propios poderes estatales, así como una plena disposición de sus datos de carácter personal, de la que pueden hacer uso tanto sujetos de derecho privado como el propio Estado.



En una época en la que constantemente estamos expuestos a injerencias indeseadas o bien, mal dimensionadas sobre nuestro derecho a la intimidad y a un tratamiento constante de nuestros datos de carácter personal, debemos tomar en especial consideración que la privacidad ya no sólo debe ser analizada únicamente como un interés individual, tal y como lo hacía la concepción individualista del constitucionalismo liberal, sino que estamos frente a un escenario más complejo, que ha convertido la protección y la garantía de ese derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, en uno de los requisitos para obtener una democracia de calidad. Al proteger el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, no sólo protegemos una libertad individual, sino que protegemos a su vez, un interés general.

La protección y la garantía del derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal, ampliamente reconocidas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en fallos tanto de Tribunales nacionales como regionales e internacionales, se constituyen en elementos esenciales de cualquier Estado democrático de Derecho, siendo que la idea nacista de un *hombre de cristal*, sobre el cual el Estado tenía absoluto y total control de su información, privacidad y datos, no puede ser permitida (Rodotá, 2003: 15).

Resulta innegable entonces, la tensión existente cuando contraponemos el derecho de acceso a la información pública frente al derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, pues ambos persiguen fines públicos, intereses legítimos y objetivos de la propia Convención Americana de Derechos Humanos; sin embargo, mientras que el primero busca ejercer una garantía de acceso a la información pública que esté en poder del Estado, el segundo persigue justamente lo contrario, lo cual es tutelar esa esfera privada de toda persona libre de cualquier injerencia, así como la tutela de la disposición de los datos de carácter personal, aún y cuando esos datos se encuentren en poder del Estado. El problema surge entonces, cuando un ciudadano en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, amenaza o pone en riesgo, el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal de un tercero.

IV. Las relaciones entre el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal y el derecho de acceso a la información pública, a la luz del caso “Claude Reyes contra Chile”.

Conflictos de derechos similares han sido conocidos ya por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se han planteado en diversos ámbitos, creándose así un debate entre si el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal puede coexistir o bien, si existe primacía o preferencia de uno sobre otro. Solove¹, pone la interrogante en estos términos “¿Cómo puede reconciliarse la tensión entre transparencia y privacidad? ¿Debe sacrificarse el acceso a los documentos en el altar de la privacidad? ¿O debe la privacidad evaporarse para poder desinfectar los gobiernos con la luz del sol?”.

También podría plantearse en los términos en los que hace la abogada general del Tribunal de Luxemburgo, la señora Sharpston, en las conclusiones presentadas en el caso *The Bavarian Lager c. Comisión*, asemejando el problema con la paradoja formulada por Isaac Asimov²: “¿Qué ocurriría si una fuerza

¹ Citado por J. Piñar Mañas (2010: 85)

² Conclusiones de la abogada general Sharpston presentadas el 15 de octubre de 2009, *Comisión Europea c. The Bavarian Lager Co. LTD*, recurso de casación, asunto C-28/08 P.

irresistible se enfrentase con un cuerpo inamovible?. La abogada Sharposton sugiere cambiar "fuerza irresistible" por derecho de acceso a los documentos – homólogo al derecho de acceso a la información pública- y "cuerpo inamovible", por derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter persona. Nos parece que lo anterior, de forma gráfica y clara, expone la situación y el conflicto ante el que nos encontramos presentes.

La opción de conciliación que ha brindado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de los casos *Comisión c. The Bavarian Lager* y el caso *Volker und Markus Scheke GbR y Hartmunt Eifert v. Land Hessen*, y que a nuestro parecer es certera, se decantó por la opción de la ponderación en cada caso concreto. Es decir, que cuando se esté ante un conflicto real de derechos, lo más acorde con el Derecho de la Unión Europea, es ponderar, caso por caso, la afectación del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal frente al ejercicio del derecho de acceso a la información pública y viceversa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es enfático es destacar, en ambas sentencias, en que no existe una primacía automática de un derecho sobre otro, lo que hace necesario, la ponderación vistos el cuadro fáctico específico.

Este análisis hecho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que desde nuestra óptica consideramos que es la manera posible de conciliar ambos derechos, parte de la premisa de que no hay derechos en un plano absoluto. Además, reconoce que la protección de datos no debe constituirse como un impedimento para el ejercicio de la transparencia y el derecho de acceso a los documentos; no obstante, no se puede incurrir en arbitrariedades o desprotección del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, en virtud de ello. La Abogada General del Tribunal y el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son contundentes en señalar que la máxima transparencia en tutela del interés público, no puede ser un "mantra" que haga que la misma prevalezca sobre los demás derechos fundamentales.

Ahora bien, tomando como válida la opción de conciliación que da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que implica ponderar en cada caso concreto el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, procederemos a analizar si de acuerdo a lo externado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Claude Reyes contra Chile*, es posible aplicar una solución similar a un eventual conflicto entre los derechos ya mencionados.

Para ello, es necesario hacer una breve referencia al principio de máxima divulgación contenido en el derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación hecha por la sentencia de comentario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El principio de máxima divulgación es ampliamente reconocido como un principio rector del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones contenido en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en ese sentido, este principio exige la existencia de un marco jurídico en el que la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general y sólo de forma estricta y limitada, se acepten excepciones. En ese orden de ideas, se derivan consecuencias tales como que el derecho de acceso a la información se encuentre sometido a un régimen limitado de excepciones, que además deben ser interpretadas de forma restrictiva, de forma tal que se vea favorecida la interpretación a favor del derecho

de acceso a la información; que toda decisión negativa de suministrar la información sea motivada y corresponde al estado la carga de la prueba de porqué la información solicitada no puede ser revelada; y, que ante la duda o vacío legal, deba primar el derecho de acceso a la información pública.

De lo anterior se desprende que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en términos de primacía de un derecho sobre otro, otorga, sin duda alguna, una primacía absoluta y automática al derecho al acceso a la información pública, en perjuicio eventual del derecho a la intimidad y la protección de datos.

Esa primacía, resulta evidente al comprenderse en el principio de máxima divulgación, que las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva y de forma que la interpretación favorezca el derecho de acceso a la información pública. Es decir, que ante la eventual duda del aplicador de la norma que consagra el derecho de acceso a la información frente a las limitaciones impuestas, en este caso, en virtud del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal de terceras personas, no queda otra interpretación más, que darle prevalencia al derecho de acceso a la información pública, sacrificando con ello otro derecho humano, como lo es el derecho que tiene toda persona a que se garantice y respete su intimidad y el tratamiento de sus datos personales.

Asimismo, al desprenderse del principio de máxima divulgación que ante una duda o vacío legal, prima el derecho de acceso a la información pública, se repite lo mencionado líneas arriba, sea, que el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal debe ceder, sin mayor espacio de ponderación o interpretación que pueda favorecer y darle prevalencia a este último.

Con la interpretación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del derecho de acceso a la información pública, así como del reconocimiento del principio de máxima divulgación, se otorga una superioridad al derecho de acceso a la información pública respecto de cualquier otro, queda anulada cualquier posibilidad de conciliación, en este caso, con el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal. Para que exista una posible conciliación entre derechos, se requiere que ambos estén en un plano de igualdad, mientras que como se puede fácilmente notar, es claro que el derecho de acceso a la información pública cuenta con un tratamiento especial, que hace, según entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que prevalezca frente a la eventual duda o vacío legal, así como en la posibilidad de interpretación.

V. Conclusión

Compartimos la lógica que sigue la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Claude Reyes contra Chile*, en el sentido de que el derecho de acceso a la información pública, resulta indispensable en una sociedad democrática, que requiere que sus ciudadanos sean capaces de buscar y recibir información que esté en manos del Estado, para que así se puedan exigir cuentas, en aras de la transparencia y el buen funcionamiento de un Estado democrático de Derecho.

No obstante, como lo mencionamos anteriormente, no puede escaparse a la consideración que el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal en la sociedad de la información, es un interés público, merecedor de protección y garantía por parte de los Estados y los Tribunales Internacionales.

Otorgar una primacía absoluta al derecho de acceso a la información pública, deviene en el entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una manera de tutelar un interés general como la transparencia a través del ejercicio de ese derecho; sin embargo, tal y como se ha expuesto, el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, ya no sólo debe ser visto desde la óptica de una libertad individual, sino que es algo que atañe a la colectividad, pues las amenazas que representa el uso de tecnologías, es inminente.

Con lo desarrollado hasta el día de hoy por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pareciera que ante un eventual conflicto entre ambos derechos, primará el derecho de acceso a la información pública; sin embargo, tendremos que esperar a que un caso en estos términos sea conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que sea esta la encargada de aplicar su jurisprudencia en esos términos absolutos, o bien, se encargue de perfilarla en cuanto al conflicto de derechos que surge de la coexistencia, en un mismo plano, del derecho de acceso a la información y el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, el cual en nuestro entendimiento, es merecedor de igual protección.

VI. Bibliografía

- BRANDEIS, L.D. (1932), *Other people's money, and how the bankers use it*, Harper's Weekly, Nueva York, Disponible en línea: <http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/node/191>. Revisado el 23 de junio de 2015.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. CIDH, Washington.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales*. CIDH, Washington.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2006), *Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas. Caso Claude Reyes contra Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 19 de septiembre 2006, San José.
- ORDOÑEZ SOLIS, D. (2004), "El derecho de información del ciudadano, la protección de datos personales y la transparencia de la Administración", *Revista del Poder Judicial*, Núm. 73, primer trimestre, pp. 11-61
- PIÑAR MAÑAS, J. (2010), "Transparencia y protección de datos, las claves de un equilibrio necesario", en R. García Macho (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid.
- RODOTÁ, S. (2003), "Democracia y protección de datos", *Cuadernos de Derecho Público*, Núms. 19-20, mayo-diciembre, pp. 15-26.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, (2010), *Sentencia Caso The Bavarian Lager Co. Ltd. c. Comisión Europea*. Asunto C-28/08 P, 29 de junio de 2010, Luxemburgo.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, (2010), *Conclusiones de la Abogada General Sharpston. Caso The Bavarian Lager Co. Ltd. c. Comisión Europea*. Asunto C-28/08 P, 15 de octubre de 2009, Luxemburgo.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, (2010), *Sentencia. Caso Volker und Markus Schecke Gbr y Harmunt Eifert c. Land Hessen*. Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, 9 de noviembre de 2010, Luxemburgo.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, (2010), *Conclusiones de la Abogada General Sharpston. Caso Volker und Markus Schecke Gbr y*



Harmunt Eifert c. Land Hessen. Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, 15 de octubre de 2009.

TRONCOSO REIGADA, A. (2004), Introducción y presentación del *Repertorio de Legislación y jurisprudencia sobre protección de datos*, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson Civitas, Madrid.



Debatiendo:

La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes contra Chile” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Yolanda Fernández Vivas
Universidad de Alcalá
yolanda.fernandez@uah.es

I. Introducción

El derecho de acceso a la información es, posiblemente, junto a los derechos económicos y sociales, uno de los derechos que ha tenido una mayor evolución en los últimos años, dotándosele de una mayor relevancia y protección.

Diversos tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales consagran la libertad de expresión, con expresiones que incluyen el derecho a investigar y recibir informaciones, la libertad de investigación, la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones, etc. Así, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 19 y 19.2, respectivamente, reconocen “el derecho de investigar y recibir informaciones y opiniones” y “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”¹. Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también reconoce en su artículo 42 el derecho de acceso a la información como un derecho con contenido autónomo y distinto a las libertades de expresión e información². Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, establece que el “párrafo 2 del art. 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos” (Observación General 2011). Por su parte, en el seno del Consejo de Europa, el Comité de Ministros aprobó dos Recomendaciones en 2000 y 2002 con el fin de que todos los Estados miembros garanticen el derecho de toda persona a tener acceso a los documentos oficiales en poder de las autoridades públicas y a los archivos públicos (Recomendación 2000 y 2002). De esta manera, y a partir de estas expresiones se ha ido reconociendo un derecho a exigir información cuando ésta recae sobre temas de interés público, ya sea como derecho autónomo o como manifestación de las libertades de expresión e información (Toro Justiniano 2010: 102).

Además, en la nueva determinación del derecho de acceso a la información destaca la importante labor realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que ha sido el primer tribunal internacional que ha reconocido este derecho. Aquí, de nuevo, la CIDH ha demostrado su capacidad innovadora, no sólo en cuanto al reconocimiento del derecho, sino en relación a las medidas de ejecución previstas, que confieren una reparación integral del derecho (Ventura Robles 2012: 142).

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril).

² Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2000.

Esta jurisprudencia de la CIDH ha sido la base para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya cambiado su jurisprudencia y comience a reconocer el derecho de acceso a la información como manifestación de la libertad de expresión y como derecho autónomo que goza de toda la protección.

Esta evolución en la línea interpretativa del derecho de acceso a la información contrasta con la interpretación que se sigue manteniendo en algunos Estados, entre ellos España, que sigue considerando el derecho de acceso a la información como un derecho de configuración legal y no como un auténtico derecho fundamental, con todo lo que ello supone (Rams Ramos 2013: 155-188).

1. El punto de partida: la Sentencia Claude Reyes contra Chile

Los hechos que traen causa de esta sentencia son los siguientes: En 1998 los Sres. Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola en representación de varias ONG's y fundaciones relacionadas con la protección de los derechos civiles y el medio ambiente, y el diputado Arturo Longton Guerrero solicitaron al Comité de Inversiones Extranjeras, toda la información referente a dos empresas de capital extranjero con las que el Estado chileno había firmado un contrato para que se hicieran cargo de un proyecto, denominado "Río Condor", que tenía por objeto la deforestación de una determinada región de Chile, y que podría ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de ese país.

Dicha Comisión no ofreció respuesta a las solicitudes presentadas, por lo que se iniciaron acciones judiciales, al entender que la ausencia de una respuesta y de una negativa formal había supuesto un perjuicio a la causa ciudadana y había lesionado el interés público, incumpliendo las obligaciones a las que está sujeta dicha entidad estatal de acuerdo con la normativa nacional e internacional sobre la materia.

Tras pasar por distintas instancias judiciales, no obtuvieron respuesta satisfactoria a su pretensión, por lo que acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión, tras llevar a cabo la oportuna instrucción de la denuncia formulada, aprobó un informe en virtud del cual concluyó que el Estado chileno había violado el derecho de acceso a la información pública de los recurrentes, previstos en los artículos 13 y 25 de la Carta Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), al haberles negado el acceso a la información que estaba en poder del Comité de Inversiones Extranjeras y al no otorgarles acceso a la justicia chilena para impugnar esa denegación³.

Asimismo, recomendó, en primer lugar, que se facilitase a los recurrentes la información solicitada; en segundo lugar, que se les otorgase una reparación adecuada a todos ellos; en tercer lugar, que se adaptase el ordenamiento jurídico interno, de acuerdo con el art. 13 CADH respecto al acceso a la información; y finalmente, que se adoptasen las medidas necesarias para crear prácticas y mecanismos que garanticen a los ciudadanos un acceso efectivo a la información pública y a la información de interés colectivo. Tras concluir el plazo fijado por la Comisión para que el Estado chileno cumpliera con las recomendaciones formuladas, y, al comprobar que no se habían adoptado sus recomendaciones de forma satisfactoria, la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte, al entender que se había producido una posible vulneración del art. 13 de la CADH

³ Informe n° 31/05, de 7 de marzo de 2005, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(libertad de pensamiento y de expresión) en relación con los artículos 1 y 2 de la misma.

