

I blanca

II blanca

EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS EN ACCIÓN
Aciertos y desafíos

IV blanca

CLAUDIO NASH ROJAS

EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS
EN ACCIÓN
Aciertos y desafíos



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2009

Primera edición, 2009

Copyright © 2009
CLAUDIO NASH ROJAS

Esta edición y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 8
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF
www.porrúa.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-9-00111-7

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

*A mi padre y madre,
por regalarme una infancia feliz
y una adolescencia con sentido de justicia*

VIII blanca

PRESENTACIÓN

Estos son tiempos de conmemoración. Los sesenta años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los cincuenta desde la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuarenta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los treinta de la entrada en funciones de la Corte Interamericana de Derechos parecen ser una buena excusa para mirar al sistema interamericano, ponerlo en contexto y preguntarnos acerca de sus aciertos y también de sus deudas.

El presente libro asume este desafío con una mirada crítica, pero esperanzadora. Los distintos artículos que aquí se recopilan constituyen un resumen de un esfuerzo sistemático de reflexión desarrollado los últimos años. Algunos de estos textos son una revisión de artículos ya publicados y otros son inéditos. Mas, todos ellos siguen un mismo hilo conductor, contribuir al fortalecimiento del sistema de derechos humanos a través de una reflexión crítica de la práctica de sus órganos.

El capítulo I recoge una conferencia dictada en el marco del primer Congreso de Estudiantes de Derecho, organizado por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Me pareció relevante agregar este texto a la recopilación ya que entra en un tema que no es comúnmente discutido en el ámbito de los derechos humanos: la legitimidad del sistema internacional de derechos humanos y su justificación. Creo que este es un debate que debe darse porque el sistema de derechos humanos no puede estar ajeno a los principales problemas del Derecho y el de la justificación es uno central.

El segundo artículo, que corresponde al capítulo II, “La protección internacional de los derechos humanos en contexto” es una revisión del estado actual del derecho internacional de los derechos humanos, que sirve como contexto general para ubicar el panorama general de los temas sobre los que luego se reflexiona de una manera más profunda en los capítulos que siguen en este libro. Este texto es una versión ampliada de una charla dada para la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México en enero de 2006. La base de este trabajo, en particular lo referente a sistemas de protección, fue el material de estudio prepa-

rado junto a Cecilia Medina para el curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos del año 2005-2006 en la Universidad de Chile.

El capítulo III contiene el artículo “Pasado, presente y futuro del sistema interamericano de Derechos Humanos” que busca reflexionar sobre los principales hitos del desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos y cómo dicha evolución puede ser de utilidad para reflexionar sobre el futuro del sistema. Este estudio plantea que el contexto en el que se insertan los derechos humanos en nuestra región presenta hoy ciertas particularidades que definen la forma en la que debe actuar el sistema; en particular, un nuevo tipo de violaciones de derechos humanos que parece asumir un papel central en la discusión: las violaciones estructurales de derechos humanos. Si a ello sumamos nuevos actores en el sistema y un rol mucho más activo por parte de los Estados, se configura una realidad particular que nos debe hacer replantearnos muchos aspectos del sistema tal como hoy éste se encuentra funcionando, si queremos que siga siendo un mecanismo efectivo de protección de los derechos humanos en nuestra región.

El capítulo IV, “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más de lo esperado”, es una puesta al día de una reflexión que vengo desarrollando sistemáticamente desde hace algunos años respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. Este es un tema tremendamente interesante ya que este Tribunal internacional ha desarrollado una amplia y profusa jurisprudencia en materia de reparaciones que no ha sido objeto de toda la atención que merece. Sin duda que este es un tema donde se ha avanzado mucho, se han cuestionado conceptos tradicionales y se han desarrollado otros nuevos; se ha cambiado la perspectiva para enfrentar este tipo de situaciones; todo ello desafía a cualquiera interesado en estas materias. Si los sistemas de derechos humanos tienen como uno de sus objetivos centrales la efectividad del goce y ejercicio de los derechos, la reparación debe ser un aspecto clave en dicho esfuerzo. Además, este artículo plantea una cuestión muy importante en el debate práctico sobre las reparaciones: lo que ha dicho la Corte Interamericana respecto de las reparaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

El capítulo V, “Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos”, está destinado a revisar la forma en que el sistema interamericano de derechos humanos ha enfrentado el tema de los derechos indígenas. Este artículo fue publicado hace poco tiempo en la revista europea-interamericana de derechos humanos, proyecto parte de la Red Europea-latinoamericana de Derechos Humanos. El objetivo básico de este estudio es analizar la forma en que el sistema interamericano de derechos humanos ha resuelto la cuestión planteada por una titularidad particular de derechos humanos. En efecto, los integrantes de las comunidades indígenas de nuestra región presentan ciertas particularidades, tanto por la situa-

ción de discriminación estructural en que viven, como por las particularidades culturales de que son titulares, que se manifiestan en la forma de goce y ejercicio de sus derechos humanos, lo que trae aparejados una serie de desafíos a la visión tradicional de los derechos humanos (de corte individualista y no colectivo). Estas particularidades son las que se ven reflejadas en la jurisprudencia de los órganos del sistema y que en este artículo son sistematizadas y se busca alguna lógica tras estas posturas.

En los capítulos VI y VII se desarrollan dos estudios relativos a dos casos que fueron presentados en las Mesas de Diálogo Jurisprudencial organizadas por la Universidad Iberoamericana de México (2006 y 2007). El primero de ellos es un estudio sobre el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia que es tremendamente interesante ya que no sólo trata en detalle algunas cuestiones propias del debate sobre derechos indígenas, sino que además nos da elementos de análisis sobre las obligaciones generales del Estado respecto de grupos en estado de vulnerabilidad, en el goce de sus derechos, por estar en situaciones de discriminación.

El segundo estudio es el relativo al caso *Goiburú vs. Paraguay*. Esta sentencia nos permite dar una mirada al tema de la justicia transicional y los desafíos que presentan estos procesos a la luz de los derechos humanos y en particular, las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos controladas por la Corte Interamericana. Las preguntas sobre el impacto de la realidad de los procesos de transición o consolidación democrática en el cumplimiento de las obligaciones tienen aquí una expresión extrema: ¿hasta dónde son exigibles las obligaciones convencionales en un contexto de transición a la democracia? Esta es la cuestión que nos propone el caso *Goiburú* y que se pretende responder en este estudio.

Por último, en el capítulo VIII se hace una reseña de los principales temas que han surgido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el período 2004-2007. Esta reseña es una recopilación y reordenamiento de una serie de artículos publicados en el Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Las reseñas de los años 2006 y 2007 fueron escritas en conjunto con la investigadora del Centro, Claudia Sarmiento. Para un período tan extenso y con una Corte especialmente fructífera no era posible revisar todos los temas, por ello era necesario hacer una selección de aquellos temas que aportaban algún elemento novedoso para el desarrollo jurisprudencial de la Corte. De esta forma, los estudios se han dividido en dos grandes áreas: aspectos generales y derechos específicos. Los aspectos generales tratan temas transversales (obligaciones del Estado, responsabilidad internacional) y de grupos específicos en situación de discriminación (niños, mujeres, privados de libertad, indígenas); la segunda parte trata aspectos relativos a algunos derechos específicos donde la Corte ha innovado en aspectos de su jurisprudencia contenciosa.

Una mirada en conjunto de los capítulos que componen este libro me permite proponer una idea central que guía todo este estudio: para que el sistema sea efectivo en el cumplimiento de sus fines es necesario que todos los actores sean capaces de hacer una adecuada lectura de la realidad y, en particular, asumir el desafío de las profundas desigualdades y situaciones de discriminación que vive nuestra región. Toda la estructura del sistema de derechos humanos debe guiarse a este fin y la discusión debe estar centrada en elegir los mejores procedimientos para que todos los sujetos de derechos puedan gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad a partir de un efectivo reconocimiento de las particularidades propias de cada titular de derechos.

Los artículos que se han recopilado en este libro no sólo buscan ser un aporte a la reflexión teórica sobre el sistema interamericano de derechos humanos, sino que también pretenden ser textos útiles para la actividad docente. Todos estos textos han sido pensados de forma tal que puedan servir para la discusión sobre el sistema interamericano de derechos humanos en los diversos cursos en que me ha tocado intervenir en la región. Por ello, espero que puedan servir a otros que están en este mismo esfuerzo de discusión sobre el sistema interamericano de derechos humanos.

No puedo terminar esta presentación sin agradecer al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en particular a sus directores Cecilia Medina y Jose Zalaquett. Asimismo, agradezco a mis ayudantes de cátedra y mis alumnos y alumnas que me han permitido estas reflexiones y me han 'invitado' a continuar con ellas y a ponerlas por escrito. En particular, agradezco a Catalina Milos, ayudante de mi cátedra, quien editó la versión final de este libro.

EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS EN ACCIÓN
Aciertos y desafíos

XIV blanca

CAPÍTULO I

LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL SISTEMA INTERNACIONAL Y SUS
CONSECUENCIAS LEGITIMADORAS
EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

INTRODUCCIÓN

Sin duda que la cuestión de la legitimidad de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es importante, pero ha ido quedando rezagada a la luz de las urgencias con las que tiene que lidiar normalmente la protección internacional de los derechos humanos. Piensen ustedes que la Corte Interamericana aún tiene que lidiar con masacres, prácticas sistemáticas de tortura, casos graves de discriminación, etcétera.

Pero este rezago no puede implicar olvido. Es importante preguntarse por la legitimidad del DIDH porque éste está impactando cada día con más fuerza a los sistemas normativos nacionales y cada vez más se va transformando efectivamente en una fuente de legitimidad de la actuación del poder estatal.

En este punto es importante observar que en torno al tema de los derechos humanos hay un doble debate: **interno**, ¿cómo mejorar la protección de los derechos?, y uno **externo** que se pregunta sobre la legitimidad del modelo basado en derechos atrincherados en sede internacional y el establecimiento de un mecanismo de control internacional. Eso nos pone en un doble desafío: la justificación de los derechos humanos, en particular del DIDH, tiene que ser capaz de explicar razonablemente el estado actual de desarrollo normativo y su praxis, así como dar una respuesta adecuada a las posibles objeciones de legitimidad.

Por ello, he querido centrar mi presentación no en la justificación de los derechos humanos en general, materia más propia de la filosofía que del derecho internacional, y centrarme en la discusión sobre la legitimidad del DIDH, ¿dónde están las bases para establecer su obligatoriedad?

Con este fin estableceré, en un primer lugar, las bases de la justificación del derecho internacional en general, para luego entrar en la discusión de la legitimidad del DIDH. Para ello recurriré a la visión más influyente en el últi-

mo cuarto de siglo, las ideas de RAWLS y veré cómo estas ideas nos pueden iluminar para explicar la justificación del DIDH. Luego entraré en las consecuencias de esta justificación para explicar lo que los organizadores del Congreso nos proponen como tema de discusión: el impacto del DIDH en la configuración de una idea actual de los derechos fundamentales y la justificación de la judicialización de estos derechos. Finalmente, esbozaré el tema del debate interno: la legitimidad de la praxis internacional y el criterio de corrección que debemos tener presente al momento de optar por un diseño institucional.

I. JUSTIFICACIÓN DEL DIDH

1. EL ROL PRIMORDIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL HOY Y LA PREGUNTA SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE SU OBLIGATORIEDAD

Un lugar común en el tratamiento del tema de los derechos humanos en el ámbito internacional ha sido justificarlos en base a las funciones que cumplen en el sistema internacional. En efecto, si observamos la argumentación de RAWLS sobre los derechos humanos encontraremos una construcción definida sobre la base de qué rol cumplen los derechos en el sistema internacional. Así, señala que los derechos humanos “constituyen una clase especial de derechos urgentes”, su violación es condenada por pueblos liberales razonables y por pueblos jerárquicos decentes.¹ En una línea similar podemos ubicar a BOBBIO. Para el profesor italiano, lo central en materia de derechos humanos será protegerlos y no justificarlos.²

Si partimos el análisis sobre la justificación desde el rol que estos desempeñan en el derecho internacional actual, tendríamos que convenir que los derechos cumplen con dos funciones centrales para la convivencia de la comunidad internacional: sirven de límite a la soberanía y además son un elemento clave para la legitimidad del Estado en cuanto partícipe de la comunidad internacional. La pregunta es evidente: ¿qué justifica que estos derechos cumplan con funciones tan centrales?

Si bien estas posturas aportan desde el punto de la relevancia de los derechos humanos y el éxito del proceso de consagración internacional, no resuelven el tema de su justificación. En efecto, la respuesta a la pregunta sobre la “especialidad” de estos derechos no podría ser “porque los Estados se han obligado” o “porque los Estados a través de sus prácticas internacio-

¹ RAWLS, 1999: 93.

² “...el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”. BOBBIO, 1991: 61.

nales los han validado". Es necesario buscar el porqué de esta concurrencia de voluntades en el ámbito internacional.

Tenemos, además un nuevo límite: al igual que en el ámbito nacional, la respuesta sobre la justificación de los derechos humanos en el ámbito internacional no puede estar dada por una visión comprehensiva o abarcativa del ser humano, esto es, por una respuesta moral acerca de qué es el ser humano y su lugar en la comunidad internacional. En la comunidad internacional concurren una multitud de respuestas morales que deben convivir en cierto pie de igualdad, lo que obliga a buscar alguna respuesta que no suponga alguna de estas visiones. Por ello, me parece que la justificación de los derechos humanos en sede internacional es más exigente que en sede nacional, ya que en el ámbito interno es posible pensar en consensos más profundos. Por ello en el ámbito internacional las explicaciones tradicionales de los derechos humanos (iusnaturalistas, racionalistas, historicistas, etc.) no son útiles.

Como la respuesta al tema de la legitimidad del DIDH es parte de un sistema normativo mayor en el que nos encontramos insertos, el derecho internacional público (DIP), me parece que es necesario partir la discusión situándola en el marco de la relación entre esta rama del Derecho y los derechos humanos.

2. EL DIP Y LOS DERECHOS HUMANOS: HITOS RELEVANTES EN MATERIA DE JUSTIFICACIÓN

Si bien el desarrollo de un sistema normativo internacional en materia de derechos humanos es una cuestión reciente en el derecho internacional público, no debe pensarse que ha sido una preocupación extraña a esta rama del Derecho. No hay dudas que la preocupación sobre los derechos individuales ha estado presente en el derecho internacional desde sus orígenes. A continuación repasaré algunos hitos de esta relación entre el desarrollo del derecho internacional y los derechos individuales.

El derecho común o *ius commune* había sido parte de las bases del sistema político y jurídico de Europa occidental desde el s. XIII. En medio de un mundo que cambiaba sus fronteras y sus horizontes, surgió la necesidad de resolver aquellos problemas planteados con el conflicto de intereses entre sujetos que no se sienten regidos por un mismo Derecho. En ese contexto surgen las primeras nociones de lo que luego se conocerá como derecho internacional o derecho de gentes.³ Los temas son planteados respecto de las nuevas tierras descubiertas y se relacionan con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de estos territorios.

Más adelante, será Vattel (s. XVIII) quien marque el desarrollo del pen-

³ MARIÑO, 2005: 45-65.

samiento sobre el derecho internacional con consecuencias hasta el día de hoy: en el pensamiento de Vattel los Estados constituirían una *société de nations*, sometidas al derecho natural, pero a la vez, relacionados con las reglas practicadas y convenidas por los Estados de su tiempo.⁴ Es posible sostener que esta visión ecléctica del derecho internacional está en la base de la construcción del actual derecho internacional de los derechos humanos: donde concurren principios y prácticas soberanas.

A fines del período de la Ilustración se produce otro de los hitos en el desarrollo del pensamiento internacionalista, las ideas de KANT. Su tesis sobre un cosmopolitismo universal ha tenido gran influencia en el desarrollo de un derecho internacional vinculado con los derechos humanos. A diferencia de la tesis de HOBBS que ve al sistema internacional como una situación de estado de naturaleza regida por la fuerza, KANT plantea la relación internacional como una “sociedad de naciones” que podría alcanzar lo que denomina una “paz perpetua” y no sólo un estado de paz entreguerras. Su idea es una “sociedad de naciones”, esto es, una suerte de confederación de Estados libres que puede ser disuelta en cualquier momento.⁵ La aspiración final de esta “sociedad de naciones”, la cual sería la “paz perpetua”, sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional “fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse”.⁶ Los planteamientos de KANT están claramente expresados en el ideal contemporáneo de un “orden público internacional” basado en derechos humanos.

En síntesis, estos antecedentes permiten sostener que hay una relación entre el derecho internacional público y los derechos humanos desde los orígenes del pensamiento internacionalista. Las ideas centrales sobre la explicación del derecho internacional como un sistema en el que confluyen elementos positivos y principios éticos, así como la construcción de un orden internacional fundado en Estados respetuosos de los derechos individuales y vinculados por un orden internacional regido por el derecho, son precisamente las bases sobre las que descansa la construcción del sistema normativo internacional de derechos humanos.

3. JUSTIFICACIÓN POSITIVISTA DEL DIDH

Una justificación podría ser exclusivamente positivista: los derechos humanos obligan porque así lo establecen los catálogos suscritos por los Estados, o bien justificar su legitimidad no sólo en los tratados, sino en las prácticas de los Estados (una tesis voluntarista más amplia).

⁴ RUIZ MIGUEL, 2002: 259-261.

⁵ *Ibidem*, 263.

⁶ *Idem*.

Por ello me parece adecuado buscar la respuesta por el camino que nos sugiere RAWLS. Este autor sostiene que una forma de entender la justificación de los derechos en el ámbito interno es buscar en la **cultura política implícita** los elementos que permitan sustentar una determinada justificación política del acuerdo en base a derechos⁷. Si aplicamos la visión de RAWLS, deberemos determinar sobre qué base se ha construido el derecho internacional, pues este ha servido a su vez de fundamento para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

4. JUSTIFICACIÓN DEL DIDH EN BASE AL PRINCIPIO DEL AUTOGOBIERNO

En el campo del derecho internacional es evidente que toda la construcción del sistema normativo se ha erigido sobre el principio del autogobierno.⁸ El fundamento sobre el que se construyen las instituciones y relaciones internacionales es el respeto por el autogobierno.⁹ Los Estados construyen sus relaciones y han diseñado el sistema normativo internacional entendiendo que cada uno debe ser tratado de forma tal que se respete este principio.¹⁰ De esta base se derivan ciertos principios básicos: el respeto a los acuerdos internacionales (*pacta sunt servanda*), el respeto a la soberanía, y también el respeto a las diversas fuentes de los derechos humanos.¹¹

En efecto, en la medida que los Estados representen a sus ciudadanos en

⁷ Este es precisamente el objetivo de Rawls en su obra *Liberalismo político*, RAWLS, 1993.

⁸ MACEDO, 2004: 1721-1738.

⁹ En este sentido es interesante tener en consideración que la idea de autogobierno no debe ser entendida como parte de un esquema interno/externo, sino que el autogobierno “representa un estándar de legitimidad política en el marco de los derechos humanos (...) la autodeterminación sustantiva se compone de dos elementos (...) aspecto constitutivo, la autodeterminación requiere que el diseño institucional de las instituciones de gobierno refleje sustancialmente el resultado de procesos guiados por la voluntad del pueblo o pueblos gobernados. En segundo lugar, en lo que puede denominarse su aspecto continuado, la autodeterminación exige que el diseño de las instituciones políticas, independientemente de los procesos que llevan a su creación o transformación, permita a la gente vivir y desarrollarse libremente de forma permanente”, ANAYA, 2005: 151-152.

¹⁰ La tesis aceptada predominante en el derecho internacional público sostiene que la soberanía y la igualdad entre Estados representa la doctrina constitucional básica del derecho de las naciones, cuyo corolario será el dominio reservado de ciertos temas, expresado en el principio de no intervención. El límite de este dominio reservado, entre otros, dirá relación precisamente con temas de derechos humanos (arts. 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas), el que ha sido vinculado con amenazas a la paz y seguridad internacional, BROWNLIE, 1998: 293-299.

¹¹ Precisamente, estos elementos son los constitutivos de lo que se ha denominado los “principios fundamentales del orden jurídico internacional” expresados, entre otros, en la Carta de Naciones Unidas (arts. 1 y 2), la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (adoptada por consenso por la Asamblea General de

la esfera internacional, es necesario que se respete un mínimo de derechos en el ámbito interno. Esto permitiría que el autogobierno sea una expresión legítima de la voluntad de los individuos manifestada a través del Estado, esto es, que exista una voluntad que puede ser legítimamente representada en el concierto de naciones. Los derechos constituyen, entonces, ciertos requisitos mínimos que legitiman la voluntad soberana de los ciudadanos.

De esta forma, los derechos constituyen un mínimo que da legitimidad a la comunidad política, por tanto, sin estos derechos mínimos no hay una comunidad política legítima. Sin derechos no es posible hablar de un sistema democrático legítimo. Es necesario el cumplimiento de derechos de libertad, igualdad y participación si queremos hablar de una voluntad política legítima. Estos derechos en ningún caso suplen la voluntad política, sino que la legitiman, tanto procedimentalmente (cómo y quién toma las decisiones), como sustantivamente (ciertas cuestiones deben obtenerse a través del acuerdo colectivo y otras no pueden ser objeto de un acuerdo mayoritario, aunque sean útiles para fines colectivos).

Ahora desde una mirada de la actuación del Estado en el ámbito internacional, si los Estados reclaman el respeto por su autogobierno, necesariamente deben estar en condiciones de garantizar el respeto por ciertos derechos mínimos en el ámbito local, base de su legitimidad. De esta forma, la actuación soberana en el ámbito internacional es consecuencia de la legitimidad de la voluntad de la comunidad política generada internamente; no estamos ante dos procesos independientes, sino ante un mismo sistema de legitimidad basado en la formación de las decisiones colectivas en el ámbito interno. Es posible que en el ámbito interno pueda irse más allá en los derechos y sus garantías y esto se debe a que en ese ámbito es posible un acuerdo más profundo; pero en ningún caso podrá haber un acuerdo interno que sea más restrictivo que el mínimo consagrado internacionalmente.

Los sistemas internacionales de derechos humanos son un mecanismo para garantizar, precisamente, la legitimidad de la actuación del Estado. Los instrumentos internacionales que desarrollan los catálogos de derechos son, en consecuencia, la manifestación concreta del acuerdo sobre esos derechos mínimos que legitiman la actuación del Estado y que justifica el control internacional respecto de la forma en que el Estado trata a las personas sujetas a su jurisdicción. Por su parte, los mecanismos de control compuestos por órganos supranacionales y procedimientos de control y protección basan su legitimidad, precisamente, como la forma a través de la cual la comunidad internacional garantiza un legítimo autogobierno interno y de esta forma, una comunidad internacional base de una sociedad de naciones.

Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1970 - Resolución 2625 (XXV), en este sentido ver Marín, 2005: 77-79.