La Corte, antes de entrar a analizar si la restricción al acceso a la información por parte de las autoridades chilenas supone una vulneración del art. 13 CADH, se encarga de analizar el objeto de la controversia. En este sentido, el tribunal comienza afirmando, sin género de dudas, que la información que se había solicitado y que no se había facilitado por el Estado chileno es información que reviste interés público.

A continuación, la Corte recuerda su jurisprudencia sobre la libertad de pensamiento y de expresión reconocida en el art. 13 de la Convención. Así, resalta que de acuerdo con su jurisprudencia, este derecho comprende "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"⁴ y establece un derecho positivo a buscar y a recibir información.

No obstante, la Corte va más allá, y afirma que cuando la CADH hace referencia al derecho a buscar y a recibir informaciones está protegiendo el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información que se encuentre bajo el control del Estado. Ahora bien, este derecho no es absoluto, sino que se somete a los límites fijados en el propio texto convencional⁵.

De este modo, la Corte reconoce, por un lado, el derecho de las personas a recibir dicha información y, por otro lado, la obligación positiva del Estado a suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información, o recibir una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso la misma para ese caso en concreto.

Además, la Corte considera que la información debe ser entregada sin que sea necesario acreditar un interés directo o personal, salvo en aquellos casos en los que existan restricciones legítimas, ya que lo que se protege no es sólo la dimensión individual sino también la social. En este sentido, la Corte subraya que el acceso a la información de una determinada persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla⁶.

Para llegar a esta interpretación, la Corte se basa en el consenso que sobre esta materia existe en la Organización de Estados Americanos que, en diversas resoluciones han destacado la importancia del acceso a la información pública así como la importancia de garantizarlo (Resolución Asamblea General 2003, 2004, 2005 y 2006), y, sobre todo, en el necesario control democrático que debe existir en todo Estado. En este sentido, la Corte considera que las actuaciones del Estado deben regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, en virtud de los cuales que se permita a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejercer el control democrático de las gestiones estatales, de manera que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas y, de ese modo, permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso⁷.

Asimismo, la Corte insiste en la idea de que el control democrático por parte de la sociedad a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las

⁴ SCIDH, Caso *López Álvarez*, de 1 de febrero de 2006, par. 163; SCIDH, Caso *Ricardo Canese*, de 31 de agosto de 2004, par. 108 a 111.

⁵ SCIDH, caso *Claude Reyes*, par. 76.

⁶ SCIDH, caso *Claude Reyes*, par. 77.

⁷ SCIDH, *Claude Reyes*, par. 86.



actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, y por ello, para que las personas puedan ejercer dicho control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público que se encuentra bajo su control.

Por otro lado, la Corte reconoce que el derecho de acceso a la información, al igual que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, admite restricciones, aunque éstas han de cumplir con una serie de requisitos para que sean legítimas.

El primero de los requisitos que se exige es que cualquier limitación a este derecho ha de ser fijada previamente por ley formal, por razones de interés general y con el propósito para el que haya sido establecida⁸. Así se asegura que no se deja al arbitrio del poder público.

El segundo requisito que exige la Corte es que la restricción establecida debe responder a un objetivo permitido por la Convención, es decir, que la limitación sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública.

El tercer requisito consiste en que cualquier restricción que se imponga sea necesaria en una sociedad democrática, esto es, que esté orientada a satisfacer un interés público imperativo. Y que entre las distintas opciones que puedan darse para alcanzar dicho objetivo, debe escogerse aquella que restrinja menos 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.

Tras aclarar los requisitos que deben concurrir para que una restricción al derecho sea legítima, el Tribunal insiste en la idea de que la regla general es la de máxima divulgación, ya que es la que se corresponde con una sociedad democrática, y que corresponde a los Estados demostrar que las limitaciones que se impongan al derecho cumplen con los requisitos antes enumerados.

Es en este punto cuando la Corte, analizando los hechos que traen causa de esta sentencia, constata que en este caso no se cumplieron dichos requisitos, ya el Estado chileno no demostró que la restricción respondiera a un objetivo previsto en la CADH, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, pues la autoridad encargada de responder a la solicitud de información no adoptó una resolución escrita fundamentada que pudiera permitir conocer los motivos para limitar el acceso a la información en ese caso en concreto, por lo que considera que la restricción aplicada en este caso no cumplió con los parámetros convencionales. Es más, a este respecto, la Corte indica que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de límites convencionales crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, generándose inseguridad respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo⁹.

Finalmente, la Corte valora los esfuerzos realizados por el Estado chileno para adecuar su normativa a la CADH en materia de acceso a la información, que ha supuesto incluso una reforma constitucional. No obstante, considera necesario reiterar que el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención, tanto desde la perspectiva positiva como negativa, esto es, por un lado, aprobando las normas necesarias así como el

⁸ SCIDH, *Claude Reyes*, par. 89.

⁹ SCIDH *Claude Reyes*, par. 98.

desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de tales derechos, como, por otro lado, suprimir todas las normas y prácticas que entrañen violaciones a los mismos. Y en este caso en concreto, la normativa que fije restricciones al acceso a la información deberá cumplir con los parámetros convencionales y sólo podrá establecer limitaciones por las razones permitidas por la Convención¹⁰.

Aplicando esta interpretación a los hechos en concreto, la Corte considera que el control social que se buscaba con el acceso a la información sobre el Proyecto Río Cóndor así como el carácter de la información solicitada eran motivos suficientes para atender al requerimiento de información, sin que deba exigirse al requirente que acredite una afectación directa o un interés específico.

Por todo ello, la Corte decidió que el Estado chileno había vulnerado el art. 13 CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, condenándolo por ello.

En su fallo la Corte decidió por unanimidad, fijar las siguientes medidas de reparación. La primera, la obligación del Estado chileno de proporcionar a las víctimas en el plazo de seis meses, la información solicitada, o, en su caso, justificar de acuerdo con los criterios fijados por la propia Corte en esta sentencia los motivos por los que no se puede facilitar. La segunda medida, publicar en el Diario Oficial y en un diario de amplia difusión nacional un extracto de las partes más relevantes de la sentencia. La tercera, obliga al Estado a adoptar en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información que se encuentra bajo el control del Estado, siguiendo los criterios establecidos en esta sentencia. La cuarta medida, que el Estado chileno realice, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información, incorporando los parámetros convencionales. Y, la última medida consiste en la indemnización a las víctimas de las costas y gastos ocasionados.

Por último, la propia Corte fija un plazo de un año para que el Estado chileno remita un informe para rendir cuentas sobre el cumplimiento de la sentencia y de las medidas que debe llevar a cabo.

2. El reconocimiento del derecho de acceso a la información por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como hemos indicado previamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, influido por la Sentencia Claude Reyes contra Chile que acabamos de analizar, y por diversos instrumentos jurídicos internacionales ha ido variando su línea interpretativa hasta reconocer de forma expresa que el derecho de acceso a la información pública constituye un derecho fundamental que deriva del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En esta evolución de su línea interpretativa podemos distinguir tres etapas. Una primera etapa, hasta 1999, en la que el TEDH no reconocía la existencia de un derecho de acceso a la información. Hasta ese momento, las diferentes facetas de la libertad de expresión habían sido reguladas desde el sujeto transmisor, y no desde el sujeto receptor. La posición de los receptores de la información aparece normalmente mencionada en relación con la dimensión colectiva del derecho, pero no como un derecho generador de forma autónoma de derechos y obligaciones para los Estados (Bustos Gisbert 2005: 548). Es más, se desestimaron los recursos en

¹⁰ SCIDH *Claude Reyes*, par. 101.

los que los ciudadanos solicitaban a las autoridades nacionales acceso a la información que los poderes públicos tenían en sus archivos sobre los mismos¹¹.

La segunda etapa en la evolución de de la jurisprudencia del TEDH en materia de derecho de acceso a la información comienza en 1999, con dos sentencias clave, *Társaság a Szabadságjogokért* contra Hungría, de 14 de abril de 2009 y *Kenedi* contra Hungría de 26 de mayo del mismo año, que vamos a pasar a analizar a continuación. En estas sentencias el Tribunal avanza hacia una interpretación más amplia del concepto de libertad de recibir información, y, por lo tanto, hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la información (Rollnert Liern 2014: 365 y Sánchez de Diego 2014: 10-11).

La tercera etapa, que comienza en junio de 2013, supone la consolidación de la línea interpretativa del TEDH sobre el derecho de acceso a la información, reconociendo de manera expresa que el derecho de acceso a la información constituye un auténtico derecho amparado por el CEDH. Esta etapa se inicia con la sentencia *Youth Initiative for Human Rights* contra Serbia, de 25 de junio de 2013.

2.1. La Sentencia *Társaság a Szabadságjogokért* contra Hungría, de 14 de abril de 2009

Esta sentencia constituye un hito en la jurisprudencia del TEDH, ya que por primera vez se reconoce que el derecho de acceso a los documentos públicos constituye un elemento esencial del ejercicio de la libertad de expresión, reconocido en el art. 10.1 CEDH (Sánchez de Diego 2014: 37).

Los hechos que traen causa de esta sentencia son los siguientes:

En 2004 un miembro del Parlamento húngaro interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional de su país con el objeto de que se revisaran unas modificaciones del Código Penal relativas a delitos de estupefacientes. Meses después, una ONG, denominada Unión de Libertades Civiles Húngara, dedicada a la promoción de derechos fundamentales, al fortalecimiento de la sociedad civil y el Estado de Derecho y, entre cuyos ámbitos de acción está el análisis de las políticas públicas relativas a drogas, solicitó al Tribunal Constitucional acceso a la información sobre dicho recurso aun pendiente. Para ello, se basó en la ley húngara de protección de datos personales y de publicidad de los datos de interés público, de 1992 (Toro Justiniano 2010: 101).

El Tribunal Constitucional húngaro denegó dicha petición argumentando que no podía dar acceso a un recurso pendiente sin la aprobación del recurrente (el miembro del Parlamento). La ONG recurrió ante los tribunales ordinarios para insistir en su petición. Mientras tanto, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso.

A pesar de que el procedimiento ante el Tribunal Constitucional ya había finalizado, los tribunales húngaros denegaron la petición de la ONG al considerar que lo que se había solicitado no podía considerarse “datos” a efectos de la legislación húngara. La ONG apeló esta decisión, solicitando el acceso al recurso eliminando la información personal que pudiera contener. Igualmente, fue rechazada su solicitud, al entender que los datos allí contenidos eran datos personales y, por tanto, no era posible acceder a ellos sin el consentimiento de su autor. No obstante, no se hizo referencia a la posibilidad de entregar la información eliminando la referencia a datos personales.

¹¹ STEDH *Leander contra Suiza*, de 26 de marzo de 1987 y STEDH *Guerra y otros contra Italia*, de 19 de febrero de 1998.

La ONG estimó que la decisión adoptada por los tribunales nacionales denegando el acceso al recurso judicial interpuesto por un miembro del Parlamento vulneraba el derecho de acceso a la información de interés público, por lo que acudió al TEDH alegando la violación del art. 10 CEDH. En este sentido, la ONG basó su petición ante el TEDH demostrando el interés público que revestía su petición de información. Para ello, comenzó por aclarar que la organización estaba interesada en la política estatal sobre drogas, y que fue en base a ese interés que solicitó acceder al recurso que se realizó ante las autoridades nacionales. Además, resaltó que la negativa a su solicitud entorpeció la posibilidad de la ONG de cumplir con su rol público, y de contribuir al debate público sobre esa materia. La ONG insistió en su rol público, similar al que cumple la prensa, pues permite a los ciudadanos informarse y formarse una opinión relativa a las políticas públicas sobre drogas.

El TEDH examinó, en primer lugar, si había existido una afectación del derecho contenido en el art. 10 CEDH y comenzó recordando que, de acuerdo a su jurisprudencia consolidada, se reconoce el derecho del público a recibir información de interés general, derecho que se ha aplicado, principalmente en relación con los medios de comunicación¹². Y en este sentido, resalta que en este ámbito el Tribunal ha de llevar a cabo un escrutinio muy estricto y cuidadoso con el fin de analizar si las medidas adoptadas por el Estado pueden suponer una interferencia en el papel de la prensa como "vigilante social" ("social watchdog") que fomenta el debate público sobre materias de interés social, incluso el hecho de que se adopten medidas para que el acceso a la información sea más complicado¹³.

A este respecto, el Tribunal establece que, en virtud de art. 10 CEDH, no le está permitido al Estado establecer restricciones arbitrarias en el acceso a la información, ya que éstas podrían transformarse en una forma de censura indirecta, lo que afectaría a la libertad de prensa, puesto que uno de los pasos inherentes a la función periodística es la recopilación de información. Y recuerda que entre las funciones de la prensa se incluye la creación de foros para el debate público, aunque esta función no se limite únicamente a la prensa o a los profesionales de la comunicación. En este caso, el foro de debate público se había creado por una ONG, pero el Tribunal le dota de las mismas garantías de las que gozan los medios de comunicación tradicionales.

En este sentido, el TEDH recuerda que, de forma continuada, ha reconocido la importante contribución de la sociedad civil en el debate sobre asuntos públicos¹⁴. Y en este caso, la ONG recurrente es una asociación que tiene por objeto la defensa de los derechos humanos, y la protección de la libertad de información. Por ello, el Tribunal considera que esta ONG ejerce funciones de "vigilancia social" ("social watchdog"), al igual que la prensa.

Por otro lado, el Tribunal analiza si el tema objeto de la controversia supone un asunto de interés público. En este caso, el Tribunal afirma que, efectivamente, la posible inconstitucionalidad de una norma relacionada con el tráfico de drogas así como el recurso presentado por un miembro del Parlamento, constituye, sin duda, un asunto de interés público. Y es aquí cuando el Tribunal indica que no está permitido que las autoridades estatales creen obstáculos para recibir información sobre un asunto que revista relevancia pública. En este caso, el TEDH estimó que las autoridades crearon un obstáculo administrativo para acceder a la misma y

¹² Sentencias TEDH *Observer y The Guardian contra Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991 y *Thorgeirson contra Islandia*, de 25 de junio de 1992.

¹³ STEDH *Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría*, par. 26.

¹⁴ STEDH *Steel y Morris contra Reino Unido*, de 16 de julio de 2002.

declaró que “el monopolio de la información en manos del Tribunal Constitucional nacional constituyó una forma de censura”¹⁵, por lo que concluyó que se había producido una injerencia en los derechos garantizados en el art. 10 CEDH.

En segundo lugar, el TEDH examinó si dicha injerencia estaba justificada. Para examinar la legitimidad de la restricción evaluó si ésta estaba establecida en la ley, si perseguía un fin legítimo y si resultaba necesaria en una sociedad democrática.

Para el Tribunal el primer requisito, el establecimiento de la restricción por ley, se había cumplido, pues el Estado se había basado en la ley nacional de protección de datos. En cuanto al segundo requisito, objetivo legítimo, en tanto el Estado alegó que la negativa se justificaba en la protección de los derechos de terceros, estimó que este requisito también estaba satisfecho. Sin embargo, es el tercer requisito, si la restricción era necesaria en una sociedad democrática, en el que el TEDH estimó que el Estado húngaro había infringido el art. 10 CEDH, pues, a su juicio, la negativa de acceso a la información solicitada había obstaculizado la libre circulación de información y el debate público.

Es en este punto en el que el Tribunal reconoce una evolución en su jurisprudencia, avanzando hacia una interpretación más amplia del concepto de libertad de recibir información y, por tanto, hacia el reconocimiento del derecho de acceso a la información. En este sentido, el Tribunal señala que, de acuerdo con su jurisprudencia, “del art. 10 CEDH no se deriva un derecho individual de acceso a un archivo en el que se contenga información sobre un sujeto, ni supone una obligación a los Estado de proporcionar dicha información a los individuos”¹⁶. También indica que es “difícil que derive del CEDH un derecho general de acceso a los datos y documentos administrativos”¹⁷. Sin embargo, señala que el Tribunal, desde la sentencia *Sdružení Jihočeské Matky contra la República Checa*¹⁸, ha ido avanzando hacia una concepción más amplia del derecho a recibir información y de ahí hacia el reconocimiento del derecho de acceso a la información¹⁹.

Más allá de estas cuestiones, el Tribunal considera que en este caso, la injerencia se ha producido no tanto por la negativa en el ejercicio del derecho de acceso a documentos oficiales, sino más por la censura llevada a cabo por las autoridades nacionales en la función de la ONG de “social watchdog”. En este sentido, recuerda que los Estados están obligados a eliminar las barreras que impidan la libertad de prensa, en aquellos asuntos de interés público en los que dichas barreras existan únicamente porque la información es un monopolio de las autoridades estatales. Por lo que el Tribunal concluye que el Estado húngaro tenía la obligación de no impedir dicha información a los recurrentes.

Por todo ello, el TEDH condenó al Estado húngaro por violación del art. 10 CEDH.

2.2. Sentencia Kenedi contra Hungría, de 26 de mayo de 2009

En la sentencia Kenedi contra Hungría, de 26 de mayo de 2009, el TEDH enfatizó que el acceso a las fuentes documentales originales para la investigación

¹⁵ STEDH *Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría*, par. 28.

¹⁶ STEDH *Leander contra Suecia*, de 26 de marzo de 1987.

¹⁷ STEDH *Loiseau contra Francia*, de 28 de septiembre de 2004.

¹⁸ STEDH *Sdružení Jihočeské Matky contra la República Checa*, de 10 de julio de 2006.

¹⁹ STEDH *Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría*, par. 35. En la doctrina, Rollnert Liern (2014, p. 365) y Sánchez de Diego (2014, p. 10-11).

histórica es un elemento esencial para el ejercicio de la libertad de expresión (Sánchez de Diego 2014: 11).

En este caso, el Sr. Kenedi, historiador especialista en el funcionamiento de los servicios secretos de las dictaduras comunistas, precisaba de estos documentos para realizar un estudio sobre el funcionamiento del servicio de seguridad del Estado húngaro en la década de los 60, solicitando documentos a las autoridades correspondientes. Tras la negativa por parte de las autoridades a facilitar dicha información, el recurrente acudió a los tribunales húngaros, que le dieron la razón, al considerar que los datos se solicitaban a efectos de investigación. No obstante, y a pesar de haber obtenido una sentencia favorable de los tribunales nacionales, no obtuvo la información solicitada, por lo que acudió al TEDH.

La importancia de esta sentencia radica en que el TEDH resalta que el acceso a las fuentes originales para llevar a cabo una investigación histórica legítima constituye un elemento esencial del ejercicio del derecho del demandante a la libertad de expresión²⁰.

En este sentido, y tras realizar esta afirmación, el Tribunal examinó si dicha injerencia estaba justificada. Para examinar la legitimidad de la restricción evaluó si ésta estaba establecida en la ley, si perseguía un fin legítimo y si resultaba necesaria en una sociedad democrática, aunque sólo llegó a analizar el primer requisito, ya que al confirmar que no podía considerarse que esta medida estuviera fijada en la ley, no cumplía con las exigencias del CEDH. Así, y tras analizar el caso, confirma que el problema no es el acceso a las fuentes de información en sí, sino el grado de acceso a las mismas, y que esta disputa había sido resuelta por los tribunales nacionales que, incluso, habían sancionado al ministro responsable. Por ello, el Tribunal considera que la obstinada negativa de las autoridades húngaras a facilitar dicha información constituye un comportamiento arbitrario y contrario a la ley.

Finalmente, el Tribunal concluyó que se había producido una vulneración del art. 10 CEDH condenando por ello al Estado húngaro.

2.3. Sentencia Youth Initiative for Human Rights contra Serbia, de 25 de junio de 2013

El reconocimiento del derecho de acceso a la información por parte del TEDH se consolidado con la Sentencia Youth Initiative for Human Rights contra Serbia, de 25 de junio de 2013, sentencia que, en cierta medida, es comparable con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Claude Reyes contra Chile Rollnert Liern 2014, p. 365).

Los hechos que traen causa de esta sentencia son los siguientes:

La recurrente es una ONG denominada *Youth Initiative for Human Rights*, cuyo principal objetivo es servir de guardián o vigilante de las actividades del gobierno y defender los derechos humanos en Serbia. Entre sus funciones se encuentra específicamente la de supervisar la implementación de las leyes con el objetivo de velar por el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en ese país.

En el presente caso, la ONG recurrente solicitó al servicio de inteligencia de Serbia que le informara sobre la cantidad de personas que habían sido sometidas a

²⁰ STEDH *Kenedi contra Hungría*, par. 43.

vigilancia electrónica por parte de esa agencia de inteligencia estatal en el año 2005. El servicio de inteligencia se negó a proporcionar la información fundamentando su decisión en la Ley de Libertad de Acceso a la Información del 2004, al alegar que se trataba de información confidencial.

Ante la negativa de entregar la información, la ONG reclamó ante el Comisionado de la Información, un organismo independiente creado por Ley para asegurar el cumplimiento del derecho de acceso a la información en Serbia. La respuesta del Comisionado fue favorable, admitió como válida la reclamación y estableció que el servicio de inteligencia violó la ley al negarse a entregar la información requerida, ordenando al servicio de inteligencia que facilitase la información solicitada a la organización solicitante, que de nuevo se negaron alegando que no disponían de dicha información. No obstante, y ante la reiterada negativa del servicio de inteligencia a proporcionar dicha información, la ONG presentó un recurso ante los tribunales nacionales, que desestimaron el mismo. Por todo ello, acudieron al TEDH alegando la presunta vulneración del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En esta sentencia el Tribunal comienza por hacer una recopilación de los documentos internacionales aplicables al derecho de acceso a la información pública analizando la naturaleza del derecho. Así, utiliza el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), del que afirma que garantiza la libertad de expresión en términos muy similares a aquellos utilizados en el art. 10 del Convenio. También utiliza la Observación General número 34 (2011) del Comité de Derechos Humanos sobre el art. 19.2 PIDCP; y la Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas, el Representante de la OSCE y el Relator Especial de la OEA de diciembre de 2004.

A continuación, el Tribunal, basándose en la interpretación dada en las Sentencias *Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría* y *Kenedi contra Hungría*, recuerda que la libertad de recibir información incluye el derecho de acceso a la información (Rollnert Liern 2014: 365). Además, insiste en la idea de que cuando una organización no gubernamental está involucrada en asuntos de interés público, como es el caso que se analiza, está ejerciendo una función de guardián del interés público (“*public watchdog*”) con una importancia similar a la de la prensa, por lo que las actividades que desarrolla dicha ONG han de tener las mismas garantías que se reconocen a la prensa²¹.

Analizando los hechos objeto del recurso, el Tribunal consideró que la negativa de la agencia de inteligencia serbia a proporcionar la información requerida perjudicó el ejercicio de la labor de la ONG como guardián del interés público, vulnerando el art. 10 CEDH. En este sentido, el Tribunal afirma que dado que la organización recurrente estaba implicada en la legítima obtención de información de interés público con la intención de compartir esa información y contribuir de esa forma al debate público, se había producido una injerencia en su derecho a la libertad de expresión²².

Por otro lado, el TEDH señala que cualquier restricción al ejercicio de la libertad de expresión debe estar fijada por ley y, tras analizar lo ocurrido en este caso, considera que la reticencia obstinada de la agencia de inteligencia serbia para cumplir con la orden del Comisionado de información había constituido un desafío

²¹ STEDH *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, par. 20.

²² STEDH *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, par. 20.

del derecho interno y equivale a la arbitrariedad²³. Por lo que, en consecuencia, concluyó que había existido violación del art. 10 del CEDH, condenando al Estado serbio a asegurar que en un plazo de tres meses la agencia de inteligencia serbia entregue la información requerida a la ONG solicitante (Sánchez de Diego 2014: 37). Es importante resaltar que en esta ocasión, el TEDH, en la línea trazada por la CIDH en la Sentencia "Claude Reyes contra Chile", establece en su fallo la obligación de facilitar el acceso a la información, con el fin de lograr una reparación integral del derecho fundamental afectado.

Por último, debemos destacar el voto particular concurrente a esta sentencia emitido por los jueces Sajo y Vicinic que recalcan la necesidad de interpretar el art. 10 CEDH de conformidad con el desarrollo que se ha llevado a cabo en la legislación internacional respecto de la libertad de información y del derecho de acceso a la información pública. En este sentido, y citando expresamente la Recomendación del Consejo de Europa sobre acceso a documentos oficiales de 2009, indican que en la actualidad la diferencia entre periodistas y otros miembros del público está desapareciendo rápidamente y que no puede existir una democracia fuerte y robusta sin transparencia. Y señalan que en este caso se reconocen obligaciones positivas al Estado, que consiste en aceptar el acceso a los datos controlados por el Gobierno. Así, afirman que las autoridades son responsables de almacenar esa información y que la pérdida de datos no puede ser una excusa para eludir sus obligaciones positivas de proporcionar dicha información. Además, resaltan que distinguir de manera artificial entre datos públicos y datos de interés personal pueden impedir el acceso a la información pública, vulnerando, por tanto, el art. 10 CEDH.

3. A modo de conclusión

Tras analizar las sentencias de la CIDH "Claude Reyes contra Chile" y las sentencias de del TEDH Tárzaság a Szabadságjogokért contra Hungría, Kenedi contra Hungría y Youth Initiative for Human Rights contra Serbia, hemos podido comprobar cómo el Tribunal Europeo ha cambiado su jurisprudencia, reconociendo el derecho de acceso a la información como manifestación de la libertad de expresión en la línea fijada por la Corte Interamericana.

No obstante, se echa en falta una mayor claridad y contundencia en el reconocimiento de este derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que a diferencia de la Corte Interamericana, es más impreciso y no llega a concretar qué efectos tiene el reconocimiento del derecho de acceso a la información.

En cuanto a las medidas de reparación y la ejecución de las sentencias, parece que el TEDH comienza a seguir la línea marcada por la CIDH. Así, en la sentencia Youth Initiative for Human Rights contra Serbia, por primera vez, incluye la obligación de que se proporcione la información solicitada a la ONG recurrente además de un plazo para que se lleve a cabo dicha exigencia. De esta manera, se pretende lograr una restitución integral del derecho.

Aun así, en Europa nos queda un largo camino por recorrer hasta alcanzar el reconocimiento y las garantías del derecho de acceso a la información que ya existen en América, gracias, sobre todo, a la Sentencia CIDH Claude Reyes, aunque ya hemos comenzado por los primeros pasos.

²³ STEDH *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, par. 26.

4. Bibliografía

4.1 Libros y artículos doctrinales

- BUSTOS GISBERT, R. “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en J. GARCÍA ROCA/ P. SANTOLAYA MACHETTI (Coords.) *La Europa de los derechos*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 529-563
- RAMS RAMOS, L., “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160 (2013), pp. 155–188
- ROLLNERT LIERN, G., “El derecho de acceso a la información como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de transparencia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, p. 349-368
- SÁNCHEZ DE DIEGO, M., “El “día después” de la Ley de Transparencia”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, mayo 2014, pp. 1-20.
- SÁNCHEZ DE DIEGO, M., “Transparencia y acceso a la información desde una perspectiva constitucional”, en *Iurisprudencia Elegans: Revista de Derecho Político e Historia Constitucional*, nº 1, 2014, pp. 30-55.
- TORO JUSTINIANO, C., “Derecho de acceso a la información pública: comentario a un fallo clave de la Corte Europea de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2010, pp. 99-107.
- VENTURA ROBLES, M. E., “Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, vol. 56, 2012, pp. 139-156.

4.2 Otros documentos

- OBSERVACIÓN GENERAL número 34 (2011) del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc
- RECOMENDACIÓN Rec. (2000) of the Committee of Ministers to Member States on a European policy on access to archives.
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=366245&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>
- RECOMENDACIÓN Rec (2002) Comité de Ministros Consejo de Europa, of the Committee of Ministers to Member States on access to official documents.
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=262135&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>
- RESOLUCIÓN ASAMBLEA GENERAL de la OEA, Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003, sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.
https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1932_XXXIII-O-03_esp.pdf
- RESOLUCIÓN ASAMBLEA GENERAL de la OEA Resolución AG/RES. (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004, sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2057_04.asp

RESOLUCIÓN ASAMBLEA GENERAL de la OEA Resolución AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005, sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia".

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2121_XXXV-O-05_esp.pdf

RESOLUCIÓN ASAMBLEA GENERAL de la OEA Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006, sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia".

www.oas.org/36AG/espanol/doc_Res/2252.doc

INFORME nº 31/05, de 7 de marzo de 2005, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<http://www.cidh.org/demandas/12.108%20Claude%20Reyes%20Chile%208ju105%20SPANISH.pdf>

4.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos

SCIDH, Caso Ricardo Canese, de 31 de agosto de 2004.

SCIDH, Caso López Álvarez, de 1 de febrero de 2006.

SCIDH, caso *Claude Reyes*, de 19 de septiembre de 2006.

4.4 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, *Leander contra Suiza*, de 26 de marzo de 1987.

STEDH, *Guerra y otros contra Italia*, de 19 de febrero de 1998.

STEDH, *Steel y Morris contra Reino Unido*, de 16 de julio de 2002.

STEDH, *Loiseau contra Francia*, de 28 de septiembre de 2004.

STEDH, *Sdružení Jihočeské Matky contra la República Checa*, de 10 de julio de 2006.

STEDH, *Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría*, de 14 de abril de 2009.

STEDH, *Kenedi contra Hungría* de 26 de mayo de 2009.

STEDH, *Youth Initiative for Human Rights contra Serbia*, de 25 de junio de 2013.



Crítica de libro

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y Desafíos

**Felipe González Morales,
(2013) Tirant lo Blanch, Valencia, 495 pp.**

Florabel Quispe Remón
Universidad Carlos III de Madrid
fquispe@der-pu.uc3m.es

La obra aborda de manera clara y precisa el origen y el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Un sistema sin duda importante en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran en dicha región del mundo. Para ello el autor realiza un estudio histórico jurídico del Sistema.

La obra está dividida en dos partes: la primera consta de siete capítulos y está dedicada a las transformaciones orgánicas y procesales del sistema interamericano durante los procesos de democratización y, la segunda de cuatro capítulos, se ocupa de las transformaciones del sistema interamericano en materia sustantiva de derechos.

El autor nos muestra los cambios que ha tenido el sistema interamericano desde su origen, señalando que éstos han ido de la mano de los cambios políticos que han atravesado los Estados Partes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), bajo el cual se desarrolla el sistema interamericano. Realiza un análisis teniendo en consideración que en los primeros años del sistema interamericano gran parte de los Estados de la región vivían en dictadura o bajo gobiernos autoritarios, cuya democratización recién comenzó a partir de los noventa, en el que cada Estado ha tenido su tiempo y ritmo en este proceso. No obstante destaca en las dos últimas décadas la tendencia de la institucionalización de los gobiernos democráticamente electos, situación que implica un avance en lo que a vigencia de derechos humanos en la región se refiere.