En este sentido se ha pronunciado, entre otros, FERRAJOLI, quien al efecto ha señalado: “es claro que la autonomía externa tiene como presupuesto la autodeterminación interna y, por tanto, la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad”.¹²

Se puede concluir, en consecuencia, que esta justificación de la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos basado en el principio del autogobierno no sólo es razonable a la luz de las ideas implícitas en la comunidad política internacional, sino que además está en concordancia con el fundamento del propio derecho internacional público. En efecto, tal como se ha señalado se ha dado una justificación dual del derecho internacional, esto es, su legitimidad está dada por la concurrencia armónica de decisiones soberanas positivas (tratados, costumbre) y el respeto por ciertos principios morales (autogobierno).

II. CONSECUENCIAS DE JUSTIFICAR EL DIDH A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL AUTOGOBIERNO

1. DISCUSIÓN SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DISEÑO INSTITUCIONAL

Esta justificación del DIDH a partir del principio del autogobierno permite resolver, a mi juicio, de una manera coherente la discusión acerca de la tensión que puede producirse entre los derechos humanos consagrados y garantizados internacionalmente y el sistema democrático basado en la premisa mayoritaria.

En este sentido, me parece que esta argumentación nos permite resolver adecuadamente las principales objeciones que surgen del debate sobre la legitimidad de un diseño institucional basado en derechos, en este caso, consagrados y garantizados internacionalmente. Sobre esta base creo que podemos afrontar una de las preguntas básicas del debate sobre derechos humanos: la legitimidad de un sistema de control jurisdiccional de los derechos humanos consagrados internacionalmente.

2. CRÍTICAS DE WALDRON

Como sabemos, una de las objeciones más fuertes a la idea de atrincherar derechos en la Constitución y, en particular a establecer un sistema de control contramayoritario es la que ha sostenido WALDRON. Este autor formula su crítica a la vinculación entre los derechos morales y los derechos constitucionales sobre la base de las siguientes premisas: *a)* tener un derecho moral a algo no implica que se deba tener un derecho legal a ello; *b)* los

¹² Ferrajoli, 2007: 78.

derechos atrincherados, al necesitar de reconocimiento constitucional, quedan expuestos a rigideces verbales; *c)* no es claro qué derechos deben ser atrincherados, siendo esta una cuestión altamente controvertida en sociedades plurales; y *d)* confiar el “coto vedado” a un tribunal no es aceptar como regla de discusión “la que deriva de la mejor teoría de la justicia, sino que aquella que establezca un tribunal”.¹³

La teoría de WALDRON está basada en la idea de desacuerdo, esto es, que en sociedades plurales es normal la existencia de discordia acerca de qué derechos tenemos y el alcance de los mismos. En ese sentido el derecho de participación es de carácter instrumental, pues nos permite resolver estos desacuerdos.¹⁴

Al abordar el tema de la concepción constitucional de la democracia,¹⁵ WALDRON parte de la idea del derecho de participación como un instrumento que resulta esencial para la resolución de los desacuerdos. Luego, distingue dos categorías de derechos presentes en una democracia: aquellos que son constitutivos del proceso democrático y aquellos necesarios para su legitimidad. Si bien acepta estas categorías, reitera que en cada caso será necesario determinar su alcance y contenido, lo que eventualmente puede producir un desacuerdo que requiera de una resolución. Este es el punto en que el autor critica una eventual resolución del desacuerdo por vía judicial. Sostiene que si la decisión queda entregada al poder judicial estaríamos subyugando el poder político al judicial, lo que constituye un problema en una democracia basada en la participación de los ciudadanos en la resolución de los desacuerdos que puedan legítimamente presentarse.¹⁶ Para WALDRON la vía judicial no mejora el proceso de deliberación y participación, sino al contrario. Entregando la decisión de los desacuerdos a los tribunales, una institución no electa y no responsable, algo se pierde desde el punto de vista democrático.¹⁷ En definitiva, si hay desacuerdos, hay un derecho a participar en su resolución.¹⁸

3. VISIÓN FUERTE DE LOS DERECHOS: DWORKIN

En este debate, una de las voces más autorizadas es la de DWORKIN, quien ha sido un fuerte defensor de un activo rol de los jueces en materia de interpretación de los principios constitucionales y, en particular, de

¹³ Waldron, 2004: 209-312. En particular este tema está tratado en los capítulos 10, 11 y 13 de esta obra. Un nuevo acercamiento al tema, aunque centrado en el tema del activismo judicial, lo encontramos en Waldron, 2006: 1346-1406.

¹⁴ *Ibidem*, 239.

¹⁵ *Ibidem*, cap. 13.

¹⁶ *Ibidem*, 283-285.

¹⁷ *Ibidem*, 293.

¹⁸ *Ibidem*, 296.

aquellos que consagran derechos morales. En primer lugar, DWORKIN pretende despejar una confusión sobre la actividad de interpretación de la Constitución. Para él la lectura moral de la Constitución (*moral reading of the Constitution*) propone que “todos los actores interpreten y apliquen las cláusulas abstractas en el entendido que están invocando principios morales sobre la decencia política y justicia”.¹⁹ Esta lectura moral implica poner la moralidad política al centro del derecho constitucional.

DWORKIN propone una visión sustantiva de los derechos y de la democracia. Su punto de partida en el análisis radica en un principio igualitario abstracto: “el gobierno tiene que mejorar la vida de los ciudadanos y tratar con igual consideración a los miembros de la comunidad”.²⁰ A su juicio, la interpretación preferida de la igualdad de consideración no sólo afectará al diseño de las instituciones fundamentales de gobierno, sino también a las decisiones concretas que tomen estas instituciones.

Su concepción dependiente de la democracia le permite a DWORKIN sostener la legitimidad del control jurisdiccional en la medida que los resultados que se obtengan sean compatibles con el trato de los individuos con igual consideración por parte de la autoridad.

Dentro de este diseño institucional, no se excluye la necesidad de tomar medidas contramayoritarias, en la medida de que se garantice el trato con igual consideración del ciudadano. A juicio de DWORKIN, no se afecta la libertad, porque el acuerdo constitucional en una perspectiva relacional debe incluir la opción de omitir el acuerdo; tampoco se afecta la igualdad, ya que ésta sólo estaría en referencia a la igualdad política, que no es el concepto integral de igualdad; tampoco las ideas comunitarias son un argumento fuerte, ya que la discusión que se genera en torno a la discusión judicial puede ser más fuerte y contribuir de mejor manera al “espíritu” de la comunidad que un acuerdo de mayorías.²¹

Por tanto, si se produce alguna regulación o se ejecuta una acción gubernamental que afecta el carácter democrático de la comunidad, el acuerdo constitucional puede legítimamente asignar la resolución de esa cuestión a un tribunal sin afectar la democracia. En dicho caso la intervención judicial no implica costos morales; al contrario, si la Corte no interviene, todos estaríamos en una situación peor desde una perspectiva democrática. Para DWORKIN es posible que se cometan errores en la decisión judicial, pero no es menos cierto que en las decisiones legislativas y administrativas se corre el mismo riesgo de error.²²

¹⁹ Dworkin, 1997: 2.

²⁰ Dworkin, 2003: 203.

²¹ Dworkin, 1997: 23-31.

²² *Ibidem*, 32-3.

4. RAWLS Y LA TESIS DUALISTA DE ACKERMAN

En cuanto al rol del poder judicial, RAWLS parte de la base de una estructura dualista, donde distingue el poder constituyente y el poder ordinario de los funcionarios. En dicha estructura, el poder supremo no lo puede ejercer uno solo de los poderes del Estado, sino que este “poder más alto y supremo lo ejercen las tres ramas, en una relación debidamente especificada de una con la otra, y cada una es responsable ante el pueblo”.²³ A partir de estos principios sostiene que la Suprema Corte encaja en la idea de una democracia constitucional dualista como “uno de los recursos institucionales para proteger a la ley más alta”.²⁴ Sobre el rol de la Corte y la objeción contramayoritaria, RAWLS señala que la “Suprema Corte no es antimayoritaria respecto de la ley más alta cuando sus decisiones concuerdan razonablemente con la Constitución misma, con las enmiendas que se le hayan hecho y con las interpretaciones de ella que se hayan ordenado políticamente”.²⁵

5. LA JUSTIFICACIÓN SOBRE LA BASE DEL PRINCIPIO DEL AUTOGOBIERNO

Volvamos a la idea básica de justificación del DIDH. He señalado que los derechos humanos consagrados nacional e internacionalmente están fundados en la idea de autogobierno. Si se acepta que los derechos fundamentales están basados en este principio, también debe aceptarse que no puede haber una contradicción entre estos derechos y la democracia. En efecto, el autogobierno, expresado a través del sistema democrático que usa como instrumento para la toma de decisiones colectiva la regla de mayorías, sólo se configura legítimamente cuando se respetan los derechos fundamentales que son precondiciones para constituir dicha voluntad colectiva. Por tanto, la democracia requiere del pleno respeto y garantía de estos derechos para ser un sistema legítimo de toma de decisiones colectivas.

En la medida que el autogobierno sea el punto de acuerdo que da legitimidad a los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede haber contradicción con el sistema democrático o déficit democrático, ya que autogobierno y democracia se justifican en niveles diferentes. La democracia —implementada a través de la regla de mayorías— estará legitimada en la medida que cumpla con estos derechos mínimos que permiten el autogobierno.²⁶

²³ Rawls, 1993: 220-221. En este sentido Rawls sigue la tesis de Ackerman sobre la democracia dualista, para una versión en español ver Ackerman, 1988: 217-262 (ver *inra* nota 30).

²⁴ *Ibidem*, 222.

²⁵ *Idem*, 222.

²⁶ Hay una crítica sobre “la paradoja del presupuesto” que señala que a mayor acuerdo

De esta forma, la crítica de WALDRON es equivocada ya que no puede haber tensión entre los derechos fundamentales y la democracia, ya que este sistema de gobierno supone los derechos fundamentales. En este sentido, el acuerdo sobre derechos humanos está en un plano más profundo que el de democracia, su justificación es en el autogobierno y no en las formas de ejercicio de este principio (sistema democrático).

Para WALDRON toda regla de decisión colectiva última tiene que ser estrictamente procedimental, de forma tal que estamos eligiendo entre dos reglas de decisión colectiva, ambas falibles. Desde este punto de vista, para WALDRON sólo la regla de mayorías reconoce la igualdad de los individuos. El punto relevante, a mi juicio, es que esta regla de mayorías no se legitima en sí misma, sino que tiene justificación como instrumento para la toma de decisiones, en la medida que se exprese dentro de un sistema normativo donde han sido respetados ciertos derechos mínimos, que son precisamente aquellos consagrados como derechos humanos internacionalmente. Por ello, la idea de WALDRON de que el derecho de participación es el “derecho de los derechos” es errada, ya que no es posible pensar en la participación legítima en la medida que no hayan sido respetados un conjunto de condiciones que sirven de prerrequisito para que dicha regla funcione. No es razonable pensar en un sistema como el que propone WALDRON donde los mismos sujetos que van a ser limitados por los derechos humanos (la mayoría) determine el alcance y fije las reglas mínimas sobre las cuales ese acuerdo será legítimo. La clave para establecer este límite a la mayoría es precisamente sacar la decisión final, en caso de desacuerdo, de su ámbito de competencia; si no, no hay límite real.

A mayor abundamiento, parece extraña la propuesta de WALDRON de dejar entregada al parlamento la totalidad de la voluntad soberana cuando es evidente la dificultad que tiene un sistema de elección entre alternativas múltiples de dar garantías de efectividad respecto a la representatividad (crítica desde la Teoría de la Elección Social).²⁷ De esta forma, no sería co-

en los presupuestos de la democracia como derechos fundamentales, son menos los asuntos relevantes que quedan para la discusión pública. Esta es una crítica interesante, pero me parece errada a la luz de la situación actual de los derechos humanos. Esta crítica sólo sería justificada frente a una inflación de derechos, pero esto no corresponde a la realidad. Por tanto, desde la praxis no es una crítica acertada. Desde la teoría tampoco lo es, ya que se pone en el caso de un exceso, esto es, desde un absurdo y esto desvirtúa la discusión. Los derechos humanos son derechos mínimos que permiten el autogobierno e incluso respecto de estos derechos queda abierto un amplio espacio a la discusión, en particular a la forma en que pueden ser efectivamente garantizados por el Estado.

²⁷ Una crítica central a la concepción democrática basada en la regla de mayorías está basada en los estudios que señalan que no es posible determinar con exactitud qué quiere la mayoría y por tanto, el proceso está basado en decisiones erradas de lo que es la regla de mayorías como forma de toma de decisiones colectivas. Un importante crítico en esta materia es Riker para quien ningún método de votación puede conciliar los juicios individuales y la im-

recto sostener que la regla de mayoría posea el valor intrínseco tal como sostiene WALDRON.²⁸

La consecuencia me parece evidente, el poder legislativo, expresión del derecho de participación, gobierna legítimamente sólo en la medida que se le reconozca a la ciudadanía sus derechos fundamentales. La base del poder del legislador está sujeta a ciertas condiciones de legitimidad en cuanto al proceso a través del cual se constituye, su funcionamiento, su representatividad, los procedimientos que sigue, entre otros elementos. Las bases de la decisión política presuponen el respeto de derechos fundamentales, no sólo derechos que permitan la conformación del poder político (libertad de expresión, derechos de reunión, derechos de asociación, derecho a voto), sino que también cuestiones de representatividad sin discriminación, ciertas condiciones mínimas de igualdad vinculadas con condiciones de vida y educación, procedimientos respetuosos de las minorías, entre otros. Todo ello es expresión de un sistema de derechos de diversa fuente cultural (libertad, igualdad y participación) que permiten la construcción de una decisión colectiva sobre aquellas cuestiones relevantes en un sistema social de cooperación mutua.

De esta forma, la democracia no sólo se fortalece, sino que existe en la medida que la voluntad colectiva que de ella surge ha respetado ciertos derechos mínimos que permiten que las decisiones sean efectivamente decisiones de todos los sujetos de una cierta comunidad, no sólo los ciudadanos con derechos políticos, sino que todos los que serán sometidos a dichas decisiones. Una democracia sin derechos es impensable ya que en ésta no habría una voluntad legítima. Por ello es relevante que los derechos sean un requisito de la democracia, entendida como una forma de convivencia que sobre la base de derechos mínimos permite la toma de decisiones colectivas, sea decisiones de estructura y organización del poder o la implementación de estas decisiones por el legislador o la judicatura.

Esto lleva a la crítica que se formula en el modelo de WALDRON a los jueces. Me parece necesario tener en consideración que en un diseño institucional que reconozca el principio del autogobierno no hay razones para excluir a los jueces de la protección de los derechos que le sirven de condición mínima de legitimidad al sistema de gobierno democrático. La labor jurisdiccional tiene una responsabilidad central, al igual que los otros

parcialidad, porque todo método de votación viola algún canon de imparcialidad o de razonabilidad. Sostiene este autor que todos los sistemas son, en algún modo, moralmente imperfectos y la elección social muchas veces es un artificio de métodos moralmente imperfectos más que una expresión de lo que la gente desea. Las votaciones no siempre reflejan una jerarquía de preferencias ya que ningún método logra satisfacer todos los elementos de la elección lógica (Riker, 2003: 161-194).

Sobre los problemas de las decisiones colectivas, ver Buchanan y Tullock, 2003: 195-215.

²⁸ Ver en este sentido, Bayón, 2001: 85-86.

poderes del Estado. El parlamento no está ni mejor, ni peor posicionado para esta misión de respeto y garantía de los derechos fundamentales. Si en una sociedad hay desacuerdo sobre los derechos y su alcance, como señala WALDRON, será deber de cada órgano contribuir a su esclarecimiento. Ahora, los riesgos de dejar entregado en algunos casos la palabra final a los jueces sobre los derechos —que es una cuestión real— es una materia que debe ser abordada dentro del propio diseño institucional; pero no pueden ser usados dichos riesgos para excluir la labor jurisdiccional de principio.

La respuesta de DWORKIN ante este tema tampoco me parece correcta en su formulación. Me parece que la solución que da DWORKIN supone una cierta visión comprehensiva de los sujetos,²⁹ lo que limita su alcance. El principio de dignidad y las consecuencias que de él se desprenden supone una cierta visión moral de los sujetos que no explica adecuadamente al derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, suponer una cierta “dignidad” de los seres humanos genera complicaciones porque el contenido de dicha calidad de sujeto digno sólo es posible explicarla en la medida que se converja en una visión común de qué son los seres humanos y esto no sirve como base común en el sistema internacional donde convergen diferentes visiones del ser humano. De ahí que el acuerdo moral sobre una cierta visión del ser humano pueda justificar ciertos acuerdos (en particular los sistemas constitucionales e incluso en alguna medida los regionales de derechos humanos) pero no puede servir de base común para justificarlos respecto de todos los Estados que concurren en la comunidad internacional.

Finalmente, en cuanto a la tesis de RAWLS, basada en la idea dualista de ACKERMAN, me parece que la idea de justificación en el autogobierno aclara una cuestión que puede presentar dudas: cuál es el límite que tiene el momento constitucional.³⁰ Me parece que la legitimidad del momento consti-

²⁹ Este aspecto de la tesis de Dworkin me parece especialmente claro en una de sus últimas publicaciones *Is Democracy Possible Here?*, particularmente en el Capítulo 1 “Common Ground” y 2 “Terrorism and Human Rights”, donde funda la base de los derechos humanos en la dignidad de la persona y en los principios que pueden extraerse de esta posición, ver Dworkin, 2006: 1-51.

³⁰ Bruce Ackerman sostiene una tesis dualista que pretende superar las posiciones monista y fundacionalistas expuestas previamente. Para ello distingue dos momentos en la vida de una sociedad: política normal y política constitucional. En momentos de política normal la legislación debe ser guiada por las mayorías, bajo la limitación de estar sometida al control judicial; en los tiempos de política constitucional, momentos especialmente críticos para una sociedad, es posible pensar en que las divisiones sectoriales cesan y se abre espacio a una legislación consensuada en vistas al bien común. Rawls acepta esta distinción y agrega la idea a sus “principios del constitucionalismo”; la distinción poder constituyente-poder constituido le permite a Rawls sostener que el poder constituyente posee la más alta autoridad de la voluntad de “Nosotros el pueblo” y como tal “obliga y guía” al poder ordinario, de rango legal (Una

tucional no viene dado sólo por las cuestiones procedimentales que caracterizan esta toma de decisiones por parte del poder constituyente, sino que también por cuestiones sustantivas. Dicho “momento” también tiene límites y estos son los establecidos en sede internacional. La comunidad política no puede tomar cualquier decisión, aún en un “momento constitucional”, sino que su decisión estará validada por el respeto de los derechos humanos, consagrados internacionalmente como un mínimo exigible para dar legitimidad a la decisión política colectiva. Esta es la única forma de que la comunidad pueda protegerse frente a decisiones colectivas basadas en intereses indisponibles por una sociedad política ya que afectan los derechos que fundan el sistema democrático.

* * *

En síntesis, con base en estos argumentos me parece posible sostener que un diseño que sea respetuoso del rol que juegan los derechos fundamentales, en tanto precondiciones del autogobierno, justifica su consagración con un cierto nivel especial de protección, tanto normativa como jurisdiccional. De ahí que sea justificado en un sistema democrático recurrir a ciertos derechos mínimos que han sido consagrados internacionalmente como expresión del valor del autogobierno y un diseño institucional que los garantice a través del poder político como judicial (nacional y/o internacional).

III. LA RESPUESTA AL DEBATE INTERNO: UN ESBOZO SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA PRAXIS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

1. AUTOGOBIERNO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Habiendo determinado la legitimidad de un diseño institucional basado en derechos y que además contemple un mecanismo de protección de los derechos (lo que incluye un cierto grado de determinación del contenido y alcance de los mismos), me parece que es necesario determinar, al menos en su esqueleto básico, los fundamentos de la legitimidad de la actuación de los órganos de control dentro de dicho diseño institucional.

En términos generales, sostengo la legitimidad de una concepción robusta de derechos humanos, que comprende un activo rol de control político y jurisdiccional tanto nacional como internacional.

primera aproximación al tema en Bruce Ackerman, “Constitutional Politics/Constitutional Law”, en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989), y luego en *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991. Para una crítica a esta teoría, ver Carlos S. Nino, *Democracia Deliberativa*, Gedisa, España, 1996, cap. IV).

Si el derecho internacional de los derechos humanos tiene como objetivo establecer y garantizar ciertos mínimos que legitimen la actividad de los Estados, es evidente que el objetivo del sistema internacional de derechos humanos será impactar en el ámbito interno, de forma tal que las decisiones colectivas que se tomen en materias propias de los derechos humanos cumplan con ciertos mínimos que legitimen la actividad del Estado. Por tanto, los derechos humanos consagrados y garantizados internacionalmente no sólo implican una obligación internacional y por tanto, debe evitarse hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional; sino que determinan la legitimidad de las actuaciones del poder estatal en la medida que haya una efectiva vigencia de dichos derechos, esto es, que éstos sean efectivamente gozados y ejercidos por la población.

2. CUESTIONES SOBRE LA LEGITIMIDAD DENTRO DEL DISEÑO INSTITUCIONAL

Los diseños institucionales adoptados por las Constituciones nacionales de la gran mayoría de países y en el ámbito internacional tienen elementos comunes: consagran un sistema de catálogos de derechos humanos y establecen mecanismos de control jurisdiccional contramayoritarios. Por tanto, el diseño institucional ha tomado por opción un sistema de derechos con garantía constitucional y, además, opta por un sistema de control de las decisiones de las mayorías a través de mecanismos jurisdiccionales.

Desde esta perspectiva, es importante distinguir adecuadamente cuáles son las críticas que se dirigen al diseño y cuáles son dirigidas a la praxis dentro del diseño. Muchas de las críticas que se formulan a la praxis no son sino una manifestación de críticas al diseño, lo que no es apropiado, o al menos no parece honesto.

Me parece que son dos los elementos que definirán la legitimidad del órgano de control: la actuación dentro de su competencia y la compatibilidad con los procedimientos creados al efecto. En concreto, la práctica institucional será legítima en la medida que el órgano de control haya interpretado los derechos dentro de ciertos márgenes de razonabilidad que pueden ser aceptados como una interpretación de buena fe de su competencia y que, para dicho fin, haya actuado dentro de los procedimientos concordados. En el ámbito internacional, además debemos prestar atención a la respuesta de los Estados frente a las actuaciones de los órganos de control.

Sobre la cuestión de la *razonabilidad*, la praxis debe basarse en un sistema normativo coherente y eficaz. Un sistema con estas características debiera ser aceptado por quienes concurrieron al acuerdo constitucional original (poder constituyente) como una interpretación de buena fe del mandato dado al órgano jurisdiccional de garantizar el pleno goce y ejerci-

cio de los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a la jurisdicción de los Estados parte de dicho sistema normativo universal o regional.

En cuanto a los *procedimientos* la actividad de control debe desarrollarse a través de procedimientos expresamente definidos, lo que permite a los órganos con jurisdicción constitucional pronunciarse sobre el contenido y alcance de estos derechos, y servir de límite a las actuaciones de los órganos que expresan la opinión y deseos de las mayorías.