En la primera parte el autor analiza detalladamente los avances que ha experimentado el SIDH en los aspectos orgánicos y procesales gracias a los procesos de democratización de la región. Para ello, el autor, retrocede en el tiempo y nos describe los antecedentes históricos del origen y desarrollo del Sistema Interamericano en el marco de la OEA, en sus tres primeras décadas, antes del inicio de la democratización.

Focaliza su estudio en el establecimiento y trabajo inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos antes de la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos y luego realiza un estudio de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos del Sistema creados por la Convención Americana. En este contexto analiza, por un lado, las inercias, los cambios, y los primeros casos ante la Corte Interamericana y sus efectos en el Sistema; por el otro, el impacto de los Informes de la Comisión sobre Países. El autor no se limita solo al análisis de la labor de los órganos del Sistema Interamericano sino también se pronuncia sobre el papel de los órganos políticos de la OEA frente a los derechos humanos y destaca el papel decisivo que han desempeñado en la adopción de la Convención Americana y otros instrumentos, así como el apoyo brindado a los órganos del sistema.

Al hacer el balance del Sistema en el contexto de regímenes autoritarios por un lado, destaca el rápido posicionamiento y decidida actuación de la Comisión para enfrentar las violaciones masivas y sistemáticas en varios países de la OEA, y por otro, la actitud proactiva de la Corte a través de las Opiniones Consultivas y el desarrollo de importantes bases para la evolución del Sistema desde su primera sentencia, en la que fija los parámetros para el tratamiento de la desaparición forzada de personas, además de establecer el alcance general de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. No obstante a la referencia que hace sobre las Opiniones Consultivas puntualmente, se echa en falta un análisis sobre estas cuyo aporte en la protección de los derechos humanos ha sido ingente (por ejemplo, el reconocimiento del derecho a la asistencia consular como parte del debido proceso, el pronunciamiento sobre reconocimiento y alcance de *ius cogens*, entre otras). El autor pudo haber considerado este tema como un capítulo y hacer una distribución más balanceada entre la primera y la segunda parte del trabajo.

Una vez analizado el desarrollo del Sistema Interamericano en un contexto de regímenes autoritarios, aborda los debates y las propuestas de reforma durante los procesos de democratización dada la existencia de un nuevo contexto para los Estados. En esta línea estudia la relación entre los órganos políticos y órganos de derechos humanos de la OEA. Centra su atención especialmente en la propuesta sobre la reforma de los roles de la Comisión Interamericana en la protección de los derechos humanos, y sobre las propuestas de reforma de la Comisión y la Corte sobre aspectos orgánicos. Realiza ciertas propuestas sobre los aspectos procesales. En palabras del autor las reformas del SIDH han contribuido en su fortalecimiento debido a que las modificaciones han sido emprendidas por la Comisión y la Corte Interamericana, después de un proceso de diálogo con los Estados y la sociedad civil.

La obra además de mostrarnos el desarrollo del Sistema en los dos contextos antes mencionados, se refiere al procedimiento de los casos ante los dos órganos, en el que con detalle establece los requisitos, las ayudas para acceder a éstos, los tiempos y el cumplimiento por parte de los Estados



de las resoluciones que de ellos emanen. Aborda las medidas urgentes que ambos órganos deben adoptar ante determinadas circunstancias y destaca que en la práctica estas medidas se han dado mayormente en relación con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho de propiedad indígena, para proteger la libertad de expresión, la protección especial a los niños en la familia y el derecho de circulación y residencia de las personas, así como el acceso a la información pública.

De la obra se advierte que el autor destaca especialmente la gran labor activa y el poder de decisión sin precedentes en la OEA de la Comisión Interamericana desde su creación en la protección de los derechos humanos, en lo que influyó el hecho de que los comisionados desempeñaran sus cargos a título personal y no como representantes de sus respectivos Estados. Señala que hasta 1979 fue el único mecanismo de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano y en un contexto de muchos gobiernos dictatoriales. La Comisión, hizo uso de los Informes sobre países e informes anuales para dar a conocer las violaciones de derechos humanos en gran escala y de manera sistemática, así como recibir y tramitar las denuncias por la violación de los derechos humanos. En este contexto realiza un estudio de las funciones de la Comisión que va más allá de la recepción de casos y su tramitación, así como de las medidas cautelares. Se refiere a otras funciones derivadas de la Carta de la OEA, de la Convención Americana y otros instrumentos, como el desarrollo del trabajo temático a través de relatorías y las audiencias temáticas, y los informes por países.

Por otro lado, muestra las circunstancias que dificultaron el funcionamiento de la Corte basada especialmente en el tardío envío de los casos por parte de la Comisión desde el funcionamiento de este órgano judicial. La Corte no podía pronunciarse por cuanto el legitimado para activar la competencia de este órgano era la Comisión y el Estado y dado que este último no la hacía, la Corte se veía imposibilitada a ejercer su competencia contenciosa.

Ocupa un espacio, merecido, en la obra el reconocimiento a la gran labor que han desempeñado las organizaciones de la sociedad civil, a través de su participación activa desde el inicio del funcionamiento del Sistema Interamericano en el desarrollo y fortalecimiento del mismo. Señala el autor que la sociedad civil ha ido ganado espacios de participación en los órganos políticos de la OEA, fundamentalmente a través del reconocimiento de un sistema de estatus consultivo. Entre ellas menciona a las agrupaciones de víctimas y de sus familiares y a las ONGs.

La segunda parte comienza analizando los diversos instrumentos de carácter temático que han surgido en el sistema interamericano a partir de la década de los noventa, es el caso de los tres Convenios y los dos Protocolos a la Convención Americana, en los que incluye la preparación de una Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y otra preparación de una Convención Interamericana sobre el Racismo y toda forma de discriminación e intolerancia. Según el autor antes de la década de

los noventa la atención a los colectivos en situación de vulnerabilidad era incipiente.

Luego de un análisis cronológico de los avances en el Sistema Interamericano el autor rompe ese hilo conductor y focaliza su atención en el estudio sobre la actuación del sistema interamericano frente a las violaciones graves, masivas y sistemáticas, realizando un balance sobre los mismos. Incluye dentro de éstos el genocidio, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura. Para ello acude a las primeras sentencias de la Corte Interamericana y a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana respecto a las amnistías en procesos de transición a la democracia. Destaca que en los últimos 15 años el tratamiento de las violaciones graves a los derechos humanos ha evolucionado a nivel de los órganos internacionales de derechos humanos, especialmente de los órganos del Sistema Interamericano. Éstos sostienen que las leyes de amnistía que afectan a violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con los estándares internacionales. Como consecuencia de las dictaduras la labor de los órganos de protección, en palabras del autor, estuvo focalizada en las desapariciones forzadas en el que la Comisión hizo uso de la presunción de veracidad de los hechos debido a la inacción del estado frente a los casos, práctica que fue refrendada por la Corte en su primer caso en 1988.

En la misma línea dedica un número significativo de páginas al tratamiento de la libertad de expresión en este sistema, desde sus primeras décadas (contexto autoritario) hasta la actualidad (contexto democrático). Señala que si bien las bases del tratamiento de este derecho no han cambiado, si lo ha hecho el desarrollo de muchos aspectos específicos, especialmente en los últimos 20 años. Así, en los casos que se presentaron en la época de la democratización ambos órganos aplicaron los criterios interpretativos con los que contaban hasta ese entonces. Así, la Corte se pronunció sobre la censura judicial en el caso “La última tentación de Cristo” o en el caso Ivcher para analizar la censura y restricciones indirectas, y el caso ante la Comisión sobre las normas de desacato (caso periodista Horacio Verbitsky) y también sobre las modalidades del establecimiento de responsabilidades posteriores y sobre el derecho de acceso a la información pública. No cabe duda de la importancia que estos dos temas tienen y como bien señala el autor su estudio está justificado, pero teniendo en cuenta que el título de la obra es “Sistema Interamericano de Derechos Humanos” hubiera sido conveniente que adoptara además otros criterios de selección e incluir el estudio de algún que otro derecho más. Por otro lado llama la atención el formato diferente de estos dos capítulos respecto a los otros nueve por cuanto en estos dos advertimos la utilización de una amplia bibliografía doctrinal e incluso debates a propósito del tema y ambos concluyen con un apartado denominado “conclusiones”. En total la obra cuenta con tres conclusiones. Dos respecto a estos temas y unas conclusiones finales.

Si bien el grueso de la obra está referido a los derechos civiles y políticos también encontramos una referencia a la adopción del Protocolo de



Derechos Económicos, Sociales y Culturales de finales de los ochenta sobre los que destaca el poco avance al establecer el mecanismo de informes como el medio de protección. No obstante, reconoce el autor que estos derechos se han ido fortaleciendo en los Estados de la OEA a lo largo de los años durante el proceso de democratización y que el Sistema ha realizado aportes importantes en varios aspectos. Analiza el desarrollo de estos derechos, su naturaleza obligatoria en el Sistema, las obligaciones positivas y negativas que nacen de éstos, la cláusula de progresividad de estos derechos en los instrumentos del Sistema Interamericano y la posibilidad de presentar denuncias solo por la violación de dos derechos: a la sindicación y a la educación aunque según la jurisprudencia del Sistema Interamericano, dice el autor, existen otros derechos justiciables además de los mencionados.

Otro aspecto que nos muestra el autor es que desde 1996 se decidió impulsar un proceso de reforma global del SIDH bajo el argumento de que éste había sido creado en un contexto distinto al actual. Esto implicaba la reducción del papel de la Comisión ya que ésta debería centrarse en sus labores de promoción y educación de derechos humanos. Otras propuestas incluyen la fusión de los dos órganos en uno con la desaparición de la Comisión. La creación de un tribunal con carácter permanente y la ampliación de los miembros de la Comisión. Ninguna tuvo éxito.

Lamentablemente y siendo realista, respecto a la creación de un tribunal permanente el autor se muestra poco animado teniendo en cuenta que desde hace mucho tiempo la OEA no ha adoptado medidas para incrementar el presupuesto ordinario de la Corte. Es más, destaca la situación presupuestaria siempre precaria de la Comisión y la Corte que ha ido agravándose dado el incremento de la carga de trabajo.

Otro aspecto, sin duda importante, han sido los cambios sobre los aspectos procesales realizados por ambos órganos a través de sus Reglamentos, el último de la Comisión del 2009 y de la Corte de 2010. Dentro de estos cambios está la creación de un fondo para el litigio ante la Comisión y ante la Corte, el reconocer a las víctimas el derecho a participar de forma autónoma durante todo el proceso. Otro cambio realizado a través de una Opinión Consultiva es sobre la participación de los jueces *ad hoc* solo en casos interestatales. Cambios que repercuten en la mejor protección de los derechos humanos.

Respecto al desarrollo de los derechos humanos en los diversos países señala que no existe uniformidad por cuanto cada uno va a su ritmo y unos más cerca de los parámetros del Sistema que otros. En palabras del autor el impacto no solo debe medirse respecto de los Estados involucrados sino más allá de éstos para determinar realmente en qué medida ha influido la jurisprudencia en la actuación de los Estados americanos.

Al referirse al cumplimiento de las sentencias de la Corte y los informes de la Comisión señala que son insuficientes. Muestra de ello son los casos abiertos.

Los temas analizados en la obra incluyen un análisis en la época de regímenes autoritarios y en el proceso de democratización. Deja claro que el nivel de eficacia ha ido en aumento durante la democratización, pero presenta limitaciones como es el caso de las investigaciones a fondo en el derecho interno y la sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos. Deja constancia de la inacción de los órganos políticos de la OEA como garantes colectivos del Sistema. Otro problema dice el autor es la falta de ratificación de los principales instrumentos, especialmente la Convención Americana por parte de varios Estados, así como el no reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte por varios de los Estados de la OEA.

Desde luego es una obra que analiza con sumo cuidado el origen y desarrollo del SIDH. Recoge gran parte de los aspectos esenciales y los cambios sufridos durante los últimos tiempos. Resulta un trabajo actualizado y muy útil para quien desee conocer la génesis y evolución de este sistema, visualizando los avances y las dificultades del mismo, y cuya tendencia es positiva.

No me queda más que felicitar al autor por esta obra e invitar a todos aquellos que trabajan y se interesan por los derechos humanos a su lectura.





Book fórum

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y Desafíos

**Felipe González Morales,
(2013) Tirant lo Blanch, Valencia, 495 pp.**

Carmen Pérez González
Universidad Carlos III de Madrid
carmen.perez@uc3m.es

Hace algunas semanas, con ocasión de mi participación en un tribunal de tesis en la Universidad de Barcelona, escuché al director del trabajo, el Prof. Fernández Pons, contar que su maestro, Tulio Scovazzi, clasificaba las tesis doctorales en dos grandes grupos. De un lado, decía, tenemos las tesis “pozo”, que se caracterizan por realizar un análisis minucioso de un tema muy concreto. De otro, las tesis “laguna”, que examinan un problema general y lo hacen, claro está, menos exhaustivamente, dando cuenta, eso sí, de todas sus implicaciones. Ambas son útiles, mantenía Scovazzi, del mismo modo que tanto de los pozos como de las lagunas es posible extraer agua.

En mi opinión, el gran logro del libro de Felipe González, que es el resultado de su tesis doctoral, brillantemente defendida en la Universidad Carlos III de Madrid, es que constituye al tiempo una obra “pozo” y “laguna”. Ciertamente, un estudio del “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, de sus “transformaciones” y “desafíos”, corría el riesgo de no pasar de un mero análisis descriptivo del proceso de conformación y de los principales desarrollos de un sistema de protección de derechos humanos que, sin ninguna duda, está contribuyendo de modo decisivo a la conformación y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Muy lejos de eso, el trabajo examina críticamente esas transformaciones y desafíos, adoptando una perspectiva propia y original de análisis, que el autor deja clara desde la introducción.

Seguramente tienen mucho que ver en ese logro la formación y experiencia profesional del autor. El libro es prueba de que Felipe González tiene un conocimiento profundo del sistema interamericano de derechos humanos. Lo que resulta particularmente valioso es que ese conocimiento no proviene únicamente de las lecturas, el estudio y la reflexión que impone la elaboración de una tesis doctoral. Además de esto, y tal y como el autor pone de manifiesto en la introducción del trabajo (p. 23), su trayectoria profesional le ha proporcionado una visión propia y práctica de las cuestiones analizadas. Dicha experiencia proviene, de un lado, de su labor como Representante para América Latina de Global Rights y como miembro (fundador) de la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas de Derechos Humanos,

organizaciones de la sociedad civil que han acudido reiteradamente al sistema. Y, de otro, de su trabajo como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008-2015), órgano que presidió entre 2010 y 2011. Si pongo de manifiesto esto aquí es porque creo que, verdaderamente, ese conocimiento dual enriquece el libro de manera sobresaliente.