Finalmente, en cuanto a la actuación de los Estados frente al control internacional el análisis es mixto. Por una parte, se observa el enorme impacto del derecho internacional en el ámbito interno (normativo, jurisprudencial, aplicación directa, entre otras manifestaciones) y por otra parte, existe aún una fuerte resistencia a un control efectivo. Esta es una cuestión principalmente ligada a la evolución y a su estatus actual, no es propia de la justificación, aunque sí incide fuertemente en la discusión sobre la validez.

3. UN CRITERIO BÁSICO DE CORRECCIÓN: EFECTIVA RESPUESTA ANTE LA REALIDAD

Para concluir, se debe tener en claro que no cualquier diseño institucional es igualmente valioso. En este sentido, un elemento clave de corrección será que el diseño institucional y su praxis sean capaces de dar una adecuada respuesta ante la realidad de las violaciones de derechos humanos.

De acuerdo con BAYON los derechos fundamentales presentan dos características: son un límite a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio y son límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones de la mayoría. Para este autor lo central es dar argumentos que justifiquen “el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del ‘coto vedado’ y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política”.³¹

Bueno, este paso debe estar marcado por la realidad a la que debe hacer frente la implementación de dicho diseño y cómo esta práctica responde a las ideas compartidas en un sistema normativo.

Sin duda, no puede pensarse en un diseño institucional que no contemple la realidad a la que debe enfrentarse. La idea de diseñar instituciones a partir de un cierto acuerdo constitucional tiene como objetivo dar respuestas efectivas ante la realidad social, económica y política; en definitiva, dar forma a una cierta estructura básica de la sociedad que cumpla con los objetivos propios de un acuerdo de cooperación mutua fundado en derechos.

³¹ Bayón, 2000: 65-6.

El diseño institucional y la forma en que las instituciones lo implementan deben responder a ciertos acuerdos mínimos implícitos en la cultura política de la sociedad que pretende regir. Ahora, si se suma la experiencia histórica relativa a un diseño constitucional robusto, la experiencia histórica de violaciones de derechos humanos, de sistemas políticos poco representativos y de urgentes necesidades en el campo de los derechos humanos, no parece extraño que inserto en un movimiento internacional de protección de los derechos se haya optado por un diseño institucional que es visto como la mejor garantía de los derechos individuales en contextos de sociedades con graves problemas de violaciones de derechos humanos.

En síntesis, recurrir a una concepción robusta de los derechos fundamentales no es otra cosa que la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales a partir de las posibilidades que da el propio sistema. Lo que hace el control internacional es intentar respuestas efectivas ante la realidad, sin apartarse de los mandatos normativos a los que los propios Estados han concurrido.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. "Constitutional Politics/Constitutional Law", en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989).
- , *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. I, 1991.
- ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2004.
- BAYON, J. C., "Derechos, Democracia y Constitución", en discusiones, Año I, N° 1, 2000.
- BOBBIO, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en su *El tiempo de los derechos* (traducción de Rafael de Asís Roig), Madrid, sistema, 1991.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Clarendon Press, Oxford, (1966), 1998.
- BUCHANAN, J. y TULLOCK, G. "The calculus of consent", en CHRISTIANO, T. (ed.), *Philosophy and Democracy An Anthology*, Oxford University Press, 2003.
- DWORKIN, R. "Introduction", en DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977.
- , *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, 2003.
- , *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, 2006.
- FERRAJOLI, L. "Sobre los Derechos Fundamentales", en *Teorías del Neoconstitucionalismo*, CARBONELL, M. (ed.), Trotta, Madrid-España, 2007.
- MACEDO, S. "What Self-governing peoples owe to one another. Universalism, diversity and The Law of Peoples", en *Fortham Law Review*, N° 72, 2004.
- MARIÑO, F., *Derecho Internacional Público. Parte General*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2005.
- NINO, C. S., *Democracia Deliberativa*, Gedisa, España, 1996.

- RAWLS, J., *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, (1993), 2003.
- , *El Derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*, Paidós, Barcelona, España, (1999), 2001.
- RIKER, W., “Social Choice Theory and Constitutional Democracy”, en CHRISTIANO, T. (ed.), *Philosophy and Democracy An Anthology*, Oxford University Press, 2003.
- RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.
- WALDRON, J., *Law and disagreement*. Oxford University Press, (1999), 2004.

CAPÍTULO II

**LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO**

El propósito de este trabajo es entregar un cuadro general sobre el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Si bien el sistema normativo relativo a la protección internacional de los derechos humanos es de reciente data, ha tenido un vertiginoso desarrollo que hace necesaria su sistematización a objeto de ir formulando una teoría sobre el derecho internacional de los derechos humanos que permita su estudio en profundidad. Este documento presente ser un aporte en la clarificación sobre los principales aspectos de lo que hoy se conoce como derecho internacional de los derechos humanos en un sentido amplio, abarcando materias relativas a la responsabilidad del Estado e individual en este campo.

Además, el estudio del sistema internacional de derechos humanos requiere de un esfuerzo clarificador toda vez que su impacto en el ámbito nacional es cada vez mayor. Es una cuestión comúnmente aceptada que los derechos humanos cumplen un rol de validación de la actividad estatal. Lo interesante del proceso iniciado a mediados del siglo XX es que la fuente de estos derechos se ha ido complejizando y ya no se limita al ámbito interno, sino que también comprende el internacional. De ahí que cada vez se hace más necesario estudiar adecuadamente el alcance de la vertiente internacional de esta protección, única forma de dimensionar el impacto que el desarrollo de esta protección tiene en el campo nacional. En esta línea, el apartado final de este estudio se centra, precisamente, en el impacto del sistema internacional en el ámbito nacional, poniendo énfasis en los alcances de este proceso en nuestra región.

El estudio estará dividido en cuatro partes: la primera (I), relativa a la relación entre el derecho internacional público y los derechos humanos. La segunda (II), el núcleo del trabajo, estará dedicada a explicar las normas comunes y los mecanismos relativos a la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos. La tercera parte (III) analiza algunos aspectos generales relativos a la responsabilidad individual por violaciones de derechos humanos. El apartado final (IV), consistirá en una reflexión sobre el impacto del sistema internacional de derechos humanos en el ámbito nacional y sus proyecciones en latinoamérica.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. ANTECEDENTES REMOTOS

Si bien el desarrollo de un sistema normativo internacional en materia de derechos humanos es una cuestión reciente en el derecho internacional público, no debe pensarse que esta ha sido una preocupación extraña a esta rama del Derecho. No hay dudas que la preocupación sobre los derechos individuales ha estado presente en el derecho internacional desde sus orígenes. A continuación repasaré algunos hitos de esta relación entre el desarrollo del derecho internacional y los derechos individuales.

El derecho común o *ius commune* había sido parte de las bases del sistema político y jurídico de Europa occidental desde el siglo XIII. A partir del siglo XVI, con la nueva realidad política en el continente europeo, caracterizada por el surgimiento de los Estados nacionales que amenazan a la unidad política imperial; la crisis religiosa que ataca directamente a la unidad espiritual sustentada sobre la base de la autoridad de la Iglesia católica; y la crítica del humanismo jurídico a la bases del derecho común, se configura una idea de cambio en los fundamentos que habían sustentado el pensamiento europeo durante los últimos siglos.

En medio de un mundo que cambia sus fronteras y sus horizontes, surge la necesidad de resolver aquellos problemas planteados con el conflicto de intereses entre sujetos que no se sienten regidos por un mismo Derecho. Hasta ese momento, en Europa occidental, había un Derecho que era aceptado por todos y en torno al cual se buscaban las respuestas (derecho común). En la época de los descubrimientos, esa certeza construida sobre la base de un derecho universal deja de estar presente.¹ Por tanto, se pone en duda al Derecho común como una fuente legítima de donde obtener las respuestas que permitan resolver conflictos de la época. Por otra parte, en Europa, se producen cuestionamientos, ya no sobre la validez universal del derecho común, sino sobre la justicia de sus soluciones.²

En este contexto surge una nueva corriente de pensamiento jurídico que renueva las bases doctrinarias y filosóficas del derecho: la escuela del iusnaturalismo católico.

La escuela clásica del iusnaturalismo católico, también conocida como la "segunda escolástica",³ se desarrolla en España, particularmente en la Universidad de Salamanca. Es una corriente de pensamiento básicamente teológica, aunque participa activamente en los nuevos temas propios de la

¹ GARCÍA-GALLO, 1982: 156-158.

² *Ibidem*, 159.

³ BELLOMO, 1996: 244.

apertura del mundo de aquella época (s. XVI), que sustenta su búsqueda en la naturaleza. Para esta corriente el derecho terrenal tiene inspiración divina, pero debemos captar e interpretar sus señales en la naturaleza⁴ y el medio para captar esas premisas universales es la razón común.⁵

La escuela clásica del iusnaturalismo católico delimita el campo que abarca el Derecho Natural separado del Derecho de Gentes. Al Derecho Natural pertenecen los principios más evidentes (aquellos que no necesitan demostración alguna), así como también algunas conclusiones que se derivan con absoluta necesidad (“conclusiones necesarias”); al *derecho de gentes* pertenecen las “conclusiones que se derivan de esos principios sin absoluta necesidad, las conclusiones que no son estrictamente necesarias o cuya necesidad no es conocida con evidencia”.⁶ De esta forma, la delimitación del Derecho Natural se obtiene a través de un proceso de derivación lógica, tesis que se diferencia de los postulados de Santo Tomás de Aquino.

En ese contexto surgen las primeras nociones de lo que luego se conocerá como *derecho internacional o derecho de gentes*.⁷ La necesidad de la época es resolver los conflictos presentados por aquellos que están fuera del alcance de influencia del derecho común. Los temas son planteados respecto de las nuevas tierras descubiertas y se relacionan con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de estos territorios.

Más adelante, en el pensamiento iusnaturalista racionalista se produce la distinción entre Derecho y Moral (s. XVII-XVIII). Dentro de estas categorías el derecho internacional queda catalogado dentro de las normas morales y, por tanto, sin eficacia práctica. Autores como Pufendorf, Tomasio y Wolf ponen al derecho internacional entre las normas morales, sin fuerza vinculante para los Estados. Una excepción a estos planteamientos es el pensamiento de Gentile y Grocio. Ambos sostienen una tesis ecléctica. GENTILE establece criterios que combinan reglas jurídicas entre Estados constituidas por costumbres y reglas.⁸ GROCIO también sostiene una unión ecléctica, donde concurren elementos jurídicos y morales (*De iure belli ac pacis*), sin mayores distinciones al momento de analizar diversas instituciones del derecho internacional.⁹ Pero la tendencia en el modelo iusracionalista fue la distinción estricta entre derecho y moral.

VATTEL (s. XVIII) marca el desarrollo del pensamiento sobre el derecho internacional con consecuencias hasta el día de hoy en el debate sobre la justificación de la obligatoriedad de éste. Su tesis puede ser calificada como ecléctica en cuanto sostiene que los derechos positivos, originados en la

⁴ *Ibidem*, 245.

⁵ VILLEY, 1975: 362.

⁶ *Ibidem*, 104.

⁷ MARIÑO, 2005: 45-65.

⁸ RUIZ MIGUEL, 2002: 253

⁹ *Ibidem*, 253-255.

soberanía de los Estados, estaban sometidos a reglas que aplican las normas del Derecho Natural fundada en la “justa razón”. En el pensamiento de VATTTEL los Estados constituirían una *société de nations*, sometidas al derecho natural, pero a la vez, relacionados con las reglas practicadas y convenidas por los Estados de su tiempo.¹⁰ Es posible sostener que esta visión ecléctica del derecho internacional está en la base de la construcción del actual derecho internacional de los derechos humanos.

A fines del período de la Ilustración se produce otro de los hitos en el desarrollo del pensamiento internacionalista, las ideas de KANT. Su tesis sobre un cosmopolitismo universal ha tenido gran influencia en el desarrollo de un derecho internacional vinculado con los derechos humanos. A diferencia de la tesis de HOBBS que ve al sistema internacional como una situación de estado de naturaleza regida por la fuerza, KANT plantea la relación internacional como una “sociedad de naciones” que podría alcanzar lo que denomina una “paz perpetua” y no sólo un estado de paz entreguerras.

Para KANT la forma de superar el estado de guerra en que se encuentran las naciones no es aspirar hacia un Estado único o un Estado mundial centralizado que constituya una *asociación* universal de *Estados*, análoga a la asociación de individuos que constituyen un Estado.¹¹ Su idea es una “sociedad de naciones”, esto es, una suerte de Confederación de Estados libres que puede ser disuelta en cualquier momento.¹² La aspiración final de esta “sociedad de naciones”, la cual sería la “paz perpetua”, sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional “fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse”.¹³ Un elemento del pensamiento kantiano que tiene influencia en el desarrollo del derecho internacional, es su tesis de que este proceso sólo sería posible entre Estados “republicanos”, entendiendo por tales, aquellos que poseen una forma de gobierno no despótica, esto es, que garantizara derechos individuales a la libertad (sin que fuese necesario estar ante un gobierno de tipo representativo).

Los planteamientos de KANT están claramente expresados en el ideal contemporáneo de un “orden público internacional” basado en derechos humanos. La idea de un orden internacional fundado en la soberanía de los Estados que confluyen en una organización supranacional (actual Organización de Naciones Unidas), regida por el derecho internacional público y con base en Estados legitimados por el respeto de los derechos individuales, respetando diversas formas de gobierno, ha sido la base del esfuerzo de

¹⁰ *Ibidem*, 259-261.

¹¹ *Ibidem*, 262.

¹² *Ibidem*, 263.

¹³ *Idem*, 263.

construcción por parte de la comunidad internacional que ha servido de sustento para desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, estos antecedentes permiten sostener que hay una relación entre el derecho internacional público y los derechos individuales desde los orígenes del pensamiento internacionalista. Las ideas centrales sobre la explicación del derecho internacional como un sistema en el que confluyen elementos positivos y principios éticos, así como la construcción de un orden internacional fundado en Estados respetuosos de los derechos individuales y vinculados por un orden internacional regido por el derecho, son precisamente las bases sobre las que descansa la construcción del sistema normativo internacional de derechos humanos.

2. LA HISTORIA RECIENTE DE LA CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La configuración del derecho internacional de los derechos humanos es una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional, como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX. De ahí que sea necesario situar adecuadamente el contexto a partir del cual comienza a desarrollarse el sistema internacional y, en particular, el proceso de codificación internacional de los derechos humanos.

2.1. *El fracaso de los mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos individuales*

El desarrollo de un constitucionalismo fuerte en Europa¹⁴ y desde ahí exportado al mundo tiene su origen en el reconocimiento del fracaso de los sistemas de protección de los individuos en el ámbito interno. El constitucionalismo europeo de la posguerra reconoce que el sistema constitucional desarrollado desde el siglo XVII en adelante, sobre la base de la soberanía estatal sin frenos adecuados, no pudo impedir la tragedia de la segunda Guerra y, en particular, los hechos que la desencadenaron. Los sistemas nacionales no fueron capaces de limitar la actividad del Estado y por tanto, permitieron violaciones masivas de los derechos individuales. Sobre esta premisa se desarrolló una nueva y revitalizada visión de los límites institucionales al poder estatal.

Frente a este análisis de la realidad se desarrollan dos procesos: por una parte, el fortalecimiento de los derechos en el ámbito interno, para lo cual se construye un constitucionalismo fuerte en materia de derechos y un desarrollo conceptual y jurisprudencial en materia de derechos fundamen-

¹⁴ Sobre los alcances de este proceso ver CARBONELL, 2003.

tales.¹⁵ Por la otra, el desarrollo de un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Este último proceso será el objeto de nuestra atención a continuación.

*2.2. El gran cambio para el derecho internacional:
la experiencia de las guerras mundiales*

Desde sus orígenes el derecho internacional había desarrollado ciertos medios de protección de los individuos. Estos medios de protección tradicionalmente decían relación con la intervención del Estado en la protección de los ciudadanos. Los principales ejemplos vigentes en esa época son: protección diplomática, que en palabras de Buergenthal fue “un primer signo de la intervención de terceros Estados en la relaciones entre un gobernante y sus gobernados (...) que constituía una extensión de la soberanía nacional”; la abolición de la esclavitud que se enmarca entre los “esfuerzos destinados a resolver un problema de derechos humanos, es decir, de derechos pertenecientes a todos los individuos por el solo hecho de existir”; la protección de minorías cuyo “objetivo (...) fue el de asegurar para estas minorías un trato justo e igualitario y el respeto de su lengua, religión y costumbres”; y la intervención humanitaria, entendiéndose por tal la “intervención armada en el territorio de un Estado con el fin de proteger la vida de extranjeros o nacionales que habitan ese territorio”.¹⁶

Un primer paso en el sistema internacional para mejorar la protección internacional se produce una vez terminada la Primera Guerra Mundial. Fundamentalmente, se promueve una actividad importante en el ámbito internacional para hacerse cargo de al menos las siguientes cuestiones: desarrollar un sistema de protección de minorías; desarrollar un sistema internacional de protección trabajadores (destaca en este campo la creación de la Organización Internacional del Trabajo); y profundizar el sistema internacional de protección de las personas refugiadas.¹⁷

Frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, surgió la necesidad de establecer un *orden público internacional* por encima de los Estados que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro: se crearon organizaciones internacionales en el plano político (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa); en lo económico se diseñó un sistema internacional (Fondo Monetario internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), en lo militar surgieron pactos internacionales (OTAN, Pacto de Varsovia); en el campo del derecho humanitario se desarrollaron nuevos

¹⁵ FAVOREU, 1998; PECES-BARBA, 1999; ALEXY, 2002.

¹⁶ Un interesante estudio a estos acercamientos de la protección internacional, en BUERGENTHAL, 1998: 31-47.

¹⁷ BUERGENTHAL, 1990: 12-14.

instrumentos internacionales (Convenciones de Ginebra de 1949) y en materia de refugiados se comenzó a desarrollar instituciones y documentos internacionales (Alto Comisionado para los Refugiados y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

El *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* propiamente tal comenzó a desarrollarse como parte de este esfuerzo por establecer un nuevo orden internacional. La comunidad internacional asumió la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes; parecía claro que no era posible dejar entregado a la “soberanía” de cada Estado el destino de los individuos.

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos. La idea detrás de este proyecto fue evitar las situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos de que había sido testigo la humanidad durante la Guerra, a través de un sistema que denunciara estos hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, impidiendo que éstas se transformaran en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, esto es, un énfasis fundamentalmente preventivo.¹⁸

Este propósito general de construir un sistema de control internacional de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos se refleja en forma muy clara en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 señala:

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Para entender este desarrollo no se puede dejar de considerar que todo este proceso está marcado por el contexto político del mundo de la posguerra. La Guerra Fría y su consecuente división del mundo en bloques antagónicos impidieron un desarrollo fluido de la idea del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la situación política mundial estaba marcada por la división bipolar, y también por un mundo desigual en que había países desarrollados, como Estados Unidos; países que querían volver al desarrollo pleno después de la devastación provocada por la guerra, como muchos países europeos; países que vivían en el subdesarrollo, como los países latinoamericanos; y países que lentamente empezaban su vida independiente, como las ex colonias africanas. Estos hechos políticos impi-

¹⁸ MEDINA y NASH, 2003: 18.

dieron por muchos años lograr los propósitos plasmados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁹

Sin embargo, el surgimiento de un movimiento internacional en pro de los derechos humanos y la presión ejercida por la ciudadanía permitieron dar pasos importantes, tanto a nivel universal como regional, que reseñaremos en este estudio.

3. PROPÓSITOS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El principio básico que ha inspirado el sistema de codificación del DIDH desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos es la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino internacional.

Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos han seguido dos vías: la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual. El primero de estos caminos ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos y el segundo, el derecho penal internacional.

Estos dos sistemas normativos de derechos humanos tienen ciertos elementos comunes en cuanto a sus propósitos. El principal punto en común es que los dos sistemas tienen como objetivo final dar **efectividad** a la protección de los derechos humanos. En efecto, cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control aplicables frente a la responsabilidad internacional del Estado se han estructurado dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema. Por su parte, el sistema de responsabilidad individual se ha configurado —en buena parte— como una forma de responder frente a graves ilícitos que afectan a la humanidad en su conjunto, respecto de ciertos derechos humanos protegidos por el sistema internacional, utilizando como mecanismo para dicho fin la persecución de responsabilidades penales individuales.

En segundo lugar, el establecimiento de un sistema internacional de derechos humanos busca la *prevención* de violaciones de derechos humanos. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y

¹⁹ Ésta reafirmaba “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, ver Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos. Esta lógica preventiva es esencial tanto en el DIDH como en el Derecho Penal Internacional.

4. LA ESPECIAL NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desarrollo del DIDH ha marcado ciertas diferencias con el derecho internacional público tradicional. Estas diferencias tienen especial relevancia en el tema de las fuentes, en particular, en el derecho de los tratados. En Derecho Internacional, los tratados o convenciones tienen por finalidad establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, siendo éstas normalmente dos Estados u ocasionalmente un Estado y una organización internacional. En materia de derechos humanos, por el contrario, aunque los tratados se celebran entre Estados, no emergen de ellos sólo obligaciones y derechos entre los Estados; éstas y éstos, en realidad, ni siquiera son su objetivo principal. De ellos surgen principalmente derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, porque su objetivo es la protección de los derechos de las personas frente al Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”) ha destacado este carácter especial de los tratados sobre derechos humanos:

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

En un fallo reciente la Corte ha señalado que esta especialidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “Convención Americana”) estaría dada porque ésta, al igual que los demás tratados sobre la materia:

se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de ca-

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), *OC-2/82*, párr. 29.

rácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.²¹

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia al señalar:

En tal Convención [Genocidio], los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.

La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones.²²

En definitiva, en el campo del Derecho Internacional contemporáneo se ha reconocido la particular naturaleza de los tratados de derechos humanos. Este cambio en la percepción de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados Partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo,²³ puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los Estados. En virtud de lo anterior, las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas.²⁴ Así, las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, el cual es el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales, sin perjuicio de eventualmente sujetarse al control de la Corte Internacional de Justicia.

II. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo *normativo*, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo); las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos; los derechos y libertades garantizados; criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos; normas re-

²¹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 104.

²² Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Réserves à la Convention sur le Génocide* (1951), p. 23. Citado en T. BUERGENTHAL *et al.*, 1991: 172.

²³ Art. 60.5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²⁴ Corte IDH. *OC-2/82*, párr. 26.

lativas a la responsabilidad internacional del Estado; y ciertos parámetros sobre interpretación. Los instrumentos crean *órganos* para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los *procedimientos*, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales. Los órganos y procedimientos constituyen la base de los *mecanismos* de protección internacional.