Una brevísima descripción del contenido y estructura del libro dará cuenta de la complejidad y amplitud de los temas abordados. El mismo se divide en dos partes y once capítulos. La primera parte se dedica a “las transformaciones orgánicas y procesales del sistema interamericano durante los procesos de democratización”, e incluye los capítulos I (sobre lo que el autor denomina los “antecedentes del sistema”, el surgimiento y la evolución del mismo en un contexto de regímenes autoritarios), II (centrado en el análisis de los debates y propuestas de reformas del sistema durante los procesos de democratización), III y IV (sobre los cambios en la tramitación de casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CtIDH–, respectivamente), V (relativo a la evolución de las denominadas medidas urgentes), VI (sobre la evolución de otras funciones de la Comisión) y VII (dedicado a la participación de la sociedad civil). La segunda parte ahonda en cuestiones de índole sustantiva. El capítulo VIII da cuenta de la adopción, en el seno del sistema interamericano, de nuevos instrumentos sobre derechos humanos durante los procesos de democratización. Entre ellos, la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas de personas, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo sobre la abolición de la pena de muerte, la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, y la más reciente Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia. Los últimos tres capítulos analizan la (re)acción de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos frente a tres cuestiones concretas: las violaciones graves, masivas y sistemáticas de derechos humanos (capítulo IX), la libertad de expresión (capítulo X) y los derechos económicos, sociales y culturales (capítulo XI).

Desde luego, son muchos más los ámbitos en los que los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos han logrado avances sobresalientes. El propio autor explica (p. 21) que son dos los motivos que le han llevado a elegir los tres mencionados. De una parte, dar cuenta de la variedad de los mismos. De otra, reflexionar sobre algunas de las aportaciones del sistema que han contribuido a la consolidación del Estado de Derecho en la región, al tiempo que influían en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos más allá de los confines de la Organización de Estados Americanos. Siendo esos los objetivos, no cabe sino concluir que su elección es adecuada.

Lo que yo me propongo en este análisis es reflexionar con el autor, al hilo de su examen sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos¹, sobre una de las cuestiones respecto de las que, aun siendo vitales para la “conciencia de la humanidad”, poco o casi nada se ha avanzado: la (ausencia de) protección de los derechos sociales de los inmigrantes en situación administrativa irregular. O, dicho en otros términos, la

¹ Cuya garantía ha sido identificada repetidamente como uno de los “desafíos” del sistema (Grossman, 2009).



incapacidad mostrada por el DIDH para lograr que los inmigrantes en situación administrativa irregular participen de la universalidad de los derechos” (Noll, 2010).

Un único artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)², el 26, prevé la protección de derechos de naturaleza económica, social y cultural. Un Protocolo adicional a la CADH en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales se firmó en San Salvador en 1988³. Pero, a pesar del amplio número de derechos garantizados en el mismo, únicamente las violaciones de los derechos protegidos por artículo 8.a) (derecho a la organización de sindicatos y a la afiliación a los mismos) y por el artículo 13 (derecho a la educación) que sean directamente imputables a un Estado parte, podrían dar lugar, mediante la participación de la CIDH, y cuando proceda de la CtIDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH. Esto es, el Protocolo únicamente extiende la jurisdicción *ratione materiae* de la CIDH y de la CtIDH a estos dos derechos (Ruiz-Chiriboga, 2013)⁴.

A pesar de esta evidente limitación, la doctrina ha propuesto diferentes fórmulas a través de las cuales lograr la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, se ha afirmado la aplicabilidad directa del mencionado artículo 26 de la CADH respecto de cualquier derecho de naturaleza económica, social y cultural (aproximación directa); se ha propugnado que diferentes reglas procedimentales o el derecho a una igual protección ante la ley⁵ podrían servir de base para la alegación de vulneraciones de este tipo de derechos ante los órganos de protección del sistema (aproximación indirecta); se ha defendido la protección de determinados “elementos” de carácter económico, social o cultural de los derechos civiles y políticos (aproximación de la integración o de los elementos); y se ha mantenido que la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales podría lograrse a través de la implementación de medidas de reparación (aproximación reparadora).

Pero lo cierto es que son pocas, y recientes, las ocasiones en las que la CtIDH se ha pronunciado sobre la garantía de derechos sociales de los migrantes indocumentados⁶. En la Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, que ha sido calificada como el intento más significativo y notable, a nivel regional, de clarificar el marco jurídico aplicable a los migrantes indocumentados⁷, la Corte afirmó que en el marco de la CADH, el

² Firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Disponible en línea: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Revisado el 31 de julio de 2015.

³ Disponible en línea: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>. Revisado el 31 de julio de 2015.

⁴ Existe una amplia bibliografía sobre la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. *Vid.*, entre otros: V. Gómez (2007) y M. F. Tinta (2007).

⁵ La CtIDH ha considerado que este derecho está contenido en una norma de *ius cogens* (*Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, apartado 101; sentencia dictada en el caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, de 21 de septiembre de 2006, apartado 94; sentencia dictada en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de agosto de 2010, apartado 269; sentencia dictada en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 23 de noviembre de 2010, apartado 248). Todas las decisiones de la CtIDH que se citan en este trabajo están disponibles en línea: <http://www.corteidh.or.cr/>. Revisado el 31 de julio de 2015.

⁶ Además de la ya citada sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, debe citarse la más reciente Opinión Consultiva sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

⁷ Así lo ha afirmado, entre otros, D. Estrada-Tank (2012). Para la autora, la Opinión Consultiva, “(s)hould be deemed as an authoritative legal source insofar as it is a judicial interpretation of the Inter-American human rights legal framework, basically the 1948 American Declaration on the Rights and

principio de igualdad y no discriminación se aplica plenamente a las condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, estén documentados o no⁸. Asumiendo la situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentran los que no lo están, la Corte señaló que el disfrute de tales derechos, entre los que se encuentran el derecho a recibir un salario justo por el trabajo realizado, el derecho de acceso a la seguridad social, el derecho a que la duración de jornada sea razonable y se realice en condiciones adecuadas de seguridad e higiene, o el derecho al descanso, garantizan a todos los trabajadores migratorios y sus familiares “el disfrute de una vida digna”⁹. Igualmente, vulnerabilidad y dignidad –junto con la obligación de preservar su interés superior– han servido a la Corte para trazar el mapa de las obligaciones que incumben al Estado en relación con la protección de los derechos de los menores inmersos en procesos migratorios, también de los derechos de naturaleza social y económica (alojamiento adecuado, educación, asistencia médica) y con independencia de su condición administrativa¹⁰.

En el ámbito contencioso, es destacable en primer lugar la sentencia dictada en el asunto *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*¹¹, en la que la Corte entendió que el hecho de que no se le hubiese proporcionado a dos menores de ascendencia haitiana pero nacidas en República Dominicana una certificación de nacimiento y se hubiese dificultado la obtención de la nacionalidad vulneraba su derecho a la personalidad jurídica y con ello su dignidad, puesto que se negó “de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y [esto las hizo] vulnerables frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”¹². En el caso concreto, la denegación de las autoridades dominicanas impedía el ejercicio de, entre otros, el derecho a la educación de las menores, puesto que sin la certificación de nacimiento no podían acceder a la escuela. La Corte entendió que no dar acceso a la educación a los niños migrantes indocumentados suponía una vulneración de la obligación que incumbe a los Estados parte de garantizar la educación primaria de todos los niños¹³. Dignidad y vulnerabilidad¹⁴ –en este caso la específica de los niños– constituyó, por tanto, el fundamento de la decisión de la Corte. En *Vélez Loor vs. Panamá*¹⁵, la Corte se pronunció sobre el alcance del derecho del demandante (un inmigrante irregular

Duties of Man (ADRD) and the 1969 American Convention on Human Rights (ACHR), but also as it analyzes European Human Rights Law as a comparative resource, as well as UN human rights law and International Law more generally as binding sources for states in the Americas”.

⁸ Al tiempo, la Corte ha mantenido que aunque los Estados no puede discriminar a los migrantes o tolerar discriminaciones que les perjudiquen, sí 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.

⁹ Cfr. los apartados 109, 133, 134, 156 y 157 de la OC-18/03.

¹⁰ Cfr., por ejemplo, los apartados 106 (en relación con los menores potenciales víctimas de trata de seres humanos y por tanto en situación de vulnerabilidad extrema), 171-184 (en relación con las condiciones básicas que deben cumplir los lugares de alojamiento de niños y niñas migrantes) y 256 (en relación con los menores solicitantes de asilo) de la OC-21/14.

¹¹ De 8 de septiembre de 2005.

¹² *Ibidem*, apartado 179.

¹³ *Ibidem*, apartado 185. El 28 de agosto de 2014 la Corte dictó una nueva sentencia relativa a la detención y expulsión colectiva de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos menores. En la misma, la Corte se pronunció sobre la situación socio-económica de esta población y entendió que el hecho de que a menudo permaneciesen indocumentados y en situación de pobreza aumentaba su vulnerabilidad: Sentencia dictada en el *Caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 171.

¹⁴ La Corte entendió que como consecuencia de la conducta de las autoridades, las menores quedaron al margen del ordenamiento jurídico, que las mantuvo como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos (apartado 166).

¹⁵ Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.



privado de libertad) a recibir asistencia médica. Para la Corte, el hecho de que el demandante no la recibiese hizo que el sufrimiento inherente a la privación de libertad excediese de lo inevitable, lo que implicó una violación de la obligación de no infligir penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁶ y la lesión de su dignidad¹⁷. Además, la Corte tuvo en cuenta el hecho de que el demandante, en su condición de inmigrante irregular privado de libertad, estaba en una situación de vulnerabilidad “agravada” para resaltar el alcance de las obligaciones del Estado¹⁸. En la sentencia dictada en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*¹⁹, que es el primer asunto relativo al derecho de asilo sobre el que se pronuncia la Corte, esta hizo algunas precisiones muy generales sobre el interés superior del menor en un caso que en realidad se refería al alcance del principio de no devolución de solicitantes de asilo. La Corte se refirió a la obligación de respetar la dignidad humana cualquiera que sea la condición migratoria del individuo²⁰ y a la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran aquellos que están indocumentados. En realidad la Corte no hace aquí sino recordar lo ya manifestado en su Opinión Consultiva OC-18/03²¹.

También de interés aquí es la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*²² la Comisión protegió a la demandante, enferma de SIDA, frente a la devolución a Jamaica, donde la falta de tratamiento le hubiese provocado la muerte, concluyendo que la misma vulneraba el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³ (derecho a un proceso regular) que prohíbe la imposición de penas crueles, infamantes o inusitada. Será interesante también la decisión sobre el fondo del asunto de los *Trabajadores Indocumentados en Estados Unidos*²⁴, en la que los demandantes alegan que sufren un trato discriminatorio como consecuencia de una decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos que estableció que las trabajadoras y trabajadores indocumentados despedidos ilegalmente como represalia por haber ejercido su derecho a la libertad de asociación ya no tienen derecho al beneficio del pago de determinados salarios.

Por tanto, son pocas aún las ocasiones en las que los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se han pronunciado sobre la garantía de derechos sociales de los migrantes indocumentados. Es destacable, aún así, que los conceptos de “vulnerabilidad” y “dignidad”, así como el principio de no discriminación hayan sido claves en este sentido, sobre todo en la jurisprudencia de la CtIDH. Una jurisprudencia que entronca con la desarrollada por los órganos europeos de protección de derechos humanos. En efecto, también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito de esta última organización, y el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales, en el ámbito del Consejo de Europa, han fundamentado la imposición de obligaciones a los Estados parte respectivos en materia de protección de los derechos sociales de los inmigrantes en situación administrativa irregular en la necesidad de proteger su dignidad (o su derecho a unas condiciones de vida digna) dada la situación de

¹⁶ Cfr. el apartado 199 de la sentencia.

¹⁷ *Ibidem* apartados 225 y 227.

¹⁸ *Ibidem* apartado 254.

¹⁹ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 25 de noviembre de 2013.

²⁰ *Ibidem* apartado 129.

²¹ *Ibidem* apartado 128.

²² Informe núm. 63/08, caso 12.534, de 25 de julio de 2008. Disponible en línea: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>.

²³ Adoptada en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, y disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

²⁴ *Vid.* el Informe de Admisibilidad 134/11, de 20 de octubre de 2011. Disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>.

especial vulnerabilidad en la que se encuentran. Creo que es un enfoque valioso, y que desde luego es necesario y vital el papel que en este sentido pueden jugar los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Estamos, en mi opinión, ante uno de los mayores desafíos a los que estos órganos –también los del sistema universal y los de otros sistemas regionales de protección de derechos humanos²⁵– se enfrentan en la actualidad, si tenemos en cuenta la reticencia de los Estados de la Comunidad Internacional, aún mayor en tiempos de crisis, a garantizar de modo efectivo esos derechos a este colectivo vulnerable.

Bibliografía

- DE LEÓN, G. (2014), “Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants' Rights: The Case of Velez Looor v. Panama Section II: Groups in Vulnerability”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 7, Núm. 1, pp. 39-53.
- ESTRADA-TANCK, D. (2012), “Human Security and Universal Human Rights of Undocumented Migrants: Transnational Vulnerabilities and Regional Traditions”, *European Society of International Law Conference Paper Series*, Núm. 1, 15 pp.
- GÓMEZ, V. (2007), “Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System”, en: BADERIN, M.A. y McCORQUODAL, R. (Eds.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford, Oxford University Press, pp.167–194.
- GROSSMAN, C. (2009), “The Inter-American System and its Evolution”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 2, Núm. 1-2, pp. 49-65.
- IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2015), *The Protection of Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford, Hart Publishing.
- NOLL, G. (2010), “Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants” *European Journal of Migration and Law*, Vol. 12, pp. 241-272.
- RUIZ-CHIRIBOGA, O.R. (2013), “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, Núm. 2, pp. 159-186.
- TINTA, M. F. (2007), “Justicability of economic, social, and cultural rights in the inter-American system of protection of human rights. Beyond traditional paradigms and notions”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, pp. 431-459.

²⁵ En relación con el sistema europeo Vid. F. Ippolito y S. Iglesias (2015)



Book fórum: Respuesta a Florabel Quispe Remón y Carmen Pérez González

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y Desafíos

**Felipe González Morales,
(2013) Tirant lo Blanch, Valencia, 495 pp.**

Felipe González Morales

Universidad Diego Portales de Chile

felipe.gonzalez@udp.cl

Los comentarios de las profesoras Carmen Pérez González y Florabel Quispe Remón, a quienes agradezco sus palabras y su cuidadosa revisión de mi libro “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, me dan pie para reflexionar sobre varios aspectos allí desarrollados. En primer término, haciéndome cargo de una observación de la profesora Quispe Remón, no es objetivo del libro dar cuenta de todos los aspectos del mencionado sistema regional sino de aquellos en los cuales sus transformaciones a lo largo de más de cinco décadas han sido más significativas. Se trata, en efecto, de un sistema que ha estado en continua transformación, como lo ha estado el contexto político en los Estados Partes de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Si bien pareciera que los cambios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no representan exactamente un espejo de los cambios políticos en dicha región, es evidente que existe una correlación bastante estrecha entre unos y otros. Con ello me refiero tanto al tránsito de dictaduras a democracias, como a los procesos de consolidación democrática en muchos países –y de regresiones autoritarias en algunos de ellos–. Es, además, previsible que las transformaciones continuarán sucediéndose en el tiempo, por lo que la revisión histórica de ellas es un ejercicio relevante para aprender lecciones para el futuro.