Esta trilogía —normas/órganos/procedimientos— permite analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos podemos considerarlo como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. NORMAS COMUNES

El análisis de las normas comunes de derechos humanos consagradas en el ámbito internacional lo realizaré siguiendo el siguiente esquema:

- Obligaciones generales
- Catálogo de derechos
- Límites legítimos
- La interpretación de los tratados de derechos humanos
- Responsabilidad internacional del Estado
- La obligación de reparar a la víctima

1.1. *Las obligaciones generales*

Como es propio del derecho internacional, los Estado *deben cumplir con sus compromisos de buena fe*. Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo.²⁵

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de dos obligaciones principales: respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera que sea el

²⁵ Completos estudios en este campo se pueden encontrar en NOWAK, 2003; ABRAMOVICH y COURTIS, 2004.

tipo de documento en el que se consagre; en conjunto con el principio de igualdad y no discriminación.²⁶

a) La obligación de *respeto* consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas.²⁷ Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo impliquen la adopción de políticas públicas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho.²⁸ En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos requisitos mínimos: deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y, en ningún caso, se podrán adoptar medidas de carácter regresivo.²⁹

De este modo, respecto de obligaciones que importan una fuerte carga prestacional es justificable que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo, pero debe existir un desarrollo progresi-

²⁶ En este sentido no estoy pensando en una división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino que determinando las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

²⁷ En este sentido, derechos que no son considerados tradicionalmente como derechos prestacionales implican un fuerte componente prestacional. Se puede pensar a modo de ejemplo lo que implica tener un sistema judicial que garantice un debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.

²⁸ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de 'adoptar medidas', compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es *to take steps*, en francés es *s'engage à agir* (actuar) y en español es 'adoptar medidas'. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (CDesc, *Observación General No. 3*).

²⁹ Ver en este sentido ABRAMOVICH y COURTIS, 2004.

vo.³⁰ Que el proceso sea progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad.³¹ Por una parte, se contempla la prohibición de tomar *medidas que perjudiquen* los derechos que han ido siendo concedidos a la población. Por otra parte, la progresividad también comprende la obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento y asegurar el proceso de consecución del fin propuesto. En efecto, lo que está en juego en estos casos es, precisamente, un derecho subjetivo, por tanto, si no es posible cumplir con tal derecho será necesario satisfacer un cierto test mínimo de razonabilidad.³²

³⁰ En esta lógica se puede entender la referencia de los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales al cumplimiento de los compromisos “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Es decir, esta es una forma de cumplimiento, no una excepción que permita incumplir con la obligación prestacional.

³¹ “La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”, (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDesc, *Observación General, No. 3*, párr. 9).

³² “Sin embargo, cualquiera que sea la metodología preferida, varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (véase párrafo 10 infra). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos”, (CDesc, *Observación General, No. 9* (1998), párr. 7). También son relevantes las consideraciones del Comité sobre los recursos para su exigibilidad, en tanto estos pueden ser

- ¿Qué medidas está tomando el Estado para cumplir con la obligación adquirida internacionalmente?
- ¿Las medidas adoptadas son las adecuadas para la obtención del fin perseguido?
- ¿Se han establecido etapas en un plan estatal para alcanzar el fin buscado?
- ¿Cuál es el mecanismo de control de las metas planteadas?, ¿se han diseñado e implementado mecanismos políticos o judiciales de control?

De esta forma, la obligación de respeto en los casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional.³³ Además, en todo evento, el sistema de control deberá prestar especial atención al hecho de que las medidas de progresividad no sean aplicadas en forma discriminatoria.

b) La obligación de *garantía*,³⁴ por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera que sea su contenido normativo. Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente de los derechos y libertades consagrados internacionalmente. Los alcances de esta obligación han sido desarrollados por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana.³⁵

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: *i)* la obligación del Estado de *asegurar* el pleno goce y ejercicio de los derechos; *ii)* el

judiciales, pero no son los únicos efectivos, sino que también pueden haber otros que cumplan con los fines propios de las normas de contenido prestacional, ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDesc, *Observación General, No. 9*, párrs. 9 y 10.

³³ Sobre la relación del control nacional e internacional en materia de derechos con un fuerte componente prestacional, ver ABRAMOVICH, 2006: 35-49.

³⁴ MEDINA y NASH, 2003.

³⁵ Al respecto, la Corte ha señalado: “Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 166.

deber de *proteger* a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; *iii*) adoptar medidas de *prevención general* frente a casos de violaciones graves de derechos; *iv*) *reparar* a las víctimas; y *v*) *cooperar* con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

A continuación, me referiré a cada una de ellas.

i) Las medidas generales para *asegurar* el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las *medidas generales* están dirigidas a toda la población y dicen relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno.

Estas medidas consisten, además, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional; dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio; y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. Aunque cada acto violatorio de este principio pueda ser examinado por los tribunales y exista eventualmente la posibilidad de que sea reparado, cuando la violación es masiva y sistemática el establecimiento de recursos no agota la obligación del Estado. Limitarse al mero tratamiento de la violación —que de partida implica un engorro de tiempo y dinero y un problema, a veces insuperable, de prueba— constituiría una enorme injusticia y un incumplimiento de las obligaciones internacionales, pues equivaldría a colocar al grupo afecto a esta violación constante en la situación de no tener nunca el goce directo de sus derechos, sino que mediatizado por la necesidad de recurrir a la justicia en cada ocasión. En casos como éstos, por consiguiente, el Estado debe hacer una revisión cuidadosa de la manera como opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes al logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.³⁶

De la misma forma deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y la ciudadanía.

Me interesa desarrollar con mayor detalle la argumentación que da la Corte Interamericana para justificar la adopción de *medidas especiales* destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. La Corte, analizando los alcances del derecho a la vida y las obligaciones positivas del

³⁶ MEDINA y NASH, 2003.

Estado, ha definido ciertos estándares que podrían ser aplicables a las obligaciones con contenido prestacional.

El razonamiento es el siguiente: el Estado debe adoptar “todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida” conforme lo dispuesto en los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH. Estas medidas apropiadas implican:

crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.³⁷

La Corte Interamericana establece como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección...”.³⁸ A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.³⁹

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia es interesante por cuanto señala que, frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho (condiciones personales o situación generalizada), no basta con las medidas generales, sino que el Estado está en la obligación de adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado.

En todo caso, a juicio de la Corte, existen límites para que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de esta obligación de garantía:

es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada.

³⁷ Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 153.

³⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello* (2006), párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

³⁹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello* (2006), párr. 154.

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.⁴⁰

En síntesis, la lectura de los derechos desde la situación real en que se encuentra su titular puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

ii) El Estado tiene la obligación de *amparar* a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados.⁴¹ En este sentido el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

Un caso particular en que el Estado adquiere esta obligación de protección es el deber que tienen los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados.⁴²

⁴⁰ Ambas citas corresponden a *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 155.

⁴¹ Si bien hay autores, por ejemplo NOWAK, 2003: 23-30 y ABRAMOVICH y COURTIS, 2004: 31 (aunque aclaran que es una postura simplemente convencional, no sustantiva), que autonomizan esta obligación, no me parece que pueda ser explicada al margen de la obligación general de garantía. La autonomía de la protección por parte del Estado en casos concretos de amenaza no requiere de un razonamiento distinto en cuanto a la actividad del Estado que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos amenazados, ya sea por agentes del Estado o por privados.

⁴² El Comité de Derechos Humanos (en adelante "el Comité") ha señalado al efecto: "los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente. Las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deberán ser informadas de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Pacto en estas circunstancias" CDH, *Observación general, No. 31* (2004), párr. 11.

iii) En el ámbito de la *reacción frente a violaciones* el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo a la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad.

Esta es una materia relevante no sólo en sus efectos internos, sino también desde una mirada teórica. Cumplir con la obligación original violada es parte de la obligación subsistente. Por tanto, cumplir con la obligación de garantía implica desarrollar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales destacan evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos.⁴³

iv) Como medida final, en todo caso de violación de derechos humanos el Estado deberá *reparar* a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁴

v) Obligación de cooperar: En el caso de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el Pacto”), la obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.⁴⁵ En el Pacto, la obligación de cooperar establecida en el artículo 40 implica, además, la presentación de informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos.

⁴³ El Comité de Derechos Humanos que ha dicho: “18. Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzadas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)”, CDH, *Ibidem*, párr. 18.

⁴⁴ Sobre el tema de las reparaciones ha habido un amplio desarrollo jurisprudencial, cuyo análisis escapa los objetivos de esta investigación. Para un estudio detallado, ver NASH, 2004: 7-55. Una versión actualizada en este libro, cap. IV.

⁴⁵ CDH, *Caso Massera et al.* (1979), párr. 9 letras *d)* y *e)*, p. 43.

c) Finalmente, el DIDH ha establecido como una obligación general el deber del Estado de *no discriminar* a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*.⁴⁶

El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha definido la discriminación como:

toda *distinción, exclusión, restricción o preferencia* que se basen en determinados *motivos*, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por *objeto* o por *resultado* anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁴⁷

La acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un *elemento comparativo*, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente. El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma *directa e inmediata* sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos que en forma *indirecta* lo permitan, o bien, por medio de la *omisión* de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, *el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienten, etcétera*.

Mas, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo. El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos:

...el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son *razonables y objetivos* y lo que se persigue es lograr un *propósito* legítimo en virtud del Pacto.⁴⁸

Finalmente, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garanti-

⁴⁶ Corte IDH. OC-18/03.

⁴⁷ CDH, *Comentario General, No. 18* (1989), párr. 7 (destacado mío).

⁴⁸ CDH, *Comentario General, No. 18* (1989), párr. 13 (destacado mío).

zar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente.⁴⁹

* * *

Estas obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente. Es necesario tener presente que estas no son obligaciones autónomas, sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrado en los instrumentos internacionales en casos concretos y respecto de titulares de derechos concretos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos particulares a la luz de las obligaciones generales.

1.2. *El catálogo de derechos y libertades consagrados internacionalmente*

A continuación analizaré la forma en que debe entenderse la estructura de los derechos fundamentales, en tanto estándar normativo. Desarrollaré *a)* la forma en que se han expresado los derechos consagrados en los instrumentos internacionales; *b)* los principios que prevalecen en el derecho internacional de los derechos humanos y *c)* finalmente, formularé algunas reflexiones sobre el valor de la dignidad humana en el derecho internacional de los derechos humanos.

a) En primer lugar, debe tenerse claro que tanto las reglas como los principios son normas. Los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán hechas o cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras).⁵⁰

En segundo lugar, los sistemas relativos a normas *iusfundamentales* pueden expresarse de distintas formas. Pueden expresarse como sistema de principios, sistema de reglas y sistema de principios y reglas, lo que constituye un sistema complejo de normas.⁵¹

⁴⁹ A modo de ejemplo, ver art. 24 de la CADH y art. 26 del PIDCP. Un estudio sobre esta materia en PALACIOS, 2006: 25-43.

⁵⁰ ALEXY, 2002.

⁵¹ *Idem.*

Los sistemas normativos internacionales, vinculados con derechos individuales, se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios y reglas. Estos sistemas complejos tienen ventajas frente a modelos puros de reglas o principios. La ventaja frente a un modelo puro de principios es que un sistema como el descrito no afecta la seguridad jurídica; frente a un sistema puro de reglas, el sistema complejo tiene la ventaja que supera los problemas de lagunas.

En un sistema normativo complejo —como el que he descrito— es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto constitucional (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente.⁵² La forma en que el derecho resuelve estas situaciones estará determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto:

- Los conflictos entre principios se resuelven a través de mecanismos de ponderación (por ejemplo eficacia penal vs. derecho a la vida o integridad), y
- Los conflictos entre reglas se resuelven a través de mecanismos de preeminencia (ley que anula, ley rango superior, entre otros).

Lo relevante en el caso de los conflictos entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implique la anulación o invalidez práctica de estas normas.⁵³

Esta idea relativa a los conflictos entre principios está vinculada directamente con los límites de los derechos humanos a los que me referiré más adelante (*infra* 1.3).

b) Un tema que debemos considerar en estas nociones comunes es la forma en que se expresan las normas (principios o reglas) en el derecho internacional de los derechos humanos. En los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH se produce una interesante confluencia de al menos

⁵² PRIETO, 2003: 175.

⁵³ Según Prieto “los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario” (PRIETO, 2003: 187).

tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Al mirar los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad (tanto positiva como negativa), derechos de igualdad (ante la ley, ante otros, material), derechos de participación (derechos políticos en sentido estricto).

c) Otro tema relevante a tener en consideración es el papel que juega la dignidad de la persona humana en el sistema normativo internacional. La dignidad es el valor hacia el cual debe propender todo el sistema normativo de derechos humanos. Esto tiene consecuencias normativas ya que este valor central funda el contenido de los derechos humanos y, por tanto, los principios de libertad, igualdad y participación deberán propender a la realización de este valor.

En cuanto a su naturaleza, la dignidad personal me parece que es un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación. La dignidad es un valor, y como tal, se ubica dentro de lo axiológico.

1.3. *Los límites legítimos: restricciones y suspensiones*

Es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación justificada. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente. Son dos los límites legítimos consagrados por el derecho internacional: las restricciones y la suspensión del ejercicio de derechos.

1.3.1. *Restricciones*

Nos podemos encontrar con tres situaciones en el ámbito de los derechos humanos. Aquellos derechos que no admiten restricción (tortura, esclavitud, libertad de conciencia), aquellos derechos que admiten restricciones particulares (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas) y otros que admitan restricciones generales. Me centraré en estos últimos.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho Internacional, que exige el cumplimiento de ciertas con-

diciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

Los requisitos de una restricción legítima son: *a)* respeto del principio de legalidad; *b)* objetivo legítimo; *c)* respeto del principio de proporcionalidad.

a) El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida de restricción del ejercicio de un derecho humano deben estar *establecidas por ley*.⁵⁴ Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión “ley” implica exigencias de forma y materiales. El artículo 30 de la CADH establece expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas “por razones de interés general”, lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones.

b) El segundo límite es que la *causa* que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros.⁵⁵

En este punto surgen algunos derechos con posibilidades de restricción particular. Por ejemplo la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su “función social”.

c) El tercer requisito es que las medidas de restricción respeten el principio de *proporcionalidad*.⁵⁶ De acuerdo a la interpretación que han hecho los órganos de control internacional la medida de restricción deberá cumplir con los siguientes elementos: necesaria, adecuada y proporcional. Por ‘necesaria’ se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados. La medida será “adecuada” cuando sea conducente para obtener la protección del derecho mediante la restricción del otro en conflicto; y la “proporcionalidad propiamente tal” tiene relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o

⁵⁴ A modo de ejemplo, ver arts. 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y arts. 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

⁵⁵ CADH, arts. 15 y 16.

⁵⁶ Un excelente estudio sobre el alcance de este principio (desde una perspectiva fundamentalmente constitucional), ver BERNAL, 2003.

ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que si hay una alternativa menos gravosa debe emplearse esa alternativa.⁵⁷

En los sistemas regionales europeo e interamericano se ha entendido que las restricciones deben ser “*necesarias en una sociedad democrática*”. Esto puede ser interpretado como un estándar más restrictivo para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente (propios de la proporcionalidad), sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros. Dos ejemplos pueden ilustrar el alcance de este requisito. En un caso resuelto por la Corte Interamericana, relativo a propiedad indígena, este tribunal resolvió que, para ponderar el conflicto entre la propiedad indígena y la propiedad privada, era necesario tener en consideración la necesidad que tiene una sociedad democrática de preservar formas de multiculturalidad como base del pluralismo que la caracteriza.⁵⁸ En otro caso, relativo al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra, la Corte señala que para resolver este caso debía tenerse en consideración el particular rol que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática y que justifica su especial protección en caso de conflicto con otros derechos.⁵⁹

Una de las hipótesis más interesantes que surgen a partir de las restricciones de derechos es la posibilidad de restringir los derechos a partir de un *conflicto entre derechos*. A partir de la jurisprudencia internacional, que ha aplicado estos criterios, es posible extraer ciertos criterios generales que deben estar presentes en todo proceso de restricción de derechos humanos de forma tal que se asegure un resultado coherente con un sistema integrado de derechos.

Como criterios generales en materia de conflictos de derechos y restricción de los mismos podemos señalar:

- no debiera asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos debieran ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona;
- en caso de conflicto de principios, se debiera ponderar, en el caso concreto, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto;
- la decisión del procedimiento de ponderación debe tener en cuenta dos elementos: la situación de vulnerabilidad en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y la condición personal del titular de derechos en conflicto. En consecuencia, tanto la situación de vulnerabilidad como condiciones personales de los titulares de derechos pueden justificar, a la luz del principio de igual-

⁵⁷ Corte IDH. OC-5/85.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 148.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese* (2004), párrs. 104-105.

- dad, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos al momento de resolver conflictos de principios;
- la decisión del procedimiento de ponderación debe tener consideración de la situación de vulnerabilidad en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y, en consecuencia, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos;
 - las medidas de restricción de los derechos en conflicto debieran ser los menores y en estricta relación con la necesidad de asegurar el derecho pertinente;
 - el mandato para aplicar estos criterios debe ser entendido en un sentido amplio como vinculante para todos los órganos del Estado;
 - la resolución de los conflictos debe hacerse teniendo en consideración una visión del sistema de derechos en su conjunto, como elementos interrelacionados, con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos.

1.3.2. *La suspensión temporal de obligaciones*

En su artículo 4, el Pacto permite a los Estados Partes suspender temporalmente algunas obligaciones contraídas en virtud de dicho tratado,⁶⁰ a lo que se refiere la Convención Americana en su artículo 27. El marco que establecen tanto el artículo 4 del Pacto como el artículo 27 de la Convención incluye:

- las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado;
- los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten;
- la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias;
- la prohibición de suspender obligaciones cuando ésta es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos;
- cumplimiento de aspectos formales.

A continuación, verá los aspectos más relevantes de cada uno de estos requisitos:

- ◆ El artículo 4 del Pacto establece que la suspensión de obligaciones se autoriza “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la

⁶⁰ Para una interpretación detallada del art. 4, ver CDH, *Observación General, No. 29* (2001).

nación”; el artículo 27 de la Convención Americana la autoriza en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. Los conceptos del artículo 27 son peligrosamente vagos, particularmente en vista de las interpretaciones diversas, y a veces extremas, sobre la seguridad nacional que han prevalecido en algunas épocas en ciertos Estados del continente americano. Esto hace que la supervisión de los órganos regionales sea imprescindible en cada caso en que se invocan las facultades para suspender la observancia de los derechos humanos.⁶¹

♦ En cuanto a los derechos cuyas obligaciones no pueden suspenderse, el artículo 4 señala los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes); 8.1 y 8.2. (prohibición de la esclavitud, trata de esclavos y servidumbre); 11 (prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales); 15 (principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* y principio de la aplicación de la pena más favorable al reo); 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); y 18 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). El artículo 27, por su parte, prohíbe suspender obligaciones con respecto a los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); y 23 (derechos políticos), agregando que tampoco son susceptibles de suspensión “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

La Convención claramente es más restrictiva para los Estados, probablemente por la experiencia que el continente americano ha tenido con los estados de excepción. Particularmente importante es la prohibición de suspensión de las garantías judiciales. El artículo 27 no establece cuáles son esas garantías, lo que indujo a un Estado y a la Comisión a enviar sendas consultas a la Corte, la cual, por unanimidad, opinó en la primera consulta:

que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1⁶² y 7.6⁶³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judi-

⁶¹ Ver NORRIS y REITON, 1980: 189-223 (191-199); FAÚNDEZ-LEDESMA, 1984: 101-126.

⁶² El artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) consagra el derecho a un recurso de amparo sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para proteger los derechos humanos.

⁶³ El artículo 7 regula el derecho a la libertad personal y establece el recurso de *hábeas corpus* en su inciso 6.

ciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.⁶⁴

Ampliando lo dicho, en la segunda opinión sostuvo, también por unanimidad:

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión [...] el hábeas corpus (art.7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

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

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogido por el artículo 8 de la Convención.⁶⁵

Así, para su interpretación del artículo 27 la Corte acude a la idea central de que toda suspensión debe enmarcarse en un sistema democrático y respetar el principio de la legalidad.

La Observación General 29 del Comité interpreta el artículo 4.2 del PIDCP a la luz de la existencia de normas imperativas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional Humanitario y expande por esta vía la lista de obligaciones no suspendibles. Como casos ilustrativos, se señala el artículo 10 del Pacto, la prohibición de la toma de rehenes, secuestros o detenciones no reconocidas (que dan origen a los desaparecidos), ciertos elementos de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, la deportación o traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el Derecho Internacional (aunque se haya suspendido el artículo 12 del Pacto), el artículo 20 del Pacto, y el artículo 2.3 del mismo que exige a los Estados que proporcionen recursos para cualquier violación del Pacto.

También se entienden incluidas en la prohibición de suspensión las garantías procesales, que se basan en los principios de legalidad y del Estado de Derecho inherentes al Pacto en su conjunto.⁶⁶

El requisito de la *proporcionalidad* se expresa en el artículo 4 del Pacto al decir que las disposiciones que adopte el Estado en una situación de emergencia deberán estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, y en el artículo 27 de la Convención Americana al señalar que permi-

⁶⁴ Corte IDH. OC-8/87, párr. 44.

⁶⁵ Corte IDH. OC-9/87, párr. 41.

⁶⁶ *Ibidem*, párrs. 15 y 16.

te estas disposiciones “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. El Comité de Derechos Humanos ha dicho que el requisito de proporcionalidad “guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción”.⁶⁷

◆ El artículo 4 del Pacto dispone que ninguna medida puede entrañar discriminación alguna “fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, lo que repite el artículo 27 de la Convención. No se mencionan como bases posibles de discriminación prohibida en caso de suspensión de derechos, “las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional, la posición económica, el nacimiento” y la cláusula que permite incorporar otras causales de discriminación no precisadas bajo el concepto de “cualquier otra condición social”, todas presentes en el artículo 2 del Pacto y en el artículo 1 de la Convención, pero omitidas en esta regulación de las suspensiones. Claramente, los instrumentos han establecido un régimen especial más restrictivo en esta materia.

◆ Finalmente, el sistema internacional ha establecido la prohibición de suspender obligaciones cuando esta medida sea incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado. De esta forma, en caso de que, por algún compromiso internacional del Estado distinto a los instrumentos aquí señalados, se vea limitada la suspensión de derechos, primará este límite adicional. Esto no es sino la aplicación de la obligación de elegir la norma que más favorezca a los individuos.

◆ *Aspectos formales.* El artículo 4 del Pacto exige que la declaración de emergencia sea proclamada oficialmente dentro del Estado. Este requisito se encuentra implícito en la exigencia del respeto al principio de legalidad que la Corte Interamericana ha enfatizado en las Opiniones Consultivas examinadas anteriormente la notificación a los demás Estados Partes. La exigencia de la notificación es una señal de que la suspensión de obligaciones es de interés del conjunto de Estados Partes del Pacto y de la Convención. La notificación, que se hace a través del Secretario General de la ONU o de la OEA, respectivamente, permite a los órganos de supervisión examinar los fundamentos de la decisión y las medidas que a raíz de ella se tomen.

El Comité ha agregado que ella también permite que “los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto”.⁶⁸

1.4. *La interpretación*

La interpretación de los tratados de derechos humanos debe hacerse conforme a las normas que rigen la hermenéutica sobre normas internacio-

⁶⁷ CDH, *Observación General, No. 29* (2001), párr. 4.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 17.

nales. Para todos los tratados internacionales, incluidos aquellos relativos a derechos humanos, las normas de interpretación están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que recoge los principios generales del derecho internacional público en materia de interpretación. El artículo 31 numeral 1 Convención establece un principio básico en materia de interpretación:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Esta es la base de todo el sistema de interpretación en materia de tratados de derechos humanos a partir de la cual se diseñan los criterios hermenéuticos que dicen directa relación con la interpretación de las normas de derechos humanos. Los criterios que emanan de esta norma son: integralidad en la interpretación, sistematicidad de la interpretación, relevancia del objetivo y fin del tratado y el carácter dinámico de la interpretación.

En primer lugar, es importante dejar claramente establecido que el 'contexto' de un tratado no se limita al texto de la norma a interpretar, sino que incluye el articulado en su conjunto, el preámbulo y los anexos o protocolos. Es importante tener en consideración que en el derecho internacional las diversas fuentes se influyen recíprocamente, por lo que la interpretación debe ser integral. Por tanto, en materia de interpretación de tratados internacionales de derechos humanos se debe tener en consideración todo otro instrumento que se refiera a las materias propias del tratado tratado; y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él (art. 31.2 *a*) y *b*). Esto es básico cuando se interpretan tratados en materia de derechos humanos ya que son variadas las fuentes complementarias que ayudan a fijar el contenido y alcance de las normas. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales dan contexto a las normas de los tratados. De esta forma, la interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido la Corte Interamericana ha señalado:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar

la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.⁶⁹

La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre un determinado derecho en los Estados Partes del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares pueden dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos de que es titular un individuo.

En segundo lugar, es importante tener presente que el artículo 31 precitado consagra un sistema de interpretación unitario, donde toda norma convencional debe ser interpretada simultáneamente de acuerdo al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo. De esta forma, no es lícito hacer distinciones o jerarquías entre los distintos elementos de análisis, sino que deben tenerse todos ellos en cuenta cuando se busque determinada el contenido y alcance de una norma internacional, en este caso, de derechos humanos.

En tercer lugar, me parece especialmente interesante detenerse en el elemento del “objeto y fin” del tratado como elemento de análisis. Si consideramos que los tratados de derechos humanos tienen como objeto y fin la consagración de derechos y libertades de los individuos respecto de los Estados y, en muchos casos, además establecen un sistema de protección de estos derechos, es evidente que esto repercute de manera significativa a la hora de la interpretación de sus normas. Esto implica que cada vez que sea necesario determinar el contenido y alcance de un derecho o libertad respecto de un titular concreto, se debe orientar la interpretación a la mejor forma de dar eficacia al mandato normativo, de forma tal que el individuo lo pueda gozar y ejercer considerando sus particularidades personales, colectivas y situacionales; esta es la única forma de entender una interpretación que sea consecuente con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos. De esta forma, según la Corte Interamericana: “al interpretar 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”.⁷⁰

Además, en aquellos casos en que se presentan dudas sobre el contenido y alcance de un derecho o sobre la obligación del Estado o hay distintas posibilidades de interpretación, siempre debe preferirse aquella que permita un mejor goce y ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el tratado objeto de interpretación. Por tanto, una interpretación conforme al objeto y fin debe buscar siempre dotar a la norma de un efecto útil para que la norma sea una eficaz garantía de los derechos de la persona. Esto ha sido

⁶⁹ *OC-18/03*, párr. 120, y *OC-16/97*, párr. 115.

⁷⁰ *OC-5/85*, párr. 52.

señalado expresamente por la Corte Interamericana en los siguientes términos: “la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a [*sic*] asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”.⁷¹

Por último, debe tenerse presente al momento de interpretar un tratado de derechos humanos el carácter dinámico o evolutivo de la interpretación en el derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido, en su Opinión consultiva sobre las Consecuencias Legales de la presencia de Sudáfrica en Namibia, que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”.⁷² Esta interpretación dinámica de los tratados internacionales obliga al intérprete, en cada caso, a buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieron estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. La Corte Interamericana ha destacado que:⁷³

En otras oportunidades, tanto este Tribunal⁷⁴ como la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁵ han señalado 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 de los Tratados.

En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención).⁷⁶

Concordante con estas ideas propias del derecho internacional público, las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos consagran la necesidad de una interpretación acorde a los objetivos

⁷¹ *Caso Mapiripán*, párr. 105.

⁷² CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, (1971), pp. 16-31.

⁷³ *Caso Yakye Axa*, párrs. 66 y 67.

⁷⁴ Casos citados por al Corte: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, párr. 165; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 146; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, párr. 193, y *OC-16/97*, párr. 114.

⁷⁵ Casos citados por la Corte: *Eur. Court H.R., Tyrer v. The United Kingdom*, párr. 31.

⁷⁶ Casos citados por la Corte: *Caso Tibi*, párr. 144; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, párr. 164; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, párrs. 192 y 193; y *OC-16/97*, párr. 113.

y fines de los tratados, dinámica e integral. Así, el artículo 5.2 del Pacto dispone que:

No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por su parte, en el sistema interamericano, el artículo 29 de la Convención recoge estos criterios hermenéuticos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En este sentido, la Corte ha señalado que a partir del artículo 29 se han desarrollado diversos criterios interpretativos,⁷⁷ a saber:

En primer lugar la Corte ha invocado las “Normas de Interpretación” del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. El literal *a)* ha sido utilizado para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención. De la misma forma, utilizando el literal *b)* de dicho artículo, la Corte ha interpretado las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales y en normas de derecho interno. Asimismo, se ha utilizado el literal *c)* para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

En segundo lugar, el artículo 29 ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de “interpretación evolutiva” de los tratados de derechos humanos, que es “consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas” en dicho artículo. Asimismo, se ha desarrollado el principio de “aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos” como derivado del artículo 29.*b)* y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.*a)*.

En tercer lugar, la Corte ha utilizado el artículo 29 para determinar el alcance de su competencia consultiva. En este sentido se ha señalado que, de acuerdo

⁷⁷ *Caso Apitz*, párrs. 218, 218 y 219 respectivamente.

al artículo 29.d), “al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración [Americana de Derechos y Deberes del Hombre]”. Además, la Corte ha afirmado que “excluir, *a priori*, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29.b).

Por tanto, tanto en el sistema general de interpretación de tratados propios de derecho internacional público, como de los instrumentos de derechos humanos surgen principios sobre interpretación que permiten dar eficacia a los derechos consagrados internacionalmente sobre la base de un sistema coherente y unitario de normas.

1.5. *La responsabilidad internacional del Estado*

Una materia de vital trascendencia que ha emergido en el sistema internacional de derechos humanos es la responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos. Uno de los sistemas que más ha aportado a este tema es precisamente el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En el derecho internacional público clásico ha primado la idea de que la responsabilidad internacional se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado, a través de un tratado o del derecho consuetudinario.

Los elementos que componen el hecho ilícito internacional serían los siguientes:

- existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión;
- dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia en el *Caso “La Última Tentación de Cristo”*,⁷⁸ la Corte Interamericana estableció que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño.⁷⁹

⁷⁸ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001).

⁷⁹ “Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”, Corte IDH. *Ibidem*, párr. 72. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

♦ Si la responsabilidad internacional emana de la *infracción de una obligación internacional*, es necesario tener claridad sobre cuáles son las normas que obligan al Estado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Las normas internacionales en materia de derechos humanos que pueden hacer incurrir en responsabilidad al Estado son todas aquellas que le pueden ser exigibles, ya sean tratados internacionales de los que es parte, así como prácticas consuetudinarias que puedan serle exigibles de acuerdo con el derecho internacional público.⁸⁰ En el estado actual del desarrollo del sistema internacional las principales obligaciones de los Estados están en los tratados internacionales, ya sean estos universales (sistema de Naciones Unidas) o regionales (sistemas europeo, interamericano, africano). De esta forma, la normativa internacional en materia de derechos humanos constituye *lex specialis* en materia de responsabilidad de los Estados, toda vez que se encuentra dirigida a regular en particular este tipo de obligaciones y, por tanto, ésta constituirá la base de las obligaciones estatales exigibles en sede internacional.⁸¹

En el sistema interamericano, los Estados parte de la OEA tendrán como fuente de sus obligaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).⁸² En el sistema de la Convención Americana las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento.⁸³ Además, los Estados serán responsables por las obligaciones que emanan de los tratados específicos en materia de derechos humanos de que sean parte. En el ámbito de Naciones Unidas, el sistema de responsabilidad internacional estará determinado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) para todos los Estados parte de la ONU y, además, los tratados especiales de los que cada Estado sea parte.

♦ El segundo elemento constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado es que la infracción a las obligaciones internacionales sea *imputable al Estado*. Respecto de qué conductas son las que pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado, se puede señalar que se aplican las normas generales del derecho internacional público, por tanto,

⁸⁰ La Corte Interamericana ha establecido la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una norma de *ius cogens*. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros* (2006), párr. 99 y 114.

⁸¹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 107.

⁸² Corte IDH. OC-10/89, párr. 45; *Caso Bueno Alves* (2007), párrs. 54 a 60.

⁸³ La Corte ha señalado expresamente que el "... origen mismo de dicha responsabilidad surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención", Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 108. En el mismo sentido Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello* (2006), párrs. 111-113; *Caso de la Masacre de la Rochela* (2007), párr. 67.

la responsabilidad puede estar fundada en actos u omisiones de cualquier poder u órgano estatal que viole obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:

i) El Estado puede hacerse responsable por la *adopción de disposiciones legislativas* incompatibles con las obligaciones internacionales. Es decir, si se dicta una ley que es incompatible con las obligaciones que ha adquirido el Estado a través de los tratados de derechos humanos, el legislativo está haciendo incurrir al Estado en responsabilidad internacional y, por lo tanto, lo está poniendo en una situación de ser sujeto pasivo en el sistema internacional y ser objeto de un proceso internacional y ser, eventualmente, objeto de una condena internacional.⁸⁴ También puede el legislativo comprometer la responsabilidad del Estado cuando *no adopta disposiciones legislativas necesarias* para hacer compatible su normativa interna con las obligaciones internacionales.⁸⁵ Cuando los Estados ratifican un tratado, lo hacen parte de su legislación, por tanto, se están comprometiendo también a adecuar toda su legislación interna de acuerdo a los estándares del tratado internacional. En ese sentido, hay un esfuerzo que deben llevar adelante los Estados, de ver cómo el conjunto de su cuerpo normativo y las prácticas que de él emanen se ajustan a las obligaciones que están adquiriendo.⁸⁶

ii) El *Poder Ejecutivo*, a través de todos sus funcionarios, por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales, también puede hacer al Estado responsable internacionalmente. Esta es la visión clásica que tenemos del incumplimiento de una obligación internacional de derechos humanos: la de un funcionario público que no cumple con aquello que está obligado a respetar o a dar garantía (esto comprende también la obligación de prevenir o reprimir acciones ilícitas de particulares); por eso no nos vamos a detener mucho en esta idea.

iii) También el *Poder Judicial* puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad podrá estar basada en denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado.⁸⁷

♦ Respecto de la responsabilidad por *actos de privados*, el sistema internacional ha establecido que el Estado puede llegar a ser responsable en estos casos atendida su falta de respuesta frente a estas acciones privadas que, de haber sido provocadas por sus agentes estatales, constituirían violaciones de derechos.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso La Cantuta* (2006), párrs. 167 y 189; *Caso Barrios Altos* (2001), párr. 41; *Caso Barrios Altos - Interpretación de la Sentencia de Fondo* (2001), párr. 18.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne* (2005), párr. 93.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (2001), párr. 72.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano* (2006), párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (2006), párr. 128.

La Corte Interamericana al respecto ha señalado:

... 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 transgresión, 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.⁸⁸

El fundamento de dicha responsabilidad lo explora la Corte en los siguientes términos:

... Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.⁸⁹

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.⁹⁰

De esta forma, se observa que el Estado puede ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), o bien, dicha responsabilidad puede emanar de una omisión del Estado de actuar en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales.

Una cuestión interesante que aborda la Corte en la sentencia del *Caso Mapiripán* es la determinación sobre el momento en que se produce la responsabilidad internacional y cuándo ésta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que “la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios”.⁹¹

Pareciera que con esta postura se abre una posible discusión acerca de la responsabilidad internacional a la luz de los criterios que se han establecido en el ámbito internacional público. Es claro que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 172.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 173.

⁹⁰ CDH, *Observación general, No. 31* (2004), párr. 8.

⁹¹ Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, (2005), párr. 113.

actuar a nivel interno (este es el sentido del principio del agotamiento de los recursos internos). Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado, y con ello se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos (obligación de investigar, sancionar y reparar), determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno.

1.6. *La obligación de reparar a la víctima*

La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos es un concepto que se ha instalado como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos.⁹² Su vinculación como uno de los principios del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones aún respecto de los Estados que no sean parte de dichas Convenciones especiales ha sido establecido por la propia Corte Internacional de Justicia y por la Corte Interamericana:

Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo.⁹³

En cuanto a su incorporación en los tratados de derechos humanos, podemos destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos u el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.⁹⁴

En el ámbito del DIDH se ha asumido una concepción amplia del concepto de reparaciones y se han dispuesto actuaciones del Estado que comprenden medidas restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición.⁹⁵ De hecho, se ha determinado a nivel interno importantes me-

⁹² NASH, 2004.

⁹³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, (1989), párr. 25.

⁹⁴ Artículo 63.1 de la CADH

⁹⁵ El CDH ha señalado: "El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios ofi-

didadas de cumplimiento de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, las que tienen un efecto reparador, tanto en la perspectiva de cesación del mal causado, como medidas de no-repetición.

Es posible afirmar que el sistema internacional de derechos humanos ha centrado su atención en materia de reparaciones en la persona de la víctima y en la garantía de no repetición. De ahí se desprende un acercamiento al tema que abre posibilidades de actuación al sistema internacional en situaciones de violaciones de derechos humanos más allá de cada caso particular.

2. MECANISMOS DE CONTROL INTERNACIONAL: ÓRGANOS Y PROCEDIMIENTOS

Es evidente que la sola consagración de los derechos humanos en instrumentos internacionales no garantiza su real y efectiva vigencia. Para ello ha sido necesario desarrollar mecanismos de control internacional. Una cuestión que debemos recordar al analizar los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos, es que estos se han estructurado en la práctica. Por ello, muchas veces, muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen precisamente a un sistema que no ha evolucionado coherentemente, sino siempre motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente.⁹⁶

a) De esta forma, el elemento que define a los sistemas de protección es la pregunta acerca de *qué tipo de violación* de derechos humanos es a la que debe hacerse frente y cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz. Actualmente, es posible distinguir aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. También podríamos señalar la existencia de una tercera tipología, la cual es la de las violaciones estructurales de derechos.

Por una parte, puede que las violaciones de derechos humanos sean *graves y sistemáticas*,⁹⁷ es decir, que obedezcan a una política de gobierno que las comete o que permite que se cometan por terceros que no sean ofi-

ciales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos" (CDH, *Observación General, No. 31* (2004), párr. 16).

Asimismo, un interesante paso en esta materia se dio el 16 de diciembre de año 2005, ya que mediante Resolución 60/147, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó 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.

⁹⁶ M. NOWAK, 2003.

⁹⁷ Un interesante estudio referente al sistema interamericano en MEDINA, 1988.

cialmente agentes del Estado. Si las violaciones obedecen a una política del gobierno, el caso que se examine ante el órgano internacional no versará sobre una discrepancia jurídica entre el gobierno y el peticionario respecto a la interpretación o alcance de un derecho (como en los casos individuales), sino que el centro estará en determinar la veracidad de los hechos denunciados. La intervención de los órganos políticos del sistema internacional será fundamental para lograr una modificación de las situaciones, mediante la presión ante las instancias nacionales con capacidad de modificar la conducta violatoria de derechos humanos.

Por otro lado, las *violaciones aisladas* tienen como premisa que los Estados en los que los tratados internacionales están vigentes estén sometidos al imperio de la ley, esto es, sean un Estado de Derecho. Si bien es posible que se presenten casos de violaciones de derechos, el Estado en conjunto no está comprometido con dichas violaciones y está dispuesto a realizar lo necesario para evitarlas. De esta forma, en principio, los casos de violaciones de derechos humanos debieran ser reparados en el propio Estado con el concurso de los poderes públicos y la opinión pública. Sólo en el evento que la violación no sea resuelta satisfactoriamente internamente, opera el sistema internacional, ya sea a través de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales. Ambos mecanismos operan sobre la base de la buena fe del Estado, que buscará solucionarlas en el ámbito interno o en el campo internacional (mediante soluciones amistosas), o bien, acogiendo la solución que establezca la instancia internacional.

El sistema internacional de derechos humanos ha operado tradicionalmente bajo dos tipos de violaciones (graves y sistemáticas y las aisladas o individuales) y ha estructurado los mecanismos para hacer frente a estas violaciones. Hoy, en cambio, la realidad es más compleja y me parece que es posible sostener una nueva categoría de violación de derechos humanos: las violaciones estructurales.

Para caracterizar las *violaciones estructurales* debe tenerse en consideración que en estos casos es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.

b) Para hacer frente a las dos categorías tradicionales de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos *órganos de control interna-*

cional. Podemos distinguir básicamente tres: políticos, cuasi-judiciales y judiciales.⁹⁸ En el caso de las violaciones estructurales, se han utilizado estos mismos mecanismos, con los problemas que es posible imaginar del uso de procedimientos diseñados para un tipo diferente de violación.

Los *políticos* son aquellos que se han utilizado para casos de violaciones masivas y sistemáticas. Son producto de resoluciones dictadas por los órganos políticos, compuestos por miembros representantes de los gobiernos (Consejo Económico y Social, la ex-Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, actual Consejo de Derechos Humanos). Se dictan medidas de tipo político, en base a un diálogo con el gobierno; lo que pretenden es cambiar ciertas prácticas gubernamentales.

Los *cuasi-judiciales* se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH o el Comité), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.

Los *judiciales* son aquellos en los cuales la protección se desarrolla a través de órganos, establecidos en los tratados de derechos humanos, que cuentan con facultades jurisdiccionales, esto es, con la competencia para resolver conflictos de relevancia jurídica con fuerza obligatoria. Estos órganos, a nivel internacional, son tres: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y la Corte Africana de Derechos Humanos. Podemos señalar que también la Corte Internacional de Justicia puede referirse a temas vinculados con derechos individuales.

Un desafío para el sistema internacional es ver cómo enfrentará con estos mecanismos ya consagrados internacionalmente las nuevas problemáticas en materia de derechos humanos, tales como las violaciones estructurales.

A continuación analizaré los principales aspectos de los mecanismos desarrollados en Naciones Unidas y en el sistema Interamericano de derechos humanos.

2.1. *El sistema de Naciones Unidas*

En la Carta de la ONU se consagra el marco general sobre el cual se desarrolló el sistema de Naciones Unidas relativo a los Derechos Humanos.⁹⁹ Aparte del preámbulo que recoge las aspiraciones generales tenidas a la vista al momento de suscribir dicho tratado, los artículos relevantes en

⁹⁸ En esta materia ver van BOVEN, 2000.

⁹⁹ VILLÁN DURÁN, 2002.

materia de derechos humanos son el 1.3, que al momento de tratar sobre los propósitos de la ONU señala como uno de éstos “fomentar y alentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin discriminación de raza, sexo, idioma o religión” y los artículos 55 y 56, relativos a las obligaciones de los Estados.

En todo caso, la Carta no define qué se entiende por derechos humanos. Una primera aproximación al tema fue la idea de redactar un instrumento vinculante en materia de derechos humanos, esto es un tratado internacional. Mas los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales fueron insuficientes para persuadir a los Estados a que adoptaran un tratado de derechos humanos jurídicamente vinculante. Sólo hubo consenso para adoptar una Declaración Universal de los Derechos Humanos como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”.¹⁰⁰ Debieron pasar varios años para lograr la adopción de tres tratados generales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; pasaron otros diez años para que ellos entraran en vigencia.¹⁰¹

a) En materia de normas, a nivel internacional se conoce como *Carta de Derechos Humanos* al conjunto de instrumentos generales que se han dictado en el marco de Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. Asimismo, se han suscrito una serie de instrumentos específicos en materia de derechos humanos, dentro de los cuales, podemos destacar las siguientes: Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial (1969); Convención internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2007).

b) En cuanto a los *órganos* vinculados con derechos humanos, el sistema de Naciones Unidas tiene una estructura dual. Por una parte, en *sistema*

¹⁰⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

¹⁰¹ Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

basado en la carta de organización y por otro, el sistema basado en las convenciones específicas sobre la materia. En el sistema de Naciones Unidas los órganos centrales de la organización tienen vinculación con materias de derechos humanos (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social —ECOSOC— Secretaría Ejecutiva), y además, se han diseñado estructuras especialmente dedicadas al tema.¹⁰²

Dentro de estos órganos especiales destacó la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, que dependía del ECOSOC y que formulaba propuestas, recomendaciones y emite informes. Su labor la podríamos caracterizar como eminentemente de tipo legislativo. Sus miembros eran representantes de los Estados y por tanto, es un órgano eminentemente político o de “control entre pares”. Frente a las críticas que recibió su funcionamiento y además con el fin de resaltar la relevancia del tema de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, en 2005 se creó el *Consejo de Derechos Humanos*, que reemplazó a la Comisión; si bien mantuvo el carácter de órgano político, su jerarquía cambió y pasó a ser un órgano subsidiario de la Asamblea General.¹⁰³ El Consejo tiene como funciones principales: enfrentar situaciones de violaciones de los derechos humanos, incluidas violaciones graves y sistemáticas, prevenirlas y responder a situaciones de emergencia.

Al momento de su creación el Consejo de Derechos Humanos heredó los *procedimientos* desarrollados por la Comisión. En su primer año de funcionamiento se han desarrollado los principales aspectos relativos a los procedimientos que utilizará el Consejo para cumplir con sus funciones.¹⁰⁴ Por una parte, destaca un nuevo procedimiento de control, dirigido a todos los Estados: el *Examen Periódico Universal*. A este procedimiento se someterán todos los Estados parte de las Naciones Unidas y busca ser un medio de control de la actividad de los Estados miembros de la Organización, evitando, por tanto, las acusaciones de selectividad que tanto daño hicieron a la antigua Comisión. El control se hace sobre la base de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos de derechos de que el Estado sea parte, así como de los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario que lo vinculen. Esto es interesante ya que amplía la base normativa de control no sólo a los tratados específicos de derechos humanos, sino que también a la normativa humanitaria, lo que abre las puertas a una mayor convergencia entre estos sistemas normativos.