Uno de los aspectos en los que se detiene la profesora Quispe Remón es la relevancia de las Opiniones Consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ella observa que por su importancia merecía un tratamiento más detenido en el libro (que no las trata en una sección especial sino en distintos pasajes a propósito de los temas respectivos). Asumo la validez de la observación, aunque con matices. Mi opinión es que, mirado el asunto como conjunto, el foco de la Corte Interamericana en la emisión de Opiniones Consultivas tiene dos etapas bien definidas: una primera en la que dicha función ocupó un lugar central en sus labores, que corresponde a la década de los ochenta, cuando la Comisión Interamericana enviaba muy pocos casos al tribunal interamericano; y, una segunda a partir de la década de los noventa, en que, sin perjuicio de algunas Opiniones Consultivas paradigmáticas, el foco principal de las tareas de la Corte Interamericana ha estado puesto en las sentencias en casos contenciosos. Lo anterior queda incluso en evidencia en términos numéricos, ya que en los 10 años

que comprende la primera etapa la Corte emitió casi tantas Opiniones Consultivas como en los 25 años siguientes.

Es importante la observación de la profesora Quispe Remón acerca de las Opiniones Consultivas, ya que en una serie de materias, éstas han sido las que han puesto las bases para el tratamiento de importantes temas en el Sistema Interamericano y en ocasiones han desarrollado conceptos de vanguardia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más allá incluso de dicho sistema regional. Así, por ejemplo, cabe destacar la relevancia de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana sobre el habeas corpus en Estados de Excepción (CorteIDH 1987, OC-8/87), y acerca de las garantías judiciales durante esas situaciones excepcionales (CorteIDH 1987, OC-9/87). Hasta entonces imperaba ampliamente en América Latina –independientemente de que se tratara de dictaduras o de democracias, aunque, claro, con efectos más graves en las primeras– la noción de que las autoridades políticas gozaban de amplia discreción para dictar medidas bajo tales regulaciones de excepción, especialmente en relación con la detención administrativa de personas, que no quedaba sujeta al control judicial. Los gravísimos abusos cometidos bajo el manto de los estados de excepción habían llevado, a la salida de las dictaduras, a parte de la doctrina latinoamericana a pugnar por la eliminación de las regulaciones de excepción en la Constituciones Políticas. La Corte Interamericana, interpretando el Pacto de San José de Costa Rica en las dos Opiniones Consultivas mencionadas, llegó a la conclusión de que en modo alguno los estados de excepción confieren un poder omnímodo a las autoridades políticas ni las coloca más allá de la ley. Esto ha conducido a reformas constitucionales en varios países.

De gran significación es, asimismo, la Opinión Consultiva sobre el agotamiento de los recursos internos (CorteIDH 1987, OC-11/90). Como se sabe, se trata de un requisito de admisibilidad para la presentación de casos ante organismos internacionales reconocido desde antiguo y que recoge la Convención Americana. Lo que hizo el tribunal interamericano fue señalar varios alcances de dicho requisito procesal, de entre los cuales merece resaltarse especialmente el que las personas se verán eximidas del mismo cuando carezcan de recursos para obtener representación legal para el litigio interno y el Estado no les haya proporcionado dicha asistencia. Otras Opiniones Consultivas sumamente relevantes se refieren a materias como la pena de muerte, la libertad de expresión, la condición jurídica y los derechos humanos de los niños y niñas, etc. A ello cabe agregar las tres Opiniones Consultivas sobre derechos humanos de los migrantes, que destaca la profesora Pérez González en su trabajo.

También merece una explicación lo apuntado por la profesora Quispe Remón acerca de la selección de temas sustantivos de derechos humanos en el libro. Al no pretender un carácter exhaustivo, procuré asumir temas transversales y que, en los dos casos que en seguida menciono, constituyen contribuciones paradigmáticas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al Derecho Internacional. Esos temas son la confrontación de las violaciones masivas y sistemáticas –donde resaltan la cuestión de las leyes de amnistía y el derecho a la verdad–; la libertad de expresión (transversal por incidir en la protección de los diversos derechos humanos) y donde destacan los desarrollos en materia de censura judicial y acceso a la información pública, entre otros; y, los derechos económicos, sociales y culturales. Probablemente para una nueva edición del libro convendría añadir al menos el desarrollo temático a propósito de algún colectivo vulnerable representativo, tarea a la que el Sistema Interamericano se ha abocado crecientemente desde hace varias décadas.



El núcleo central de los comentarios de la profesora Pérez González se refiere a la cuestión de los derechos humanos de los migrantes indocumentados, especialmente en relación con sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El tratamiento del tema de los derechos de los migrantes se ha venido incrementando de manera sistemática en el Sistema Interamericano desde la década de los noventa. Es una de las áreas en las que se produce una mayor interacción entre los órganos de derechos humanos y los órganos políticos de la OEA. De hecho, se trata de la única Relatoría Temática de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha sido creada a raíz de un llamado de la Asamblea General de la OEA en tal sentido. Ello se explica porque es una materia en la cual los Estados asumen con frecuencia el papel de defensa de sus nacionales en territorios extranjeros. De este modo, lo que en otros ámbitos de temas de derechos humanos podría dar pie a acusaciones de intromisión en asuntos internos de otros países, en esta materia se diluye o al menos atenúa. Aunque las regulaciones de la OEA y de sus instrumentos de derechos humanos justifican plenamente los pronunciamientos de sus órganos políticos sobre la situación de derechos humanos en países específicos, en la actualidad ello prácticamente no ocurre. De allí la excepcionalidad del trato de la cuestión de los migrantes en los órganos políticos de la OEA comparado con otros asuntos de derechos humanos.

El desarrollo del trabajo del Sistema Interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha sido paulatino. Concentrado durante varias décadas en los crímenes contra la humanidad cometidos por numerosas dictaduras en la región, recién a partir de los años ochenta, y con mayor regularidad desde los noventa, ha venido ocupándose de los DESC. Contribuyó además a este tardío tratamiento, el debate en la OEA acerca de la exigibilidad y justiciabilidad de esta categoría de derechos, lo que –tal como explica el comentario de la profesora Pérez González– también se refleja en las regulaciones sobre la materia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). La mayor parte del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema se ha llevado a cabo a través de informes temáticos y capítulos en informes sobre países. Sin perjuicio de ello, la Comisión ha otorgado medidas cautelares en la materia y ha establecido la responsabilidad del Estado en casos específicos basada en el artículo 26 de la Convención Americana, que se refiere de manera general a los DESC. La Corte Interamericana, por su parte, también ha reconocido la justiciabilidad de tales derechos a través de la disposición recién mencionada, aunque en los casos que han llegado a su conocimiento en que se invocaba una violación a dicho artículo ha señalado que la misma no se encontraba acreditada o que ella quedaba subsumida en la afectación de otro derecho, sin llegar a atribuir responsabilidad al Estado bajo el artículo 26.

La confluencia entre ambas materias –derechos de los migrantes y derechos económicos sociales y culturales– se ha dado de manera evolutiva en el Sistema Interamericano. En la medida que ellas han tenido un desarrollo paulatino, la intersección se ha producido en las últimas décadas. Dentro de ese cruce de temas, un aspecto especialmente relevante es el que analiza en su comentario la profesora Pérez González: el de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes indocumentados, un problema frecuentemente desatendido y que en la mayor parte de los casos permanece invisible, por el temor de las personas en esa situación a ser víctima de represalias si denuncian lo que les sucede. De allí que el volumen de casos presentados por migrantes indocumentados ante el Sistema Interamericano sea escaso, reflejando su baja litigiosidad a nivel interno de los Estados. La profesora González se detiene a analizar aquellos casos, así como la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la Condición Jurídica y

Derechos de los Migrantes Indocumentados (CorteIDH 2003, OC-18/03), que, como bien señala, representa un avance muy importante en el reconocimiento de los derechos humanos de este colectivo.

A este respecto, convendría agregar que el Sistema Interamericano también ha tratado de los derechos humanos de los migrantes indocumentados a través de sus visitas a países y de sus informes. Por ejemplo, en el Informe más reciente sobre los derechos de los migrantes en México, la Comisión Interamericana incluyó un capítulo sobre los DESC, en el cual desde su epígrafe se enfatiza que todos los migrantes poseen tales derechos, sean documentados o indocumentados, señalando que “[i]ndependientemente de la nacionalidad o de la situación migratoria de los migrantes, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias tanto en el orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su nivel de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales” (CIDH, 2013: 256). El Informe trata en particular de los derechos laborales y a la seguridad social, del derecho a la educación y del derecho a la salud (CIDH, 2013: 266 ss.).

Respecto de la materia laboral, el informe mencionado establece que “[s]i bien el principio de no discriminación e igualdad ante la ley obliga a que los Estados garanticen el respeto de los derechos laborales de los trabajadores migrantes, en la práctica el hecho de ser migrantes conlleva a que estas personas no sean consideradas como sujetos de derecho, y esta situación es mucho más gravosa para aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular.” (CIDH, 2013: 256). Luego, el informe desarrolla en particular la situación de los trabajadores agrícolas migrantes y de la niñez migrante, dos colectivos que se ven especialmente afectados.

En cuanto al derecho a la educación, el Informe sobre México subraya las dificultades en que se encuentran los niños migrantes indocumentados, ya que para ejercer dicho derecho se exige que ellos dispongan de documentación migratoria vigente. Incluso en aquellos casos en que hay disposición de las autoridades para regularizar la situación migratoria y proporcionarles la documentación respectiva, ello suele ir acompañado de tasas y multas que implican obstáculos adicionales para los niños y niñas indocumentados que viven en la pobreza. La CIDH también hace referencia a lo sostenido por el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de su Familiares en cuanto a que “la situación migratoria irregular es irrelevante para determinar la obligación del Estado de garantizar el derecho a la educación” (CIDH, 2013: 269).

En lo concerniente al derecho a la salud, el Informe en comento, después de hacer referencia al Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, señala que “la Comisión [Interamericana] reafirma la obligación de los Estados de respetar el derecho de los no ciudadanos, migrantes en situación irregular, solicitantes de asilo y refugiados a un grado adecuado de salud física y mental, lo cual incluye, entre otras cosas, abstenerse de negar o limitar su acceso a servicios de salud preventiva, curativa y paliativa” (CIDH, 2013: 270).

En su comentario, la profesora Pérez González se refiere también al caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, describiendo cómo ellas se vieron impedidas de ejercer su derecho a la educación debido a su falta de documentación. En los últimos años esta situación se ha venido agravando seriamente en dicho país. A fines de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos



Humanos efectuó una visita *in loco* a República Dominicana y constató la muy grave situación de los migrantes indocumentados, en su gran mayoría haitianos, así como de las personas dominicanas de origen haitiano que o bien carecen de documentos o han sido despojadas de ellos por las autoridades. Esta situación podría conducir a la *apatridia* de miles de personas y a la afectación de sus derechos económicos, sociales y culturales, especialmente el derecho a la educación. En otras palabras, aquella violación que sufrieran las niñas Yean y Bosico se ha hecho extensiva a una cantidad muy significativa de personas.

Conforme a las regulaciones constitucionales vigentes en República Dominicana hasta 2010, las personas nacidas de padres extranjeros en territorio dominicano tenían derecho a la nacionalidad de ese país, salvo que fueran hijos de diplomáticos extranjeros o de personas en tránsito. Sin embargo, como ocurrió en el caso de las niñas Yean y Bosico, en muchos otros casos comenzó a instalarse la práctica de las autoridades de entender el concepto de extranjero en tránsito como referido a toda persona extranjera no documentada, a pesar de que algunas de ellas llevaran décadas viviendo en República Dominicana. Una sentencia del Tribunal Constitucional –que originó la visita de la Comisión Interamericana– consolidó esa práctica con carácter general y retroactivo hasta 1929. De allí el peligro de conducir a una situación de *apatridia* de miles de personas.

En las Observaciones Preliminares de la referida visita, la Comisión Interamericana se refirió a los múltiples niveles de discriminación que afectan a los migrantes haitianos –la gran mayoría de ellos indocumentados–, constatando una conexión entre discriminación racial y pobreza, así como el grave impacto negativo para dichos migrantes en términos de exclusión social y de afectación a su derecho a la educación (CIDH, 2013 – 97A/13). Si bien desde las autoridades estatales dominicanas suele argumentarse que mal podría existir discriminación racial dado que son muchos los dominicanos afrodescendientes y no solo los de origen haitiano o los migrantes de Haití, lo cierto es que existe un fenotipo característico de la población de ascendencia haitiana, sobre la base de la cual, señala la Comisión Interamericana, se la discrimina estructuralmente.

Para concluir, creo que es importante señalar que aunque en materia de estándares sobre derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes indocumentados se observa un paulatino progreso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la realidad concreta de los países continúa siendo muy deficitaria al respecto, observándose incluso retrocesos graves en algunos de ellos. Un factor relevante para avanzar en este sentido sería el fortalecimiento de la sociedad civil que trabaja por los derechos humanos de este colectivo, de manera de dotarlo de visibilidad pública y de la capacidad para hacer oír las demandas por sus derechos tanto a nivel interno de los Estados como en el ámbito internacional.

Bibliografía

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 2013, CIDH, Washington.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Observaciones Preliminares de la visita a República Dominicana* 097A/13, 6 de diciembre de 2013, CIDH, Washington. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/097A.asp>. Revisado el 21 de septiembre de 2015.

- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (1987), *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva OC-8/87. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de enero de 1987, San José.
- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (1987), *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de octubre de 1987, San José.
- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (1990), *Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, Opinión Consultiva OC-11/90. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10 de agosto de 1990, San José.
- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (2003), *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, San José.





Recensión

Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales.

Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz (dirs.)
(2015), Palestra editores, Lima, 389 pp.

Claudia Sánchez Ayala

Universidad Complutense de Madrid
cisayala@gmail.com

Este trabajo fue realizado durante una estancia de investigación en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Mi gratitud a la profesora Isabel Wences Simon, por brindarme la oportunidad de realizar esta tarea.

Agradezco a los profesores Javier García Roca y José Rafael Belandria García, así como, a Marina Gálvez y Fuentes, Rodolfo Sánchez Murillo y a Armando Salas Cruz, por las observaciones realizadas a esta reseña¹.

Nuestra sociedad abierta, al estilo descrito por Karl Popper en su libro *La sociedad abierta y sus enemigos* (Popper, 2014: 167-195, esp. 171-173), llamada a instaurar como estandartes a la tolerancia y al respeto recíproco nos reclama obras literarias, como: *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, que a continuación nos proponemos reseñar.

Conviene recordar que su presentación estuvo enmarcada por un relevante acontecimiento académico, para su objeto general, el primer congreso sobre “*Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos*”, en el que participaron de forma activa y pasiva, aproximadamente 360 personas (pp. 7-14).

El evento académico, citado en el párrafo precedente, fue organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, la Suprema Corte de Justicia de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 al 27 de febrero en las instalaciones de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona, España.

Contó con la representación de catorce Altas Cortes Nacionales de los Estados partes del sistema interamericano de protección de derechos humanos: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala,

¹ Cualquier error que se detecte será de mi exclusiva responsabilidad.

México, Perú, República Dominicana, Uruguay; así como, con la presencia de representantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español².

De igual modo, debe subrayarse que la dirección de este trabajo fue realizada por el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y Magistrado de la Corte Europea de Derechos Humanos, Luis López Guerra y el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Alejandro Saiz Arnaiz, quienes comparten en su hoja de vida la loable vocación académica, así como, la insigne tarea de ser y haber sido parte de la estructura orgánica de la Corte Europea de Derechos Humanos, respectivamente, como jueces.

El propósito general del libro es demostrar la importancia de una sana interacción entre las jurisdicciones nacionales y supranacionales. Su enfoque, como se verá en el siguiente párrafo, va de lo general a lo particular.

La espléndida obra en referencia está dividida, del siguiente modo: una nota preliminar (pp. 7-14), diez capítulos, dos anexos y una breve reseña curricular de los autores (pp. 397-398).

Los diez capítulos, se agrupan en cuatro secciones: la primera sobre *Los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, la segunda aborda *Las relaciones entre Tribunales Internacionales de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales*, la tercera trata sobre *La efectividad de la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, y la cuarta se refiere a *El diálogo entre Tribunales*.

De manera que, respetando el índice del libro que describe los apartados y sus temas, tenemos que:

En el primer Capítulo, los especialistas Felipe Arias Ospina y Juliana Galindo Villareal al exponer sobre *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (pp. 17-55), nos describen de forma sintética la base legal de dicho sistema; al igual que, la evolución de las competencias que tienen los órganos que integran su bicéfala estructura orgánica: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el proceso interamericano, al que nos introducen poco a poco, resaltando algunas paradojas importantes e ilustran gráficamente, añadiendo esquemas didácticos.

En el segundo Capítulo, el profesor Luis López Guerra al narrar sobre *El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos* (pp. 57-81), nos permite advertir que la transformación procesal y sustancial de dicho sistema, en general, se debe a las reformas que de manera paulatina han sido introducidas en los protocolos adicionales. Sobre la Corte Europea de Derechos Humanos, nos explica: el debate que genera el tema de la vinculación jurídica de las medidas provisionales que dicta; la evolución de la naturaleza declarativa de sus sentencias; y las razones para comprender el cómo, el por qué y de qué forma se han consolidado los criterios básicos de su jurisprudencia.

En el tercer Capítulo, la tinta del académico Marcelo Neves se concentra en explicar la relación *Del Diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana*

² Datos proporcionados por el catedrático Alejandro Saiz Arnaiz. Disponible en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=7cAls8PSzmo> . Consultado el 30 de junio de 2015.



de *Derechos Humanos al Transconstitucionalismo en América Latina* (p. 85-117), y nos deja claro que de la relación que se establece entre el Tribunal Interamericano y los órdenes constitucionales de los Estados signatarios que ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, surge una experiencia dialógica relevante entre orden internacional y orden estatal, a la que se refiere como transconstitucionalismo; precisando que la protección de los derechos humanos puede implicar diferentes órdenes jurídicos en América Latina y generar un escenario de transconstitucionalismo pluridimensional (Casos *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*). Por lo que, el especialista advierte que en estos escenarios de transconstitucionalismo es importante entablar conversaciones transconstitucionales sólidas que permitan que los puntos de disenso que se adviertan logren un consenso de manera constructiva para todos los órdenes jurídicos.

Más adelante, en el Capítulo cuarto, el catedrático Luis López Guerra se enfoca en la relación de *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales. El caso español* (pp. 119-151), para lo cual analiza una rica y variada casuística con la finalidad de que el lector advierta que dada la compleja relación que puede surgir entre estas jurisdicciones es relevante comprender la noción de 'diálogo entre tribunales' como un proceso de influencias y relaciones recíprocas.

Asimismo, nos demuestra que en la relación TEDH y Tribunales españoles se advierten las siguientes formas de diálogo: crítico de forma explícita (pp. 127-132); disidente por distintos niveles de protección (132-138); y crítico de forma implícita (pp. 138-143).

Por último pero no menos importante; el autor nos ayuda a visibilizar y a reflexionar sobre relevancia del diálogo entre los Tribunales españoles y la Corte Europea de Derechos Humanos en la ejecución de las sentencias regionales de derechos humanos, ante la problemática que plantea el contenido actual del ordenamiento jurídico procesal interno para tal efecto, destacando en materia de reapertura de procesos (pp. 143-150).

En el Capítulo quinto, el catedrático Alejandro Saiz Arnaiz al estudiar el tópico *Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo* (pp. 153-185), se detiene en fundamentar de manera sólida los argumentos a favor de la necesidad existencial de una conversación judicial, entre el Tribunal Constitucional español y la Corte Europea de Derechos Humanos, que siguiendo las propuestas de los profesores Rafael Bustos y Aída Torres (pp. 155-157) se caracterice por tener proyección en un escenario de pluralismo constitucional, por ser deliberativa y cuya función sirva para atenuar los posibles conflictos con la finalidad de asegurar la supervivencia de una estructura institucional concebida para la garantía de los derechos que ofrece un nivel de tutela en beneficio de los ciudadanos en Europa; antes inexistente.

En el Capítulo sexto, el profesor César Landa Arroyo al plantear el *¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional?. Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano* (pp. 187-227) advierte como innegable el hecho de que los jueces y los tribunales constitucionales recurren al uso del Derecho extranjero para la construcción de sus argumentos, ya sea, en la *ratio decidendi* o en el *obiter dicta*. A modo de ejemplo, el autor nos ofrece un estudio pormenorizado focalizado en la manera en que el Tribunal Constitucional peruano ha integrado estándares interamericanos e internacionales, a lo largo de catorce años. De su valiosa aportación, se deduce que un auténtico diálogo entre

las jurisdicciones constitucional e internacional requiere un análisis adecuado en la incorporación interna de los estándares interamericanos.

En el Capítulo séptimo, el académico George Rodrigo Bandeira Galindo al redactar *El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 231-254), sugiere que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH es justificable para constituir jurisprudencia con efectos *erga omnes*, cuando el órgano jurisdiccional ha comprobado la violación de una norma de naturaleza *jus cogens* (por ejemplo, en los Casos Masacres de Río Negro vs. Guatemala y Gomes Lund vs. Brasil) y nos lleva a la reflexión sobre la problemática que advierte conceder eficacia *erga omnes* a las decisiones en casos que no se constate la violación de dichas normas en un modelo que denomina 'jerárquico de supremacía del derecho internacional' (pp. 245-251).

En su criterio, se deben crear alternativas que permitan preservar la autoridad de las decisiones del Tribunal de San José sin imponer al juez interno, a través del control de convencionalidad, el cumplimiento indiscriminado de toda la jurisprudencia interamericana. Concluye de forma general, proponiendo a la teoría social y a las investigaciones empíricas, como instrumentos viables para pensar en qué modo se puede establecer un diálogo u otro tipo de conversación entre instituciones internas e internacionales con el fin de acomodar diversos intereses y valores (pp. 251-252).

En el Capítulo octavo, nuevamente el reconocido jurista Luis López Guerra al examinar *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 255-277), a través de una vasta descripción casuista nos ejemplifica la forma en que ha evolucionado la naturaleza declarativa de las resoluciones del TEDH y sobre los retos que su transformación plantea en la ejecución de las mismas (arts. 41 y 46 CEDH). En primer lugar, debido a la entrada en vigor del Protocolo 14; a la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha incluido instrucciones concretas dirigidas a los Estados sobre la ejecución de las sentencias; y, al hecho de que los Estados y el Comité de Ministros se han ajustado a ellas en sus procedimientos de ejecución.

Situaciones fácticas a las que por casualidad se han adicionado, las siguientes: la proyección general de las obligaciones individuales (art. 46.1 CEDH) (pp. 257-258); la *restitutio in integrum* cuya finalidad es la vuelta al *statu quo ante* derivada de una obligación positiva (pp. 258-259); la falta de vías procesales internas adecuadas para la reapertura de los procesos como consecuencia de una *restitutio in integrum* (pp. 259-266); la falta de medidas administrativas o judiciales adecuadas en el ordenamiento jurídico nacional para que puedan proporcionar a la víctima la compensación derivada de la *restitutio in integrum* (pp. 266-268); la especificación de medidas individuales a adoptar por los Estados, para reparar a la víctima la vulneración de su derecho protegido por el CEDH (pp. 268-269); el alcance general de los efectos interpretativos de las sentencias de Estrasburgo (art. 46.1 vinculado con el art. 32.1, ambos del CEDH) sobre la interpretación de los tribunales nacionales y sobre la adopción de medidas legislativas estatales (pp. 269-277).

En el Capítulo noveno, el catedrático Alejandro Saiz Arnaiz reflexiona sobre *La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)* (pp. 279-326), y nos lleva de la mano a reflexionar de forma teórica y práctica sobre una posible respuesta a la siguiente interrogante: ¿cuál es el alcance de la obligación que resulta de la cláusula de interpretación



internacionalmente conforme de los derechos fundamentales (artículo 10.2 CE) y que vincula la exégesis del Tribunal Constitucional español?.

El académico nos invita a meditar sobre la forma en qué la cláusula de interpretación conforme prevista en el artículo 10.2 CE ha tomado una dimensión adicional a la originalmente prevista por el Constituyente. Dicha evolución ha permitido que el guardián de la Constitución española, al interpretar los derechos fundamentales, integre a aquélla a los tratados internacionales y, en algunos casos, a la hermenéutica de estos últimos realizada por órganos de garantía competentes (sobre todo de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Europea – hasta antes de noviembre de 1998– sobre el Convenio Europeo).

En el Capítulo noveno, Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes al examinar sobre *El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos* (pp. 329-359), a través de un estudio de sociología jurídica sustentado en el análisis empírico de 210 decisiones de los diversos órganos que integran o han integrado los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de Derechos Humanos, nos muestran que el desarrollo del Derecho común en materia de derechos humanos entre esos sistemas es una consecuencia del diálogo horizontal entre la Corte Interamericana y la Corte Europea.

En síntesis, los autores de esta obra colectiva advierten que las razones y la forma en las que cada una de las Cortes regionales de derechos humanos busca la conversación judicial es diferente, y esa diferencia se puede advertir –como nos demuestran– al resolver las siguientes interrogantes: ¿quiénes son los vectores que buscan entablar la conversación?, ¿en qué forma se reubica en el fallo la referencia foránea? y ¿cuáles son los aspectos procesales y sustanciales en torno a los que gira el diálogo y su justificación?

Por último pero no menos importante; el contenido de los anexos en los que se integran dos instrumentos básicos para los estudiosos del tema: la Convención Americana (pp. 363-382) y el Convenio Europeo (pp. 383-395). Su adición permite a los operadores jurídicos un rápido y útil estudio comparativo de las disposiciones que los integran.

En conclusión, a nuestro juicio, la lectura de esta obra es altamente recomendable para todos los operadores jurídicos. Sobre todo para quienes realizan funciones jurisdiccionales de uno y otro lado del Atlántico porque su contenido ofrece fundamentos sólidos, para comprender las razones que justifican una saludable comunicación judicial con la finalidad de construir los acuerdos, que demanda la definición del contenido esencial de los derechos reconocidos y protegidos, tanto en el orden interno como en el orden supranacional, e inclusive universal.

Bibliografía

POPPER, K.R. (2014), *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona.



Recensión

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia (1987-2012).

Asdrúbal Aguiar.

(2012), Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Buenos Aires / Caracas, 227 pp.

Mónica Arenas Ramiro

Universidad de Alcalá
monica.arenas@uah.es

La obra que aquí recensionamos parte con la ventaja de quién es su autor, el profesor, Abogado, Político y ex miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, D. Asdrúbal Aguiar. El profesor Aguiar se licenció en Derecho por la Universidad Central de Venezuela en Caracas, lo que completó con un Máster en Integración Económica, con un Diplomado en Comercio Internacional y con un Postgrado en Ciencias Jurídicas y Políticas. Hacemos acopio de esta sólida formación, no sólo jurídica, porque la misma queda plasmada en sus obras, que aúnan lo mejor de la teoría jurídica con su praxis, lo que, además, unido a su faceta política y a su cargo como Juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece una visión plena de las cuestiones que caen en sus manos. Así las cosas, todas sus obras son un reflejo de su faceta no sólo jurídica, sino también económica, lo que hermanado a la visión internacional de los problemas planteados, le hacen poder ofrecernos una visión global y pormenorizada de la materia que analiza en esta obra: la democracia.

El profesor Aguiar se ha preocupado, principalmente, por los derechos humanos y sus mecanismos de protección nacional e internacional, prestando especial atención al marco donde se deberían desarrollar los mismos: un Estado democrático. En este orden de cosas, en la obra de la que ahora damos noticia, como en muchas de sus otras publicaciones, el autor se refiere al ámbito latinoamericano lamentando la forma de dictadura y la “*severa crisis democrática*” de Venezuela (tal y como manifestó el Comité Jurídico de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su Informe de 2014, y en la misma línea seguida actualmente por la Declaración de Panamá, firmada en abril de 2015). Su idea es demostrar que en el país se da un uso abusivo del poder, una violación sistemática de la independencia de los Jueces y, en consecuencia, una lesión del Estado de Derecho.

En este sentido, el autor reitera que en Venezuela se produce tanto una falta como un fallo de los elementos esenciales de la democracia y de aquellos principios que hacen posible su ejercicio. A ello contribuyen en gran medida (otro de los grandes argumentos de Aguiar en su obra) los medios de comunicación, con cuya actividad parecen hacer propaganda de lo que es más conveniente políticamente hablando que de lo que es la verdad. Esto provoca que, finalmente, sean los funcionarios los que se aprovechen de la labor de los medios de comunicación, especialmente en los procesos electorales, manejando los medios a su voluntad con la única finalidad de conseguir más votos y controlar la voluntad popular y la formación de la opinión pública.

En sus obras –y en la que tenemos en nuestras manos no puede ser de otra forma–, Aguiar critica duramente la actual democracia venezolana. Si bien defiende el espíritu libertario que la consagró, lo que no justifica bajo ningún concepto es –bajo un engañoso y artificial argumento– la legitimación democrática de una dictadura. El autor pretende así resaltar la labor de los padres fundadores de la democracia venezolana y criticar el derrotero seguido por la misma, el utilitarismo político de ocasión y la existencia de desmemoriados en este terreno, indicando que “*solo saben de libertad y derechos quienes los pierden, no los otros*”. Los padres fundadores eran conocedores y sabedores de que lo realmente importante en el proceso era el “*afianzamiento de la democracia como sistema*”, pues una “*constitucionalidad estable*” sólo se consigue con la participación de todas las fuerzas sociales existentes y bajo la premisa de una convivencia pacífica y un diálogo libre de todo tipo de censura y represión

Se centra pues en esta obra en la gran materia que es la democracia. La democracia se asienta sobre las bases de la soberanía popular y el principio representativo y, por este motivo, las reglas de actuación de los poderes que intervienen en el proceso de formación de la voluntad política de los ciudadanos deben estar definidas de una manera precisa. De esta forma, los ciudadanos podrán ejercer efectivamente la soberanía popular y el principio representativo se hará efectivo: No sólo por el hecho de la participación de los ciudadanos en sí, sino por la forma en la que la misma se desarrolla y recoge su voluntad. Para que sea efectivo y real el principio democrático no es necesario que los ciudadanos voten más veces, sino que las instituciones que los representan y que manifiestan su voluntad, lo hagan realmente y no por el hecho de sumar votos que les permitan llegar al poder. En caso contrario se desvirtúa el principio democrático y se deja vacío de contenido.

En esta línea, conforme a la idea de democracia y del principio de representación democrática se debe garantizar que existe un proceso de deliberación en todos los momentos del proceso de toma de decisiones. Si no se hace frente a los problemas de integración de todas las voluntades existentes en la sociedad se acaba disminuyendo la eficacia y legitimidad de dichas decisiones, dejando las mismas al arbitrio del poder político. Y aquí, en este proceso es donde la libertad de expresión, y lo que luego el profesor Aguiar define como el derecho a la verdad, juegan un papel trascendental.