Por otra parte, nos encontramos con un “nuevo procedimiento”¹⁰⁵ de *Procedimiento de Quejas*. Hasta ahora en Naciones Unidas destacaban, en

¹⁰² BUERGENTHAL, 1998: 93-108.

¹⁰³ <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/index.htm>

¹⁰⁴ Consejo de Derechos Humanos: Construcción Institucional (Resolución que fija los procedimientos del Consejo), 18 de junio 2007.

¹⁰⁵ Este es un aspecto muy débil de la nueva estructura. El procedimiento de quejas se ha

primer lugar, aquellos procedimientos de tipo político, dentro de los cuales podemos señalar las Resoluciones 1235 y 1503 del Consejo Económico y Social.¹⁰⁶ El proceso para llegar a estos mecanismos es interesante porque demuestra la progresividad del sistema de control internacional. En el año 1947 la Comisión de Derechos Humanos dictó una resolución señalando que no puede seguir casos individuales, decisión ratificada por el ECOSOC. En el año 1967, el ECOSOC, a través de la Resolución 1235 y luego, en el año 1970, por medio de la Resolución 1503 se diseñaron dos procedimientos para el conocimiento de casos o situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (por ejemplo, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias). El Procedimiento de Quejas adoptado el Consejo reemplaza al procedimiento 1503 (no es claro el destino del procedimiento 1235), prevé una mayor participación de las víctimas —aún insuficiente— y permite que el Consejo adopte medidas al finalizar su tramitación.

Otro procedimiento relevante en el sistema de Naciones Unidas es la elaboración de *Informes*, tanto los temáticos como de países por Relatores que son nombrados para abocarse al estudio de una situación especial en que se vean afectados los derechos humanos. La posibilidad de un control internacional a través de Relatores ha cobrado especial importancia en las últimas décadas ya que es visto como un sistema útil para poder conocer en detalle una situación de violaciones de derechos humanos y buscar soluciones directamente con los gobiernos involucrados.

Dentro del sistema basado en la Carta, no puede dejar de mencionarse a la *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*, creada por la Asamblea General mediante la Resolución 48/141, del 20 de diciembre de 1993. Sus funciones son: promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos; formular recomendaciones a los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas para mejorar la promoción y protección de todos los derechos humanos; promover y proteger el derecho al desarrollo; proporcionar asistencia técnica en la esfera de los derechos humanos; coordinar los programas de educación e información pública de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos.

c) Actualmente, existe un amplio desarrollo del *sistema de tratados* de derechos humanos que contemplan una serie de órganos encargados de la

formulado sobre la base de uno de los procedimientos más criticados de la antigua Comisión, la Resolución 1503 que establecía un procedimiento de carácter confidencial.

¹⁰⁶ Los mecanismos a los que me refiero están establecidos por la ECOSOC, Resolución 1235 (XLII) del 6 de junio de 1967 y la Resolución 1503 (XLVIII) del 27 de mayo de 1970. Estos mecanismos esencialmente de carácter político tenían como instrumento base la Declaración Universal de Derechos Humanos, no estaban sujetos a un procedimiento especial y tenían por objetivo final obtener algún cambio en materia de política interna del Estado. La principal diferencia entre los procedimientos era que el 1235 era un procedimiento público y el 1503 era secreto.

supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados asumidas bajo cada tratado en particular. Estos órganos cuasi-judiciales se denominan *comités* y su trabajo se vincula directamente con cada uno de los instrumentos a los cuales están adscritos. La creación de los Comités puede ser convencional, a través de protocolos o por resoluciones de los órganos políticos.¹⁰⁷

En el sistema de control y protección de derechos humanos contemplados en los tratados específicos también se contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados. En el trabajo de los comités destacan tres procedimientos: observaciones a los informes de los Estados parte, observaciones generales y casos individuales.

Para el control de las obligaciones se contempla un sistema de “*examen de los informes de los Estados*”, que funciona sobre la base de informes periódicos que los Estados deben presentar a los comités a objeto de controlar los avances y los problemas que se presentan en cada signatario de los tratados de derechos humanos en la implementación de estas normativas en el ámbito interno. Este procedimiento está basado en el intercambio de información entre el Estado, las ONG que operan en cada Estado y a nivel internacional —informes sombra— y el propio Comité que formula las observaciones que estime pertinente luego de recibir la información y discutirla con el Estado a través de una audiencia pública destinada al efecto.

Con el fin de ayudar a los Estados a elaborar informes, el comité elabora *Observaciones Generales* como guía para su preparación, las que precisan el contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en el respectivo instrumento. Las observaciones constituyen de algún modo jurisprudencia del comité respectivo.

Como un mecanismo de protección de los derechos, algunos comités contemplan el examen de comunicaciones individuales. Estos procedimientos tienen por objeto determinar si en el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta. Se establecen al efecto procedimientos cuasi-jurisdiccionales donde las víctimas de violaciones de derechos consagrados en los convenios pueden recurrir, rendir pruebas (escritas) y el Estado tiene la posibilidad de plantear sus defensas. Todo ello termina con una resolución del comité donde se determina si ha habido o no violación de la obligación del Estado.

Un cuarto mecanismo de control, que sólo se contempla en algunos tratados, es el control internacional frente a violaciones sistemáticas. Así, el

¹⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Comité contra la tortura (art. 20 del tratado contra la Tortura) y el Comité del CEDAW (arts. 8 y 9 del Protocolo del tratado sobre discriminación contra las mujeres) contempla un procedimiento especial para hacer frente a “situaciones” (práctica sistemática de tortura o violaciones graves o sistemáticas contra la mujer, respectivamente), que permite un activo rol del órgano de control (contempla la posibilidad de visitas *in loco* y disponer medidas específicas).

El mecanismo de casos individuales más desarrollados es el del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A continuación presento una breve reseña de este procedimiento:¹⁰⁸

Las comunicaciones se pueden dirigir al Secretario General de la ONU, quien ordena su distribución al Comité, o directamente al Comité. El Comité examina las comunicaciones en una etapa que, por razones metodológicas, examinaremos en dos partes.

La *admisibilidad*. Todo el procedimiento es escrito. Antes de que el Comité conozca el fondo del asunto, es preciso que examine si se cumplen una serie de requisitos para fundar su competencia y la admisibilidad de la comunicación, la cual debe cumplir ciertos requisitos formales: no puede estar conociéndose ya por otra instancia internacional, y debe presentarse una vez que se hayan agotado los recursos internos (art. 5.2 del Protocolo Facultativo). El Comité declara a veces inadmisibles una comunicación “por falta de fundamentación” (*non-substantiation*), es decir, por considerar que los hechos expuestos no constituyen ni siquiera potencialmente “un caso”.¹⁰⁹

Cuestiones de competencia:

■ *Legitimación*

- *Activa*. Conforme a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, sólo un individuo que alega ser víctima de una violación del Pacto ACTIV puede someter una comunicación al Comité. La legitimación activa sólo la tienen los individuos, no las personas jurídicas, pero eso no impide que muchas personas presenten un caso, siempre que cada una esté individualizada.¹¹⁰ La comunicación puede ser presentada por un tercero que tenga un mandato de la víctima, aunque no sea un abogado, o que demuestre un vínculo con la víctima que haga aceptable suponer que lo que le pasa a ésta lo afecta. La jurisprudencia del comité ha señalado que también es posible que someta una comunicación al Comité una víctima potencial, es decir, una persona que se encuentre en riesgo

¹⁰⁸ MEDINA y NASH, 2003.

¹⁰⁹ Ver CDH, *Kavanagh* (2002), párr. 4.2; *Krausser* (2002), párr. 6.5.

¹¹⁰ CDH, *Lubicon Lake* (1990), párr. 32.1.

de que una disposición legal le sea aplicada afectando derechos consagrados en el Pacto.¹¹¹

- *Pasiva.* Conforme al artículo 1 del Protocolo facultativo, el Comité sólo puede conocer de comunicaciones interpuestas contra Estados que son parte del Protocolo.

- *Competencia material*

El artículo 2 del Protocolo dispone que, para que haya competencia material, es necesario que los hechos que se describan en la comunicación queden comprendidos dentro del ámbito de alguno de los derechos del Pacto. Se discute si el derecho a la libre determinación del artículo 1 del Pacto puede ser objeto de este procedimiento, pero hasta ahora, el Comité no lo acepta.¹¹²

- *Competencia en razón del tiempo*

Según la jurisprudencia constante del Comité, los hechos que se invoquen deben haber sucedido después de que el Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigencia para ese Estado,¹¹³ a menos que la violación sea continua, es decir, sea una violación que tiene una fecha de comienzo anterior a la entrada en vigencia del control del Comité, pero que continúa o produce efectos después de esa fecha. Un ejemplo es el caso de una mujer indígena que fue privada de su calidad de tal por haberse casado con un no indígena antes de que el Pacto entrara en vigencia, lo que le impidió volver a su reserva años después de su divorcio, que tuvo lugar cuando el Pacto y el Protocolo ya estaban vigentes en Canadá. El Comité estimó que la violación primera había producido un efecto continuo, ya que la Ley Indígena en que se había fundado seguía vigente hasta el momento en que se presentó la comunicación¹¹⁴ (en realidad esta no es una excepción porque el Comité tendría competencia más bien porque a la fecha en que entra en vigor su competencia, se produce la violación).

- *Competencia en razón del lugar*

El Comité ha sostenido que la responsabilidad del Estado es con respecto a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y a todos los sujetos a su jurisdicción. Esto significa que es atribuible al Estado la conducta violatoria de derechos humanos realizada por sus agentes, aunque éstos se encuentren fuera del territorio del Estado.¹¹⁵

¹¹¹ Un buen ejemplo es el caso CDH, *Toonen* (1994).

¹¹² Ver, por ejemplo, CDH, *Kitok* (1988), párr. 6.3. Para una crítica de esta posición, ver JOSEPH *et al.*, 2000: 106-107.

¹¹³ JOSEPH *et al.*, 2000: 33-35.

¹¹⁴ CDH, *Lovelace* (1981), párrs. 11 y 13.1.

¹¹⁵ CDH, *López Burgos* (1981), párrs. 12.1, 12.2 y 12.3, y especialmente el voto concurrente del señor Tomuschat. Ver también UN doc. CCPR/79/Add99.

Otras cuestiones que debe examinar el Comité para determinar la admisibilidad:

■ *Requisitos de forma*

De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo, toda comunicación debe ser sometida por escrito al Comité. El artículo 3 dispone que no debe ser anónima, lo que no impide que el Comité pueda dejar en la confidencialidad el nombre de la víctima, aun frente al Estado,¹¹⁶ ni debe constituir un abuso del derecho a someter comunicaciones.

■ *Prohibición de examen de un asunto que esté siendo sometido a otro procedimiento internacional*

El artículo 5.2.a del Protocolo constituye una prohibición de examen simultáneo por el Comité y otro órgano, pero el caso puede llevarse al Comité una vez que el otro procedimiento internacional ha concluido, o incluso puede el Comité declarar el caso inadmisibile temporalmente, hasta que el otro procedimiento concluya.¹¹⁷ El Comité ha interpretado la expresión “otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”, sosteniendo que debe ser similar tanto en cuanto a la naturaleza del órgano que examina el caso (sólo órganos intergubernamentales o establecidos por un tratado entre Estados) como en cuanto a que la investigación lleve a un arreglo o decisión del caso individual.

■ *El agotamiento de los recursos internos*

El artículo 5.2 del protocolo Facultativo dispone que el Comité no examinará ninguna comunicación sin cerciorarse de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que la tramitación de estos recursos se haya prolongado injustificadamente. Este requisito puede renunciarse por el Estado. En general, los recursos que deben agotarse son los que estén disponibles en la legislación del Estado y que sean efectivos. Además, la jurisprudencia constante del Comité ha sido exigir sólo el agotamiento de los recursos efectivos judiciales, particularmente, en los casos de alegaciones de violaciones graves de derechos humanos.¹¹⁸ El Comité también ha examinado la situación de la imposibilidad de agotar los recursos por carecer de asistencia jurídica gratuita, decidiendo que no es necesario agotarlos si la persona carece de medios económicos para ello.¹¹⁹

¹¹⁶ CDH, *Aumeeruddy-Cziffra y otras* (1981), párr. 1.1.

¹¹⁷ M. NOWAK, 2003: pp. 695-696.

¹¹⁸ CDH, *Villafañe et al.* (1997), párr. 5.2. Además, *Ellis* (1992), párr. 6.1, donde el Comité sostuvo que la posibilidad de pedir por gracia la conmutación de la pena de muerte no era un recurso en términos del art. 5.2.b

¹¹⁹ CDH, *Henry* (1991), párr. 7.4.

El Examen del Fondo (méritos). El Comité conoce en una misma etapa, la admisibilidad y el fondo del asunto, a menos que el Estado haya pedido, y el Comité consentido, su separación. También el examen del fondo del asunto es escrito y toma la forma de una controversia entre el Estado y la víctima o el autor de la comunicación.

Las decisiones sobre inadmisibilidad, sobre el fondo del asunto o la cesación del caso serán públicas, así como las decisiones en que se solicite a un Estado no innovar para no causar daños irreparables a la víctima de una comunicación pendiente.¹²⁰

El Comité sólo puede examinar pruebas escritas y se exige que todo documento sea acompañado por una de las partes.¹²¹ Muchas pruebas sólo pueden ser proporcionadas por el Estado, por ejemplo, las transcripciones de un juicio oral y el Comité espera que las entregue como parte de su obligación de cooperar con los órganos internacionales.

El dictamen, seguimiento y valor legal. Al finalizar el examen del fondo del asunto, el Comité emite un dictamen en que describe los hechos del caso, pondera la prueba y decide si ha habido o no una violación de un derecho del Pacto. Si decide que se ha cometido una violación, normalmente sugiere el tipo de remedio que considera efectivo.

Ante el silencio del Protocolo Facultativo, se discute el valor legal de los dictámenes del Comité. Una mayoría de autores estima que no son jurídicamente vinculantes.¹²² El Comité es de opinión que no es posible que un tratado internacional haya establecido un procedimiento que demanda tiempo y dinero, “para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto [...] y la aplicación de sus disposiciones”¹²³ y que éste no tenga ningún efecto legal. Las opiniones del Comité constituyen una interpretación de las normas de derechos humanos, dictadas por un órgano internacional, que tiene como función controlar la conducta de los Estados, por tanto los Estados no puede ignorar sin consecuencias.¹²⁴

En la medida en que los Estados están dispuestos a cumplir de buena fe

¹²⁰ *Ibidem*, arts. 86 y 96.5.

¹²¹ *Ibidem*, art. 94.

¹²² Ver M. NOWAK, 2003: 710-712.

¹²³ Protocolo, preámbulo.

¹²⁴ Los Estados están conscientes de esto, como lo demuestra la decisión de Guatemala de poner término a las ejecuciones ordenadas en juicios sumarios llevados a cabo por tribunales militares que no cumplían con las normas del debido proceso, durante el procedimiento ante la Corte para absolver una consulta hecha por la Comisión Interamericana sobre la materia (ver Corte IDH. OC-3/83. Sobre esta Opinión Consultiva, ver MOYER y PADILLA, 1984: 280-289). Otra demostración de la importancia que los Estados asignan a las opiniones es la dictación en el Perú de una ley, la No. 23506, que hace ejecutables las opiniones del Comité de Derechos Humanos con el solo “cúmplase” de la Corte Suprema peruana.

Un interesante estudio sobre este tema de la implementación en el ámbito interno, en Krsticevic y Tojo, 2007. Además este libro contiene una serie de normas dictada en el ámbito

sus obligaciones internacionales, no parece posible sino concluir que un órgano establecido por ellos para pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de sus actuaciones frente a sus obligaciones internacionales debe ser considerado vinculante.

Partiendo de la base que sus dictámenes son para ser cumplidos, el Comité ha establecido un procedimiento de seguimiento de los mismos, que consiste en la designación de un relator, quien puede tomar las medidas y establecer los contactos apropiados para cumplir con su mandato.¹²⁵ El Informe Anual del Comité contiene información sobre estas actividades de seguimiento.

2.2. *El sistema interamericano*

Desde el siglo XIX en adelante, el sistema interamericano, más allá de ciertas materias puntuales, se vinculó, principalmente, a temas de defensa y materias de comercio. Sin perjuicio de lo anterior, hubo un desarrollo progresivo de materias vinculadas a los Derechos Humanos y, en particular, a institucionalizar los mecanismos de protección de los derechos que se iban reconociendo en los instrumentos suscritos por los Estados.¹²⁶

En el mismo contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial se consagró un sistema interamericano de derechos humanos a través de la Organización de Estados Americanos (OEA). La Carta de la OEA señaló como uno de sus principios “los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo” (artículo 5 j.), para más adelante disponer que es un deber de los Estados Miembros el respeto “a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal” (artículo 13). Al igual que en Naciones Unidas, la Carta no definió los derechos humanos y de ahí la relevancia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, documento que hoy se considera parte integrante de la Carta de la OEA.¹²⁷

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la

interno y proyectos legislativos y administrativos que demuestran la complejidad de encontrar con una forma efectiva de implementación local de las decisiones internacionales.

¹²⁵ Reglamento, art. 95.

¹²⁶ En materia de derechos humanos, podemos destacar que en la Primera Conferencia, del año 1826, a través del art. 27 del “Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas”, los Estados firmantes asumieron el compromiso formal de terminar con la esclavitud en sus países y de castigar drásticamente el tráfico de esclavos. Esta será la primera manifestación concreta de preocupación por parte de los Estados participantes de un encuentro de carácter continental, por reconocer una libertad fundamental del ser humano y disponer de los mecanismos necesarios para su vigencia y control. En la Octava Conferencia Panamericana (Lima, 1938), se aprueba por primera vez una resolución referente a los derechos humanos con un carácter específico, además de una “Declaración en Defensa de los Derechos Humanos” (Resolución XVI).

¹²⁷ NIKKEN, 1989: 65-100.

Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica donde se suscribió el 22 de noviembre de 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹²⁸ Esta Convención recoge un amplio catálogo de derechos civiles y políticos, también establece ciertas obligaciones generales de los Estados, fija pautas para resolver conflictos de derechos y regula la suspensión de los mismos.

a) Desde la década de los ochenta en adelante, el sistema interamericano ha desarrollado un amplio *sistema normativo* de protección de derechos humanos, dentro de este sistema destacan los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

b) En el sistema interamericano de protección de derechos humanos son dos los *órganos* encargados del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el año 1959 el sistema cuenta con un órgano encargado del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos, la cual es la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.¹²⁹ La Comisión Interamericana tiene una naturaleza cuasi judicial, ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época y ha ido fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano. Hoy es un órgano de la Carta de la OEA que ejerce su competencia respecto de todos los Estados partes del sistema interamericano. La Comisión tiene una serie de funciones: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; preparar los estudios e informes que considere convenientes para el

¹²⁸ La Convención entró en vigencia el 18 de Julio del año 1978, al ser depositado el instrumento de ratificación de Granada que dio el quórum necesario.

¹²⁹ Fue creada en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959, celebrada en Santiago se estableció una estructura base y se fijó asimismo su finalidad central, cual era, la de “promover” los derechos humanos y se encargó al Consejo de la Organización de Estados Americanos fijar las atribuciones específicas.

desempeño de sus funciones; solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.¹³⁰

A partir del año 1969, con la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se crea la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con funciones jurisdiccionales.¹³¹ La Corte Interamericana ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos¹³² y puede, además, emitir opiniones consultivas.¹³³

(c) En cuanto a los *procedimientos*, en el sistema interamericano, la función de protección de los derechos humanos la ejerce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de los siguientes procedimientos: examen de casos o situaciones de violaciones a los derechos humanos; preparación y publicación de informes, actuación ante la Corte Interamericana y observaciones *in loco*.

A continuación analizaré brevemente algunos de los elementos centrales de cada una de estas funciones.

¹³⁰ Ver artículo 41 de la CADH.

¹³¹ Su antecedente más importante en el sistema interamericano es la Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907 y que funcionó hasta 1918, sin perjuicio que dicha Corte no tuvo competencia en materia de derechos humanos.

¹³² Tiene competencia, además, para conocer de violaciones al párrafo *a)* del artículo 8 y art. 13 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII); además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura (Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle"* (1999), párrs. 180-191) y de la Convención de Belem do Pará (Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro* (2006)).

¹³³ Artículo 64 de la CADH: "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

i) Un primer sistema está basado en la carta de OEA y se refiere al *sistema de control de situaciones de violaciones de derechos humanos*. Este sistema surge de la experiencia histórica frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y se confunde con el desarrollo propio de la Comisión. Desde sus inicios en 1960, la Comisión tuvo como labor central afrontar casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y buscar, más por la práctica que por cualquier otro medio, el camino para actuar efectivamente ante dicho tipo de violación.¹³⁴

Basada en su experiencia práctica, fue la confección de *Informes sobre países* o “*country reports*”, el medio para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el Continente.¹³⁵ Los Informes sobre países se convirtieron en el medio más idóneo para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas, toda vez que este instrumento ataca las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones, esto es, dejaba en evidencia las graves violaciones de derechos humanos que los Estados buscaban ocultar. La Comisión se encuentra facultada para realizar estudios sobre violaciones a derechos humanos ocurridas en un determinado Estado Miembro de la Organización.¹³⁶ Las *visitas in loco*¹³⁷ son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permita acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

ii) El otro procedimiento de protección de derechos humanos consiste en el conocimiento de *denuncias individuales*. En esta materia el sistema interamericano contempla un sistema dual, dependiente de si los Estados han dado o no competencia a la Corte Interamericana. Respecto de todos los Estados parte del sistema, la Comisión tiene facultades para recibir denuncias individuales en las que se aleguen violaciones aisladas de derechos humanos consagrados en aquellos instrumentos internacionales respecto de los cuáles la Comisión tiene competencia.¹³⁸ El acceso a la Comisión es muy amplio y podrá presentar un caso cualquier persona e incluso la Comisión de *mutuo proprio* podrá iniciar una investigación. Los Estados también tiene esta facultad, cumpliendo con ciertas formalidades.¹³⁹ El procedimiento ante la Comisión es cuasi judicial y se tramita fundamentalmente

¹³⁴ MEDINA y NASH, 2007.

¹³⁵ GONZÁLEZ, 1998: 495-500.

¹³⁶ En un primer momento, y en uso de una interpretación amplia de sus facultades, no objetadas por los Estados, la Comisión realizó informes sobre violaciones a los derechos humanos en Cuba, Haití y la República Dominicana, siendo este Estado el único que permitió un estudio *in situ* de la situación. MEDINA, 1998.

¹³⁷ Sobre esta materia ver VARGAS, 1984.

¹³⁸ Al respecto ver MEDINA y NASH, 2007; FAÚNDEZ-LEDESMA, 1999.

¹³⁹ CIDH. *Caso Interstatal* (2007).

por escrito, aunque existe la posibilidad de que se cite a una audiencia para recibir prueba testimonial. Los casos ante la Comisión pueden terminar por solución amistosa, allanamiento del Estado, desistimiento de la víctima o por un informe final.

En aquellos casos en que el Estado ha dado competencia a la Corte, la Comisión está facultada para someter casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención.¹⁴⁰ Esta facultad es relevante ya que es el único mecanismo para que una persona individual pueda hacer llegar un caso ante la Corte (el otro camino sería que el Estado presente el caso, lo que en la práctica no ocurre). El procedimiento ante la Corte es de carácter judicial, con recepción de pruebas escritas u orales. Las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y si en un caso determina que existe una violación a la Convención, está facultada para adoptar medidas de reparación.¹⁴¹

Breve reseña del procedimiento de casos individuales:

1. *El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La CIDH distingue claramente la etapa de admisibilidad y la etapa del examen del fondo, que corre paralelamente con la de intentar una solución amistosa del caso.

La etapa de admisibilidad. La Convención establece requisitos de admisibilidad, en general similares a los del Protocolo Facultativo:

Competencia

■ Legitimación

- *Activa.* A diferencia de lo dispuesto en el Pacto, la posibilidad de acceder al sistema de la Comisión mediante una denuncia o petición individual conforme al artículo 44 de la Convención es amplia: permite que sea presentada por cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales que cumplan los requisitos del artículo.¹⁴² Hay una *actio popularis*. Toda comunicación debe tener siempre una víctima, porque la Comisión no puede utilizar este procedimiento para pronunciarse *in abstracto* sobre una ley o una práctica administrativa. Por otra parte, por disposición de su propio Reglamento, la Comisión puede iniciar, *motu proprio*, “la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin”.¹⁴²

¹⁴⁰ Artículo 61.1 de la CADH.

¹⁴¹ Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en material de reparaciones, ver NASH, 2004 y Cap. III de este libro.

¹⁴² Reglamento Comisión, art. 24.

Asimismo, conforme lo dispone el artículo 45 numerales 1 y 2 de la CADH, los Estados podrán declarar que reconocen competencia a la Comisión para conocer de casos presentados por otros Estados parte (los que también deben haber hecho esa declaración). Estas declaraciones pueden ser por tiempo indefinido, por tiempo determinado o para casos específicos (45.3 de la CADH).

- *Pasiva*. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y 20.b) del Estatuto de la Comisión y 27 de su Reglamento, la comunicación debe estar dirigida contra un Estado que sea parte del sistema interamericano (OEA).

- *Competencia material*

La Comisión sólo puede conocer hechos que constituyan una violación a los derechos humanos consagrados en los instrumentos vinculantes del sistema interamericano que le dan esta competencia, esto es, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respecto de todos los Estados parte de la OEA; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de aquellos que la hayan ratificado.¹⁴³ Además puede conocer algunas materias relativas al Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);¹⁴⁴ la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura;¹⁴⁵ la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;¹⁴⁶ y respecto del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.¹⁴⁷

- *Competencia en razón del tiempo*

Los hechos que se invoquen como constitutivos de violación deben haber sucedido con posterioridad a la fecha en que el tratado respectivo entró en vigencia para el Estado denunciado. También aquí se excepcionan las violaciones continuas, como las desapariciones. De hecho, en el caso de las desapariciones, la Convención específica sobre la materia define el fenómeno como una violación continua hasta tanto no se compruebe el paradero de la víctima.¹⁴⁸ Ha habido jurisprudencia de la Corte sobre este punto, que sugiere que lo continuo es el ocultamiento de la detención, ya que cuando el cuerpo

¹⁴³ CADH, art. 47.b. Corte IDH. *OC-13/93*, párr. 34.

¹⁴⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6.

¹⁴⁵ Reglamento de la CIDH, art. 23. Esto parece ser una interpretación del art. 16 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

¹⁴⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

¹⁴⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, art. 12.

¹⁴⁸ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III.

aparece y se comprueba que murió antes de la vigencia del Pacto para el Estado, la Corte ha decidido que no tiene competencia para conocer de la violación del derecho a la vida.¹⁴⁹ En el mismo sentido, las leyes dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención y que al momento de la ratificación del instrumento vinculante estén vigentes podrán ser conocidas por la Comisión (en realidad ésta no es estrictamente una excepción al principio general porque lo que se aplica es la violación al momento de entrada en vigor del instrumento, que es lo que fija la competencia).

- *Competencia en razón del lugar*

La CIDH sólo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción del Estado respectivo.

Otros requisitos:

- *Fundamentación de la petición*

Innovando con respecto al Protocolo Facultativo del Comité de Derechos Humanos, según el 34 del Reglamento, la Comisión declarará inadmisibles una comunicación si resulta de ella misma o de la exposición del Estado, es manifiestamente infundada o su total improcedencia es evidente.

- *Requisitos de forma*

La Convención exige (art. 46.1.d) que la comunicación contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona o del representante legal de la entidad que somete la petición, por lo cual la comunicación debe ser escrita.¹⁵⁰

- *Prohibición de examen de un asunto pendiente o resuelto por otra instancia internacional (art. 46.1.c) CADH)*

El Reglamento de la Comisión amplía esta causal de inadmisibilidad al disponer que tampoco es admisible una comunicación que reproduce otra ya examinada por otro organismo internacional,¹⁵¹ y precisa que un examen anterior en el contexto de un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión, que no decida sobre los hechos específicos de la comunicación, no inhibe la admisibilidad de la comunicación, como tampoco la inhibe si el peticionario ante la CIDH es la víctima o su familiar y el peticionario ante el otro organismo es un tercero, individual o una entidad no gubernamental.

- *El agotamiento de los recursos internos*

La Convención en el artículo 46 N° 2 establece posibilidades de exención de la obligación de agotar los recursos internos. En primer lugar,

¹⁴⁹ Corte IDH. *Caso Blake - excepciones preliminares* (1996), párr. 33.

¹⁵⁰ Para otros requisitos, ver Reglamento Comisión, art. 28.

¹⁵¹ Reglamento Comisión, art. 33.

no será exigible el agotamiento de los recursos en la jurisdicción interna en aquellos casos en que no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que hayan sido violados. Una segunda excepción dice relación con aquellos casos en que no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos contemplados en la legislación interna, o bien se le ha impedido agotarlos. En tercer lugar, se encuentran aquellos casos en que existe un retardo injustificado en la decisión sobre el recurso.¹⁵²

- Plazo de prescripción de la acción. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención, toda denuncia deberá ser presentada en un plazo de seis meses, contado desde la notificación que se le haga al peticionario de la decisión definitiva dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado.¹⁵³ Si el peticionario sostiene que no debe o no pudo agotar los recursos internos y que, por lo tanto, se encuentra en alguno de los casos de excepción del artículo 46 de la Convención, la petición “deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión”.¹⁵⁴

La declaración de admisibilidad o de inadmisibilidad es pública y deberá, además, incluirse en el Informe Anual de la Comisión.¹⁵⁵

La solución amistosa. El artículo 48.1.f de la Convención dispone que la Comisión “se pondrá a disposición de las partes interesadas” con el propósito de intentar una solución amistosa del caso. La Comisión reglamentó esta disposición en sus normas internas,¹⁵⁶ disponiendo que:

- el procedimiento de la solución amistosa se puede llevar a cabo por iniciativa propia o de las partes;
- puede realizarse en cualquier etapa del examen del caso;¹⁵⁷
- se inicia y continúa sobre la base del consentimiento de las partes;¹⁵⁸
- la negociación puede realizarse por uno o más miembros de la Comisión;¹⁵⁹

¹⁵² En una Opinión Consultiva sobre Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos, la Corte interpretó esta disposición y sostuvo que si, por razones de indignancia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento (Corte IDH. *OC-11/90*).

¹⁵³ La Comisión precisa esto señalando en el art. 32.1 de su Reglamento que el plazo se cuenta “a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos”.

¹⁵⁴ Reglamento Comisión, art. 32.2

¹⁵⁵ *Ibidem*, art. 37.1.

¹⁵⁶ *Ibidem*, art. 41.

¹⁵⁷ *Ibidem*, art. 41.1.

¹⁵⁸ *Ibidem*, art. 41.2.

¹⁵⁹ *Ibidem*, art. 41.3.

- la Comisión puede dar por concluida su intervención en el procedimiento si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, si falta el consentimiento de alguna de las partes o percibe falta de voluntad de la misma para llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos,¹⁶⁰
- si se logra un acuerdo se aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y la solución lograda y lo transmitirá a las partes y lo publicará. Siempre deberá verificar el acuerdo de la víctima y sus causahabientes. Además, deberá velar por la compatibilidad del acuerdo con las obligaciones del Estado contenidas en la Convención, la Declaración y otros instrumentos pertinentes,¹⁶¹ y
- si no hay acuerdo, el trámite continúa.¹⁶²

El examen del fondo. En el examen de fondo de la petición se produce un intercambio de observaciones entre el peticionario y el Estado, teniendo cada uno un plazo de dos meses para hacerlas. En la etapa de investigación, la Comisión puede aceptar todas las pruebas que las partes estimen pertinentes, ya sea en forma oral o escrita.

La convocatoria de audiencia es una facultad y no una obligación de la Comisión¹⁶³ y en ella la Comisión puede solicitar del Estado aludido cualquier información que estime pertinente y recibir, si las partes lo solicitan, una exposición verbal o escrita de los hechos materia de la investigación.

Si el Estado no suministra la información solicitada la Comisión puede presumir que los hechos alegados en la petición son verdaderos.¹⁶⁴ La aplicabilidad de la presunción no ha sido, en principio, rechazada por la Corte Interamericana.¹⁶⁵

*Los informes sobre el fondo y su valor legal.*¹⁶⁶ El artículo 43.1 del Reglamento dispone que si la Comisión decide que no hubo violación, preparará un informe que será transmitido a las partes y se publicará en el Informe Anual que ella elabora para la Asamblea General. Si establece que hubo una o más violaciones, preparará un informe preliminar con proposiciones y recomendaciones, que será transmitido sólo al Estado, fijándole un plazo para que informe las medidas tomadas respecto de las recomendaciones.¹⁶⁷ La adopción del informe y su transmisión al Estado se notificará al peticionario.¹⁶⁸

¹⁶⁰ *Ibidem*, art. 41.4.

¹⁶¹ *Ibidem*, art. 41.5.

¹⁶² *Ibidem*, art. 41.6.

¹⁶³ *Ibidem*, arts. 59 y sptes..

¹⁶⁴ *Ibidem*, art. 39.

¹⁶⁵ *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 138

¹⁶⁶ MEDINA y NASH, 2007.

¹⁶⁷ *Ibidem*, art. 43.2.

¹⁶⁸ *Ibidem*, art. 43.3.

Notificado el Estado, empieza a correr un plazo de tres meses dentro del cual *i)* el caso puede ser solucionado, por ejemplo por un arreglo amistoso, o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión, o *ii)* el caso puede ser enviado a la Corte, ya sea por la Comisión o por el Estado correspondiente. Si esto no sucede, la Comisión puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre el caso y hacer nuevamente recomendaciones, fijando un plazo para que el Estado las cumpla. Es éste un segundo informe. Si el Estado no cumple con las recomendaciones, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos, si publica o no su informe.¹⁶⁹

Si el caso no se presenta a la Corte y la Comisión emite el informe del artículo 51, éste señala el fin del examen de la comunicación. Siendo este informe el término del procedimiento, se discute cuál es su fuerza legal. La Comisión ha invocado razones similares a las invocadas por el Comité de Derechos Humanos para sostener que el Estado está obligado a cumplir con las recomendaciones que se le hagan en ese informe.¹⁷⁰ Pero hay argumentos de *texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* que permiten sostener la obligatoriedad. Desde la vigencia del Reglamento modificado el año 2003, se ha uniformado el procedimiento para decidir un caso, sea contra Estados partes en la Convención o contra Estados que no son partes, a diferencia de lo que sucedía con el Reglamento anterior. El Reglamento dispone un procedimiento común que dispone que se apliquen los artículos pertinentes del reglamento que regulan la etapa de decisión de los mismos a todos los Estados. La única diferencia que subsiste es que el caso contra los Estados que no son parte en la Convención, o que siéndolo no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, no puede ser remitido a este tribunal.

La Comisión ha solicitado a la Corte en varios casos que decidiera que el Estado había violado el artículo 51 de la Convención porque no había cumplido con sus recomendaciones. La Corte a partir del *Caso Loayza Tamayo* sostuvo que:

Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).¹⁷¹

¹⁶⁹ CADH, art. 51; Reglamento Comisión, art. 45.

¹⁷⁰ Ver CERNA, 1998: 105-106.

¹⁷¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo* (1997).

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes”.¹⁷²

Con esto, la Corte acude a la Carta y a la Convención Americana para darle fuerza legal a las recomendaciones de la Comisión hechas de acuerdo con el artículo 51. Además, si aplicamos el principio de que cada disposición debe interpretarse de manera que tenga un efecto útil, parecería lógico darle algún sentido a la diferente formulación de los artículos 50 y 51.

Las medidas cautelares. El Reglamento de la Comisión dispone que en caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario, la Comisión puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado que tome medidas precautorias para evitar un daño irreparable a las personas.¹⁷³

2. *El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*

La Corte sólo puede conocer de un caso cuando se haya terminado el procedimiento ante la Comisión.¹⁷⁴

Aspectos relativos a la competencia:

■ *Legitimación*

- *Activa*, sólo los Estados Partes en la Convención y la Comisión tienen derecho a presentar un caso ante la Corte siempre que hayan reconocido la competencia de la Corte para ello.¹⁷⁵ A partir de la reforma al Reglamento de la Corte del año 2000,¹⁷⁶ una vez que la demanda ante la Corte ha sido admitida, se trata a la víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, como verdaderas partes del proceso, ya que el nuevo artículo 23 les permite presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma.
- *Pasiva*, para que la Corte pueda conocer de un caso contencioso, es necesario que el Estado haya aceptado la competencia de la Corte. Según lo dispuesto por el artículo 62 de la CADH, ésta puede hacerse por una declaración de voluntad o por convención especial. La declaración puede ser pura y simple, o sujeta a condición de reciprocidad, y puede hacerse en el momento de la ra-

¹⁷² Corte IDH. *Ibidem*, párrs. 80 y 81.

¹⁷³ Reglamento Comisión, art. 25.

¹⁷⁴ CADH, art. 61.2.

¹⁷⁵ CADH, art. 62.3.

¹⁷⁶ Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

tificación o la adhesión o en cualquier momento posterior.¹⁷⁷ Como la reciprocidad dice relación con las relaciones entre Estados, no procede cuando la demanda es deducida por la Comisión.¹⁷⁸ Además, la declaración puede tener condiciones en cuanto a su vigencia, puede ser indefinida, por un plazo establecido, para un caso determinado o en términos generales.

■ *Competencia material*

La competencia de la Corte se remite a la Convención Americana, que constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar. La Corte tiene también competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 (asociación) y 13 (educación) del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹⁷⁹ y de los casos en se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.¹⁸⁰ Además, se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁸¹ y respecto de la Convención de Belem do Para (art. 7 violencia contra las mujeres).¹⁸²

■ *Competencia en razón del tiempo*

La competencia *ratione temporae* puede estar referida a una condición de admisibilidad de la demanda o a una condición de aplicación de la actividad jurisdiccional de la Corte. En el primer caso, ésta se refiere al plazo dentro del cual puede presentarse un caso al conocimiento de la Corte. En cuanto a la competencia de la Corte, la Convención se aplica a los Estados una vez que haya entrado en vigencia para los mismos, por lo cual la Corte no podrá conocer de casos cuyos hechos sean anteriores a esa fecha, a menos de que ellos configuren una violación continua.

■ *Competencia en razón del lugar*

Al igual que en el caso de la competencia de la Comisión, la Corte sólo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afecten a personas bajo la jurisdicción del Estado supuestamente responsable de las violaciones a los derechos humanos que se han alegado.

La tramitación del caso. El procedimiento ante la Corte consta de una parte escrita y otra oral. La parte escrita se compone de la demanda, las

¹⁷⁷ Convención, artículo 62.

¹⁷⁸ Corte IDH. OC-2/82, párrs. 29 y sgtes.

¹⁷⁹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6

¹⁸⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros* (1999), párrs. 247-248; *Caso Cantoral Benavides* (2000), párrs. 180-191.

¹⁸² *Caso del Penal Miguel Castro y Castro* (2006).

observaciones a la demanda de la presunta víctima, sus familiares o sus representantes¹⁸³ y la contestación. La demanda debe notificarse por el Secretario de la Corte a los miembros de la Corte, al Estado demandado, a la Comisión (si ella no presentó el caso) y, acorde con el cambio del Reglamento sobre la participación de individuos, también al denunciante original y a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados.¹⁸⁴ En la contestación, que debe realizarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Estado puede aceptar los hechos¹⁸⁵ o contradecirlos. Si pretende interponer excepciones preliminares, debe hacerlo también en esta oportunidad.¹⁸⁶ En la parte oral, que se realiza por medio de audiencias, se desarrollan los alegatos de las partes y se escucha a los testigos y a los expertos.¹⁸⁷

Las pruebas que las partes quieran aportar al proceso deberán ser ofrecidas en la demanda y en la contestación, o en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. No se admitirán otras pruebas, a menos que se invoque fuerza mayor, un grave impedimento o hechos sobrevinientes.¹⁸⁸ La Corte puede procurar de oficio toda prueba que estime útil para resolver el asunto.¹⁸⁹ La Corte ha señalado que a diferencia de los sistemas penales internos de los Estados, el Estado inculcado deberá aportar los medios de prueba que fijen los hechos y no podrá descansar en la imposibilidad que tenga la parte demandante para generar los medios de prueba, ya que en muchos casos ellos no pueden obtenerse sino que con la ayuda del mismo Estado.¹⁹⁰

El término del proceso. Un caso ante la Corte puede terminar por:

- sobreseimiento, si ha habido un desistimiento;¹⁹¹
- por allanamiento del demandado a las pretensiones del demandante;¹⁹²
- por solución amistosa;¹⁹³ o
- por una sentencia.¹⁹⁴

¹⁸³ Reglamento de la Corte, arts. 32 y sgtes..

¹⁸⁴ *Ibidem*, art. 35.

¹⁸⁵ Casos en que el Estado se ha allanado a la demanda: Corte IDH: *Caso Aloeboetoe y otros* (1991); *Caso El Amparo* (1995); *Caso Garrido y Baigorria* (1996); *Caso Benavides Cevallos* (1998); *Caso del Caracazo* (1999); *Caso Trujillo Oroza* (2000); *Caso Barrios Altos* (2001). Compare esto con los casos del 2007, donde prácticamente en el total de ellos el Estado se allana a todo o al menos parte de los hechos.

¹⁸⁶ Reglamento Corte, arts. 36 y 37.

¹⁸⁷ *Ibidem*, arts. 40 y sgtes.

¹⁸⁸ *Ibidem*, art. 44.1 y 3.

¹⁸⁹ *Ibidem*, art. 45.

¹⁹⁰ *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párrs. 135 y 136.

¹⁹¹ Reglamento Corte, art. 53.1.

¹⁹² *Ibidem*, art. 53.2.

¹⁹³ *Ibidem*, art. 54. La Corte, sin embargo, puede decidir proseguir con el caso (art. 55).

¹⁹⁴ *Ibidem*, art. 56.

Si el procedimiento termina por sentencia, ésta es definitiva e inapelable.¹⁹⁵ Si la Corte estima que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y si ello fuera procedente, “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.¹⁹⁶ Dentro de los noventa días a contar de su notificación, las partes pueden solicitar a la Corte una interpretación del fallo, en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance.¹⁹⁷

Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte,¹⁹⁸ pero la Corte no tiene imperio para hacerlo cumplir. Sin embargo, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.¹⁹⁹ El artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

Las medidas provisionales. De conformidad con lo preceptuado en el art. 63.2 de la CADH, la Corte, de oficio o a instancia de parte, puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes en cualquier estado del procedimiento, cuando se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y ello sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

La Corte puede actuar a solicitud de la Comisión incluso antes de que un asunto sea sometido a su conocimiento y si no estuviere reunida, se faculta al presidente, previa consulta con la comisión permanente de la Corte y eventualmente con los demás jueces, para decidir sobre la petición.²⁰⁰

III. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL

Ya he señalado que el derecho internacional ha desarrollado dos sistemas paralelos para enfrentar situaciones graves de violaciones a los derechos humanos: uno centrado en la responsabilidad estatal y otro centrado en la responsabilidad personal, esto último a través de la justicia penal internacional.²⁰¹

A continuación reseñaré algunos temas que han marcado el desarrollo

¹⁹⁵ CADH, art. 67.

¹⁹⁶ *Ibidem*, art. 63.

¹⁹⁷ *Ibidem*, art. 67.

¹⁹⁸ *Ibidem*, art. 68.1

¹⁹⁹ *Ibidem*, art. 68.2.

²⁰⁰ *Ibidem*, art. 62.2; Reglamento Corte, art. 25.

²⁰¹ La justicia penal internacional abarca una serie de situaciones relacionadas, aunque diferentes, a lo que en términos estrictos podríamos denominar violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra, crímenes de agresión, entre otros). Sólo para efectos de simplificar

de la justicia internacional como una forma de respuesta de la comunidad internacional ante ilícitos de trascendencia para la humanidad como un todo. Este es un punto relevante a considerar ya que el desarrollo de la justicia penal internacional está fundado en la idea de que hay ciertos crímenes que no sólo ofenden a las víctimas, sino que son una afrenta a la humanidad, entendiendo esta como un sujeto de derecho internacional.²⁰²

Me centraré en:

- La justificación de la justicia penal internacional y su evolución histórica.
- La Corte Penal Internacional.
- Los crímenes internacionales.

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Si bien la base de la jurisdicción se basa en el aspecto territorial, donde el Estado soberano del territorio donde ocurran ciertos ilícitos será el primer llamado a administrar justicia, es posible que en ciertos casos la decisión de procesar penalmente se desplace a otros foros distintos del interno.²⁰³

La base de esta decisión de traslado de la jurisdicción está en el objetivo común que presenta toda la protección internacional de derechos humanos: proteger al individuo frente al Estado. A objeto de lograr este fin se han explorado diferentes mecanismos, uno de los cuales es la sanción penal. La eficacia de la protección de derechos humanos vía la sanción penal internacional está dada por el reconocimiento de la necesidad de que los individuos respondan personalmente de los crímenes cometidos y no quede todo entregado exclusivamente a la responsabilidad estatal.²⁰⁴ En este sentido, la amenaza de la sanción penal es un medio para disuadir y por tanto, prevenir la comisión de estos actos. Asimismo, la sanción penal, una vez ocurrida la acción criminal, busca un objetivo de satisfacción de la víctima y de castigo al responsable.²⁰⁵

Por tanto, podemos entender al derecho penal internacional como una rama del derecho internacional que tipifica conductas especialmente graves para la comunidad internacional como crímenes internacionales y consagra mecanismos procedimentales para perseguir dichos ilícitos.

el acercamiento al tema, me centraré en aquellas materias más cercanas a los derechos humanos *stricto sensu*.