En este orden de cosas –cuestión a la que también alude Aguiar– es una constante en la actualidad el proceso de desafección política de los ciudadanos, la pérdida de legitimidad de sus representantes y, por tanto, la crisis de la democracia, en uno u otro lado de cualquier continente. Debemos devolver la confianza a los ciudadanos en sus representantes y, para ello, debemos fortalecer nuestras democracias. A ello han contribuido mucho los Tribunales o Cortes Constitucionales e Internacionales y, entre ellas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La relevancia de esta obra se basa no sólo en la importancia del tema elegido, la democracia, sino en la labor de sistematización y síntesis realizada por su autor, citando los principales criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, desde los orígenes constitucionales de la democracia en América Latina hasta su representación actual.

Por lo tanto, debemos destacar la labor de síntesis de su autor y su capacidad de elección y selección puesto que, a través de seiscientos treinta y un párrafos extraídos de opiniones consultivas y resoluciones de la Corte Interamericana, ha sabido recoger el carácter innovador de los pronunciamientos más reciente de la Corte, especialmente los referidos a los años 2008 al 2012. Aunque el profesor Asdrúbal indique en su Introducción que la clasificación y elección por él efectuada puede completarse ampliando el rango de temas tratados y de pronunciamientos recogidos (p. 39), dudamos que exista algún tema que se le haya escapado al minucioso autor.

En el Prólogo de la obra recensionada ya se nos adelanta que para Aguiar el elemento esencial para la democracia es, en último término, el respeto al Estado de Derecho (p. 1). Aquí también se nos da un avance de una cuestión que el autor resalta y reitera en la Introducción a su obra, y que se muestra presente en numerosos de los pronunciamientos que recoge posteriormente en su Digesto: el hecho de que en una sociedad democrática *“los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada donde cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Lo que implica que el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”* (p. 2).

Se reconoce la democracia como una forma de vida social y no sólo un régimen político. En este sentido, como se destaca en el Prólogo y se repite en la Introducción de la obra, la misma es una evolución *“conceptual, constitucional y convencional de la democracia”*. Se analiza el concepto de democracia como derecho y como eje transversal del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que tiene su reflejo tanto en la Carta de Organización de los Estados Americanos como en la Carta Democrática Interamericana.



La estructura del presente trabajo se abre con un Prólogo de D. Manuel E. Ventura Robles, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y continúa con una Introducción del autor que –como él mismo reconoce– es, ya en sí misma, una reseña de la obra que presenta.

La obra se completa y se cierra con un “Digesto de jurisprudencia”, en el que a través de ocho apartados (con diferentes subtítulos), se recogen los pronunciamientos más importantes de la Corte Interamericana. Estos apartados son: Democracia e instituciones; Estado de Derecho; Seguridad y orden público democrático; Dignidad humana y justicia democrática; Derechos inmatrimiales o de la personalidad; Derechos políticos, de asociación y de participación ciudadana; Transparencia y propiedad.

Tras el citado Digesto, para facilitar la labor del lector, se incluyen un Índice de las opiniones consultivas y sentencias utilizadas, y un Índice general.

En las treinta páginas que componen la Introducción, el autor destaca cómo a través de más de seiscientos pronunciamientos (un total de seiscientos treinta y uno), se plasma la opinión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene sobre conceptos como democracia social, libertad de expresión y pensamiento y sobre el derecho a la verdad, entre otros asuntos. Asimismo destaca el hecho de que los pronunciamientos elegidos son casos reales y “*no meramente académicos o aisladamente normativos*” (p. 15), y el hecho de que parte de una crítica del uso de los medios democráticos formales para dar cobertura a las llamadas “demo-autocracias”, pervirtiendo la esencia misma de la democracia.

Durante la Introducción, el profesor Aguiar deja claro que el problema de las actuales democracias es la forma en la que han degenerado, en nuevas formas de autoritarismo, como las ya citadas “demo-autocracias”. De esta forma, el autor describe cómo bajo la excusa de mantener la seguridad nacional o, en la actualidad, la seguridad pública, estas nuevas formas se valen de su apariencia democrática para imponer restricciones a los derechos y justificar los límites a la libertad de los ciudadanos. Como ya hemos dejado dicho, votar más no convierte a un Estado en democrático. Esto, como era de esperar, se ha hecho visible a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se puede ver en el citado caso *Escher y otros contra Brasil*, del año 2009 (p. 14).

En su obra, Asdrúbal Aguiar nos remonta hasta los orígenes de la doctrina sobre la democracia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a sus primeros pronunciamientos sobre la materia, y recuerda cómo, ya en 1982, se resolvieron varios asuntos donde los jueces de la Corte ya mostraban una clara y evidente preocupación por el derrotero que iba tomando la democracia latinoamericana. A la luz de resolver asuntos sobre Tratados Internacionales, reservas a la Convención Americana, restricciones a la pena de muerte, modificación de la Constitución de Costa Rica o la colegiación obligatoria de los periodistas, el significado de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana y el derecho de

rectificación y respuesta, la Corte Interamericana plasma la especial sensibilidad hacia la protección de los elementos básicos de la democracia.

A lo largo de su Introducción, Aguiar, igualmente, recoge resumidamente los principales pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre las cuestiones esencialmente tratadas y a las que ya nos hemos referido, a saber: Democracia e instituciones; Estado de Derecho; Seguridad y orden público democrático; Dignidad humana y justicia democrática; Derechos inmateriales o de la personalidad; Derechos políticos, de asociación y de participación ciudadana; Transparencia y propiedad. El autor encuentra la esencia de la argumentación jurídica seguida y recoge el párrafo o párrafos básicos donde se resumen las cuestiones analizadas. Así, entre los pronunciamientos sobre los que hace hincapié nos encontramos con aquéllos que se relacionan con las garantías judiciales, evidenciando (como se reconoce en las sentencias y opiniones consultivas recogidas) que la democracia depende de algo más que de lo expresado en las urnas (p. 17).

Llegados a este punto, y como el autor también recuerda, el periodo donde se ha pronunciado la Corte Interamericana en relación con la democracia no se ciñe sólo a unos años en concreto, sino que desde los citados casos de 1982, la Corte se ha venido pronunciando y manifestando su sensibilidad respecto del tema. No obstante, se ha ido pasando por varias etapas, y así, en un primer momento, entre los años 1987 a 1995, los jueces de la Corte se acercaban al tema en términos nominales, sin entrar en el fondo de la cuestión (como ejemplos se citan los únicos cuatro casos que, en relación con la democracia, se produjeron en este periodo: *casos de Honduras*, *casos de Suriname* y la resolución en el *caso Maqueda contra Argentina*). Pero la enseñanza que la Corte Interamericana de Derechos Humanos quería ofrecer no se hizo esperar. Así, desde estos pronunciamientos hasta el 2006, la Corte afirma categóricamente, en las sentencias que tienen por objeto final la democracia, que la tutela de los derechos humanos no es algo independiente de sus garantías. Sin garantías, los derechos dejan de ser efectivos. Además, estas garantías deben ser también efectivas, no vale con su mera existencia. En este sentido, el profesor Aguiar recoge extractos de los casos *Ximenes Lopes contra Brasil* ó *Bámaca Velasquez contra Guatemala*, de cuyo pronunciamiento resalta (p. 19) el párrafo en el que la Corte afirma la relevancia de la existencia de un recurso efectivo contra la violación de los derechos humanos puesto que la misma “*constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática*”.

A partir de ese año, los pronunciamientos de la Corte respecto de la materia democrática han ido evolucionando, como se puede comprobar de los casos recogidos por el autor. La Corte ha ido innovando, siendo su meta “*la estabilidad de la cultura democrática*” alcanzada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dando paso a pronunciamientos sobre otras cuestiones o derechos emergentes (p. 30).



El profesor Aguiar se centra en la realidad latinoamericana dominante, y recoge la forma en la que la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la cuestión democrática, que en el ámbito de las Américas se hace especialmente peculiar y sensible para la Corte en relación con las transiciones democráticas y sus necesidades. La Corte se ha centrado así en cuestiones como las amnistías y la lucha contra el terrorismo, las citadas transiciones democráticas y la justicia penal.

En un primer y segundo bloque, acompañando a estos elementos y como elemento esencial de la democracia, Aguiar analiza igualmente (p. 21) el derecho a la verdad y recogiendo las palabras del Magistrado García Ramírez lo define como el derecho que *“acoge una exigencia legítima de la sociedad a saber lo sucedido, genérica o específicamente, en cierto período de la historia colectiva, regularmente una etapa dominada por el autoritarismo, en la que no funcionaron adecuada o suficientemente los canales de conocimiento, información y reacción característicos de la democracia”*. El profesor cita el asunto de fondo *Bámaca Velásquez contra Guatemala* o la principal sentencia *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (en relación con unas desapariciones forzadas) y el caso *Gomes Lund (Guerrilla do Araguaia) contra Brasil*, evidenciando en este último caso el reconocimiento, ya no sólo tácito, de la Corte de integrar este derecho dentro del marco de la libertad de expresión (pp. 30-31). No obstante, en relación con este tema deja sentada la idea de que el citado derecho a la verdad sirve, en último término, como derecho transversal, evidenciando que la transparencia es el principio normal de funcionamiento de las democracias actuales, la publicidad y no el secreto.

En un tercer bloque, en este punto, nuevamente, el autor de esta obra, al hilo de recoger criterios jurisprudenciales sobre el ejercicio del derecho a la verdad, pone de manifiesto que la cuestión principal es *“despejar el falso dilema”* entre la garantía de los derechos fundamentales y la defensa de la seguridad nacional o pública. Un dilema que, como ya dejamos dicho, se emplea como excusa para limitar los citados derechos. Faltando a la verdad de los hechos se manipula la información para justificar el fin a conseguir. De ahí que Aguiar concluya que, en realidad, esta cuestión se resume en el hecho de tener presente una *“regla de oro”*: *“la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado”*, esto es, no se puede utilizar cualquier medio, incluso ilegítimo, o lesionar derechos de forma injustificada por el mero hecho de conseguir un fin legítimo como puede ser la seguridad pública o nacional (p. 21). Tanto los medios como el fin perseguido deben ser legítimos. En definitiva, no se puede esgrimir la bandera de la democracia para ocultar actuaciones que en el fondo lo que hacen es minarla y destruirla. Como señala el autor, el juego de la regla de las mayorías, la existencia de una democracia, no pueden hacerse valer para lesionar, sobre todo, a los más débiles o a las minorías (p. 23). La apariencia formal de una democracia no puede emplearse para vaciarla de su esencia.

Aquí no podía faltar, hablando de democracia y de respeto de los derechos fundamentales, la necesidad de proteger el principio de igualdad y no discriminación. Sobre este tema, el profesor Aguiar recoge los

pronunciamientos más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el conocido caso de la reforma de la Constitución de Costa Rica.

Completando los pronunciamientos de la Corte Interamericana en materia de democracia, en un cuarto apartado, Aguiar recoge también las sentencias y opiniones consultivas relacionadas con la justicia penal democrática. Aquí, el autor, resumiendo la doctrina de la Corte, extrae la conclusión de que el Derecho penal debe ser la última ratio, pero dejando presente que esta máxima no puede significar en ningún caso la falta de tipificación o impunidad de los delitos cometidos, máxime cuando el régimen penal moderno es de corte más democrática y garantista y cuando la impunidad conduce a un “*descrédito de la democracia*” (p. 26), especialmente en los casos donde intervienen las instituciones públicas (como se extrae del ejemplo traído de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Otegi Mondragón contra España*, de 15 de marzo de 2011). Entre los pronunciamientos recogidos, destacan el caso *Flores contra Perú*, *Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago* y *Molina Thiessen contra Guatemala*. El recurso al poder coercitivo del Estado debe ser la última herramienta a emplear contra los ciudadanos y si se emplea, debe estar sujeta a las garantías propias de un Estado democrático.

Por último, en un quinto bloque, entre la serie de pronunciamientos recogidos, Asdrúbal Aguiar dirige su atención a otro de los grandes temas que ocupan sus obras: la libertad de expresión. Pero no se centra en un análisis del derecho en sí en tanto que sobre este tema, y como el propio autor reconoce, la Corte Interamericana se ha pronunciado de forma preferente desde su fundación otorgándole un valor esencial como “*pedra angular de la existencia de una sociedad democrática*” (en concreto, en relación con temas como el acceso a la información, la censura previa, el derecho al silencio y a la verdad, las informaciones veraces o inexactas, la llamada libertad de expresión extraprocesal, la unidad sustantiva de la opinión y la información, el derecho a la lengua y el honor de los funcionarios; y recogiendo los casos sobre la *Colegiación obligatoria de los periodistas*, el del *Derecho de rectificación y respuesta*, el de la *Última Tentación de Cristo contra Chile*, *Ivcher Bronstein contra Perú* o el conocido *Claude Reyes contra Chile*). Más bien, Aguiar se centra en la vinculación de la libertad de expresión y el derecho a la información como elementos indispensables para la formación de una opinión pública libre (p. 27). De nuevo, resalta el derecho a la verdad y la necesidad de transparencia.

Así, en sexto, séptimo y octavo lugar, enlazando con la formación de la opinión pública y la búsqueda del control de la misma, el profesor Aguiar analiza la peculiaridad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo llegara a pronunciarse sobre el tratamiento de los derechos políticos en el año 2005, con el caso *Yatama contra Nicaragua*. Aunque esto lo hace con un enfoque totalmente innovador: reconociendo el derecho a la participación política de las comunidades indígenas pero, como dice el autor, conciliando este derecho con el conocido asunto del “*derecho histórico a las tierras*”



tradicionales”, y citando los casos contra Paraguay, *Comunidad Indígena Yakye Aza y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (p. 28).

Asdrubal Aguiar culmina su Introducción haciendo una reflexión “sobre la democracia por venir” que, según él mismo, “se referirá a la relación del hombre con el mundo”, cuestión sobre la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha adelantado a “anclar” a su sistema jurídico, para que, en último término, el proceso democrático parta de abajo hacia arriba, de lo local a lo nacional. Concluye así como empieza: que el problema de la cuestión democrática es la mala praxis o la utilización indebida de la misma como “medio de dominación política y de irrespeto sistemático a la dignidad de la persona” (pp. 38-39).

La obra de Asdrubal Aguiar no es sólo una muestra o una recopilación de los más importantes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien es cierto que en su Digesto se limita a recopilar, “de manera sucesiva y conforme a los temas” (inicialmente citados), la labor expositiva que realiza en la Introducción sobre los temas tratados y las sentencias elegidas hacen de esta obra un elemento necesario para estudiantes y estudiosos del Derecho, especialmente para aquéllos que pretendan especializarse en la cuestión democrática y en sus elementos esenciales.

La clasificación y subclasificación (en títulos y subtítulos) efectuada por el profesor Asdrúbal recoge de forma pormenorizada todos aquellos elementos que hacen reconocible un Estado democrático. Debemos pues felicitarnos por tener esta obra en nuestras manos. Y no sólo agradecer al autor la labor de síntesis y recopilación jurisprudencial efectuada, sino por su excelente y esclarecedora Introducción donde, por un lado, analiza los elementos necesarios y básicos para la correcta existencia de un Estado democrático; y, por otro lado, evidencia la necesidad de la sociedad latinoamericana de hacer efectivas y “reales” sus democracias, evitando cualquier tentación de manipulación que pueda aparecer.