²⁰² WERLE, 2005: 79-81.

²⁰³ Ambos, 2008: 53-71.

²⁰⁴ Estoy en deuda con la profesora Cecilia Medina quien me iluminó respecto a esta visión unitaria de ambos sistemas normativos.

²⁰⁵ Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana para justificar la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos. Por todos, ver *Caso Almonacid*, párr. 110.

Una aproximación contemporánea al tema de la justicia internacional surge en el período post primera guerra mundial.²⁰⁶ En el propio Tratado de Versalles (1919) se dispone la creación de un Tribunal Internacional Especial para juzgar al Kaiser Guillermo II por “un delito supremo contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados” (artículo 227). Este proceso no condujo a ningún resultado práctico ya que el Kaiser se fugó y solicitó asilo en Los Países Bajos y así pudo evadir la acción de la justicia internacional. Además, respecto de los crímenes cometidos en la misma Primera Guerra Mundial por otros alemanes se produjo un interesante proceso —también frustrado— de juzgamiento. Iniciado el proceso de juzgamiento, Alemania reconoció el derecho de las fuerzas aliadas de juzgar a los infractores de las leyes y costumbres guerra en tribunales de aliados, pero ofreció juzgar ella misma dichos crímenes. Los aliados aceptaron el ofrecimiento con el siguiente resultado: de 901 casos a ser investigados, 888 fueron sobreesidos o finalizaron con declaraciones de inocencia; los 13 condenados finalmente no cumplieron la condena impuesta.

Sin duda que el paso central en materia de justicia internacional se dio en los procesos seguidos al final de la Segunda Guerra Mundial. Los juicios de Nuremberg y Tokio marcaron un hito en este tema, tanto por los esfuerzos de la comunidad internacional por no dejar en la impunidad los crímenes cometidos por el régimen nazi y por Japón; así como por las críticas que surgieron a la forma en la que se desarrolló este esfuerzo.²⁰⁷ En el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (1945), así como en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (Tokio, 1946) se persiguió la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Estos esfuerzos de justicia internacional dieron origen a un proceso de normativo muy interesante. Por una parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los Principios de Derecho Internacional codificados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (1946).²⁰⁸ Posteriormente, se realizaron esfuerzos de codificación a través de la Comisión de Derecho Internacional.²⁰⁹ Como es de suponer, estos esfuerzos no avanzaron en el contexto de la Guerra Fría que —precisamente— congeló toda posibilidad de poner de acuerdo a las principales potencias de la época en dar pasos decisivos en este proceso.

No es casual, por tanto, que no sea sino hasta el término de la Guerra Fría que se dieron nuevos pasos en el ámbito de la justicia internacional. Serán los crímenes que se produjeron en el contexto de la guerra en la Ex-

²⁰⁶ GUEVARA, 2004: 691-735; Werle, 2005: 41-75.

²⁰⁷ WERLE, 2005: 53-56.

²⁰⁸ Resolución 95 (I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.

²⁰⁹ Se tradujo en un Proyecto de “Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, de 1954.

Yugoslavia y los hechos de que fue testigo la humanidad en Ruanda, que se avanzó en este campo.²¹⁰ El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY, 1993) buscó el juzgamiento de responsabilidad internacional por graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949; violaciones de las leyes y costumbres de la guerra; genocidio; crímenes contra la humanidad en conflicto armado, nacional o internacional, dirigido contra la población civil. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, 1994) persiguió responsabilidad para los siguientes ilícitos: genocidio; crímenes contra la humanidad por ataque sistemático o extendido contra población civil por razones políticas, étnicas o raciales o pertenencia a una nación determinada; violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

El proceso de los Tribunales especiales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, pueden ser objeto de críticas similares a las que recibieron los tribunales de Núremberg y Tokio. Podemos resumir dichas críticas en las siguientes:

- Fueron una respuesta *ex post facto*. En este sentido son tribunales especiales y con jurisdicción retroactiva.
- Vinculado con lo anterior, en los casos de la Ex-Yugoslavia y Ruanda la justicia internacional penal recibió críticas muy por problemas de selectividad implícita en la medida que al definir ciertos factores de tiempo y lugar en que se debía centrar la investigación implicaba dejar fuera ilícitos de igualdad gravedad de los que se iban a juzgar.
- También se puede criticar en base a dos preguntas: ¿quién juzga? y ¿a quién se juzga?, principalmente, por el problema de selectividad que se genera. Además, de que en algunos de estos casos existe un claro “juzgamiento de los vencedores a los vencidos” lo que afecta la legitimidad del sistema.
- Un tema muy criticado fue que en estos casos se juzgó responsabilidad penal en circunstancias que no estaban tipificados con anterioridad los ilícitos que iban a acarrear la responsabilidad penal internacional.
- Finalmente, una crítica que siempre ha estado presente respecto de la justicia penal ha sido la crítica que han formulado los Estados en orden a que esta forma de jurisdicción internacional se arroga una actividad propia de las jurisdicciones internas.

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Frente a estas críticas el desarrollo de la Corte Penal Internacional implica un gran paso de la comunidad internacional para dar respuesta a estos cuestionamientos.²¹¹

²¹⁰ GUERRERO, 1999: 64-81; WERLE, 2005: 62-67.

²¹¹ GUEVARA, 2004: 691-704; WERLE, 2005: 67-75.

En este sentido puede ser leído el artículo 1 del Estatuto de Roma.²¹²

La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Por tanto, las principales características de la competencia de la Corte son:

- Carácter permanente, como una forma de superar las críticas a un tribunal especial *ex post facto*. Además, juzgará sólo hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación y no tendrá competencia retroactiva.
- Juzgará sólo los crímenes internacionales más graves, los que estarán previamente tipificados en el propio Estatuto (artículos 5 y sgtes.).
- Juzgará solamente la responsabilidad penal de personas y no de Estados (artículo 25).
- La Corte tendrá un carácter complementario de las jurisdicciones nacionales, esto es, sólo actuará en aquellos casos en que el Estado no pueda hacerlo o no quiera cumplir con esta obligación (artículo 17).

3. CRÍMENES INTERNACIONALES

A partir de las primeras experiencias de la justicia internacional se ha trabajado sobre la base de una triada de ilícitos internacionales:

- Crímenes de guerra
- Crímenes de lesa humanidad
- Crímenes contra la paz (agresión)

Si bien cada uno de estos ilícitos pueden ser estudiados desde una perspectiva histórica para ver cómo han ido evolucionando, en este trabajo me centrare en el estado actual de la discusión, tomando como base el Estatuto de Roma. Opto por este acercamiento al tema toda vez que el Estatuto es el debate más actual sobre la materia y precisamente, la forma en que fueron conceptualizados corresponde a una respuesta a muchos de los debates que han estado presentes en torno a estos ilícitos. En cada ilícito veremos la forma del tipo, los elementos centrales de su construcción y la evaluación de cada ilícito.²¹³

²¹² Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

²¹³ En este sentido, ver: MCCORMACK, 1999: 635-667; WILLIAMS, 2000: 298-330. Asimismo ver Corte Penal Internacional, *Elementos Crímenes*, pp. 116-128.

El marco general de la regulación de los ilícitos internacionales está contemplado en el artículo 5 del Estatuto de Roma:

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

■ *Genocidio (artículo 6)*

El crimen de genocidio se consagra en el Estatuto de la siguiente forma:

ART. 6.—A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de genocidio:

- Un elemento central en la definición del genocidio es la necesidad de que concurra un elemento subjetivo: la intención de cometer el crimen, esto es, de exterminar a un cierto grupo.
- El grupo a ser exterminado debe ser un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Algunas cuestiones que es necesario tener en consideración en el crimen de genocidio:

- Si bien este es conceptualmente parte del delito de crimen de lesa humanidad, se mantiene su tratamiento separado, básicamente, por una cuestión de relevancia del ilícito en la historia del derecho penal internacional y por eso se le trató en forma autónoma.
- No hubo consenso en ampliar el tipo a otra categoría de grupos afectados, como son los grupos políticos
- El acto es de exterminio físico o biológico (se excluye lo cultural)

- *Crímenes de lesa humanidad (artículo 7)*

Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de la siguiente forma:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad:

- El ataque debe estar dirigido contra una población civil
- La característica del ataque es disyuntiva, puede ser “generalizado”, esto es, regido por un criterio cuantitativo o “sistemático” donde el elemento planificación es el central.
- Debe concurrir un elemento subjetivo, dado por el “conocimiento del ataque”.
- Finalmente, el acto con los requisitos señalados debe ser “cometido en el marco de una política de estado o de una organización”.

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad:

- Remueve el nexo con conflicto armado (internacional o nacional)
- Requerimiento de gravedad disyuntivo: puede ser definido vía su extensión o vía la sistematicidad. Esto despeja dudas acerca de si ambos elementos debían concurrir copulativamente.
- Aporta novedades en los actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad, donde se recogen algunos hechos emblemáticos en el mundo de derechos humanos: el apartheid, la desaparición forzada; plantea, además, una visión amplia de actos contra la integridad personal más allá de la tortura; incluye las ofensas sexuales como actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad.
- Se ha criticado que el tipo deja abierta la puerta a actos no expresamente tipificados. En la letra *k*) se señalan “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Esto puede ser un problema a la luz de la necesaria estrictez de los tipos penales.

- *Crímenes de guerra (artículo 8)*

Los crímenes de guerra han sido definidos por el Estatuto de Roma en los siguientes términos:

8.1 “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de guerra:

- A partir del listado de actos que de ser realizados en el contexto general que fija el tipo penal del artículo 8, podemos concluir que los crímenes de guerra son crímenes del *jus in bellum*, esto es, son los crímenes relativos a la forma en la cual se conducen las hostilidades en un conflicto armado.
- Un elemento central para la configuración del ilícito es que los actos que se enumeran en el artículo 8 se comenten como parte plan o política, o bien, como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Por tanto, podrá ser un elemento definitorio que estos crímenes sean planificados o bien también funcionará como elemento definitorio la pasividad de los mismos. No será necesario que estos requisitos concurren copulativamente.

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de guerra son:

- Nivel de gravedad: el Estatuto se refiere a los crímenes de guerra que se comentan bajo una cierta condición de gravedad, esto es, según el Estatuto, aquellos crímenes que se comentan ‘en particular’ como parte del plan o con gran magnitud. No todo crimen de guerra será objeto de la competencia de la Corte, sino sólo aquellos que se comenten bajo este contexto.
- Extensión a conflictos internos: el tratamiento que se da al genocidio es más precisa que en artículo 7, relativo a crímenes de lesa humanidad.
- Es interesante que en la construcción del tipo, al señalar los actos que pueden ser constitutivos de un crimen de guerra, se haga mención a otros instrumentos distintos a las normas del derecho internacional humanitario, como por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño (1989).
- Sobre el uso de armas prohibidas, el Estatuto no cierra el listado. Se establece una lista no exhaustiva.
- *Crímenes de agresión (artículo 5.2)*

Sobre el crimen de agresión, el Estatuto señala:

ART. 5.2.—La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

En la discusión del Estatuto no hubo acuerdo sobre qué se entendería por “agresión” y ello llevó a que se pospusiera la discusión y no se transformara este en un tema que impidiera que el Tratado se acordara.

Es interesante tener en mente cuál es a definición que al respecto ha dado la Asamblea General de Naciones Unidas (3314/1974):

Es el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de N.U.

Algunos aspectos que deben ser tenidos en consideración:

- No hay acuerdo sobre la definición de la agresión y es especialmente difícil que se logre en un nuevo contexto político como el que ha planteado la “guerra preventiva” y la “guerra contra el terrorismo”.
- La definición del crimen de agresión dice relación con el *ius ad bellum*, esto es, el derecho a hacer la guerra.

IV. EL IMPACTO DEL SISTEMA INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS NACIONALES, EN PARTICULAR LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

Un aspecto que es necesario tratar antes de terminar este panorama general sobre el derecho internacional de los derechos humanos, es el impacto que está teniendo este sistema normativo internacional en los sistemas nacionales. Ello nos debe llevar a dos preguntas: ¿cómo se ha insertado en este proceso la incorporación del DIDH a nivel local? y ¿cuál ha sido el impacto del sistema en el ámbito nacional de derechos humanos? Una mirada a los sistemas normativos nacionales e internacional de los derechos humanos revela un proceso de convergencia marcado por el paso desde la subsidiariedad del sistema internacional de derechos humanos, hacia una mayor interacción ente ambos sistemas.

En efecto, una primera etapa en la relación entre el sistema internacional y los sistemas nacionales estuvo marcada por la discusión acerca de la forma de recepcionar las normas internacionales en el ámbito interno. Esto ha sido resuelto generalmente mediante decisiones normativas-constitucionales que han establecido procedimientos de adopción de obligaciones internacionales y de recepción interna, así como la jerarquía de dichas obligaciones de origen internacional una vez que han sido incorporadas en la normativa interna.²¹⁴ A partir de este proceso, la visión tradicional sobre la relación derecho interno-derecho internacional giraba en torno a ciertos

²¹⁴ A. DULITZKY 1996: 129-166

temas puntuales o ciertos “puntos de contacto”.²¹⁵ Pero se han dado pasos hacia una convergencia sustantiva entre ambos sistemas.

La etapa de incorporación formal ha ido dando paso a una segunda etapa caracterizada por la incorporación de los estándares sustantivos desarrollados en el ámbito internacional para resolver cuestiones internas de los Estados. Esta etapa está marcada por dos procesos: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial. En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional, ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Colombia 1991, Venezuela 1998) o de reforma de los mismo (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989, Colombia 1991). Este proceso ha permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional. Es importante tener en consideración que este desarrollo ha ido más allá de lo constitucional y explica los procesos de transformación legislativa en materia de procedimientos, estructuras institucionales de justicia, por mencionar algunos hitos. Dichas reformas no han sido neutras, sino que han tenido objetivos claros y precisos: por una parte, obtener una garantía de los derechos y que estos se encuentren al alcance de las personas; por otra, desarrollar sistemas nacionales compatibles con los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

En materia jurisprudencial, el proceso más interesante ha estado dado en el ámbito de la jurisprudencia latinoamericana que ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos, en especial los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para resolver casos a nivel nacional. Claros ejemplos de esto encontramos en los razonamientos de los tribunales nacionales incorporando estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado; nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia, no serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional.²¹⁶ Este proceso tuvo su origen en algunas jurisprudencias de tribunales superiores que establecieron el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las jurisdicciones nacionales. Dos casos pueden ser citados en este proceso inicial, Argentina y Costa Rica:

La Suprema Corte de Justicia Argentina, señaló en el *Caso Ekmekdjian vs. Sofovich*:

²¹⁵ Por ejemplo los temas propios del agotamiento de los recursos internos o el cumplimiento de las resoluciones internacionales en el ámbito nacional.

²¹⁶ GARCÍA-SAYÁN, 2006.

21. Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1).

Por su parte, la Corte Suprema de Costa Rica, en la sentencia 2313-95 señaló:

...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la fuerza obligatoria de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.

A partir de este razonamiento comenzó un fuerte proceso de incorporación de la normativa internacional en el ámbito interno que ha tenido consecuencias en la recepción de estándares internacionales, pero también en la configuración de una concepción robusta de derechos fundamentales en la región.

Por ello, me interesa esbozar algunas consecuencias de este proceso de convergencia y respecto de las cuales es importante prestar atención, en particular en sus implicancias teórico-prácticas para la garantía de los derechos humanos. Actualmente, en el sistema interamericano hay un proceso de consolidación en el ámbito interno de una visión robusta de los derechos fundamentales que merece ser destacado. En efecto, la recepción constitucional de estándares internacionales ha permitido la configuración de una concepción de derechos fundamentales cuyos elementos corresponden a un desarrollo particular de los elementos propios de todo concepto de derechos fundamentales: estándares normativos sobre derechos subjetivos individuales que decepcionados constitucionalmente cumplen funciones de validación de la actividad estatal. En el proceso de interpretación de estos elementos frente a la realidad de nuestra región se verifican algunas tendencias:

- Los estándares normativos relativos a derechos individuales son incorporados en el texto constitucional como derechos subjetivos, exigibles frente al Estado;
- Estos estándares comprenden una visión amplia de las obligaciones del Estado y no sólo limitada a los derechos de libertad negativa, modelo superado históricamente. Esta visión amplia de los derechos implica la consagración no sólo de libertad, sino que también de derechos de participación y de igualdad para todos los ciudadanos, sin discriminación;
- Se desarrolla un cuerpo de mecanismos eficaces de protección de los mismos;
- A la vez, un sistema normativo que consagra derechos fundamentales contempla un rol activo de los órganos judiciales en cuanto intérprete de las normas de derechos fundamentales, sus principios y valores.

Todo ello ha llevado a configurar una interpretación de los derechos fundamentales con características particulares que la distinguen de los desarrollos europeos en la materia —aun sin cambiar de paradigma— y que pretenden ser una respuesta efectiva ante la realidad de nuestra región, que sea compatible, además, con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Los principales elementos que configuran esta concepción robusta de los derechos fundamentales²¹⁷ son los siguientes:

- Estándar normativo sobre derechos individuales: la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional interpreta estos estándares normativos como un sistema complejo de normas, integrado por principios y reglas.²¹⁸ Los efectos concretos de esta interpretación han sido la configuración de derechos fundamentales a partir de principios constitucionales, la concreción de derechos fundamentales consagrados como principios²¹⁹ y, en materia de solución de conflictos entre principios, la aplicación del juicio de ponderación como instrumento hermenéutico.²²⁰ Además, estos estándares normativos han sido interpretados como obligaciones complejas que, en cada derecho, implican al Estado obligaciones positivas y de abstención.²²¹
- Recepción constitucional: la jurisprudencia constitucional regional ha interpretado que los derechos con protección constitucional son aquellos contemplados en los catálogos de derechos constitucionales y también gozan de esta protección especial aquellos derechos que pueden estar establecidos en otros lugares del texto constitucional (expresados como normas, ya sea principios o reglas), además esta protección especial se aplica a otros que son incorporados por vía interpretativa.²²² Destaca en este punto el desarrollo amplio que se ha hecho de la institución del “Bloque de Constitucionalidad” y la tendencia a considerar la jurisprudencia internacional como fuente de los derechos (vía interpretación auténtica de los mismos).²²³

²¹⁷ La jurisprudencia comparada tiene su origen en casos de la Corte Constitucional Colombiana, Sala Constitucional de Costa Rica, la Suprema Corte Argentina y el Tribunal Constitucional de Perú. Un análisis comparativo que permite esta conclusión, en C. NASH (en prensa).

²¹⁸ ALEXY, 2002^a: 81-172; 2002b: 13-64.

²¹⁹ Sentencia T-426/92 (caso mínimo vital, Corte Constitucional, Colombia); Sentencia 300-90 (caso sobre recurso apelación, Sala Constitucional, Costa Rica); Sentencia 1739-92 (caso sobre debido proceso Sala Constitucional, Costa Rica).

²²⁰ Sentencias C-1287/2001 y T-453/2005 (Corte Constitucional Colombia) y Sentencia 00045-2004-AI (Tribunal Constitucional Perú).

²²¹ Caso T-025/04 (Corte Constitucional, Colombia); Caso 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional, Perú); Caso 6096-97 (Sala Constitucional, Costa Rica).

²²² FAVOREU, 1991: 17-53; Uprimny, 2006: 4-88; Ruiz-Tagle, 2006: 95-128.

²²³ A modo de ejemplo ver: C-225/95 (Corte Constitucional, Colombia); 2313-95 (Sala Constitucional, Costa Rica); Caso *Espósito, Miguel A. s/incidente de prescripción de la acción*

- Los derechos fundamentales como elementos de validación de la actuación de los Estados: la jurisprudencia constitucional regional entiende los derechos como un límite al poder del Estado que se expresa a través de las funciones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. La función objetiva se vincula con la legitimación de las decisiones de los órganos del Estado; la subjetiva, con la garantía efectiva de derechos subjetivos iusfundamentales.²²⁴ La jurisprudencia ha dado un alcance amplio a esta función y, en particular, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado la institución del “estado de cosas inconstitucional” que permite redefinir, a partir de las necesidades de protección que plantea la realidad local, un diseño de garantía a través de esta figura.²²⁵ Esto ha permitido cumplir en forma *sui generis* con las funciones objetivas y subjetivas en ciertos casos de violaciones estructurales de derechos fundamentales.

* * *

Este proceso de convergencia permite configurar un nuevo escenario para los derechos humanos a nivel nacional e internacional que justifica su estudio en forma rigurosa. Tanto a nivel nacional como internacional los derechos humanos cumplen un importante rol de validación de la actuación del poder público, por ello es necesario tener claro los alcances tanto de los sistemas normativos que van a cumplir dicho rol de validación y además, tener clara la forma en que ambos sistemas se relacionan e interactúan.

Este proceso de convergencia configura, sin duda, una nueva relación entre la protección nacional e internacional de derechos humanos. En términos generales, es posible sostener que los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de la interacción.²²⁶ Entiendo por interacción entre los sistemas nacionales e in-

penal promovido por su defensa, 2005 (Corte Suprema Argentina) y Caso 00007-2007-AI (Tribunal Constitucional Perú).

²²⁴ En esto la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha seguido a la europea. Los principales casos europeos relativos a las funciones de los derechos fundamentales son: *Caso Lüth*, 15 enero 1958, (Tribunal Constitucional Federal, Alemania); *Caso 21/81* de sentencia de 15 de junio de 1981 y *Caso 25/81*, de 14 de julio de 1981 (ambos del Tribunal Constitucional español).

²²⁵ Corte Constitucional Colombiana, ver casos, T-153/1998 (caso cárceles) y T-025/04 (caso desplazados).

²²⁶ También el tema de la interacción ha sido tratado por Cançado Trindade, ver CANÇADO, 2001: 267-315. Una aclaración necesaria, la interacción supone una mutua influencia. En este trabajo me centro en la influencia internacional hacia la nacional. El camino inverso también se ha dado, pero no es objeto de preocupación en este estudio; sólo a modo de ejemplo,

ternacionales un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que esta interacción tiene un énfasis preventivo, esto es, será en el ámbito nacional donde se define la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un *corpus iure* de protección de los derechos humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación.

Las garantías normativas se refieren a un dispositivo normativo que permite asegurar el respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y regresión y velar por su integralidad de sentido y función.²²⁷ Constituye interacción normativa la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales.²²⁸ Sin embargo, no puede dejarse presente que ambos sistemas tienen una lógica particular y, por tanto, esta interacción normativa requiere de un esfuerzo de adecuación de los estándares obedeciendo a cada lógica: la protección internacional se desarrolla a través de formas que buscan prevenir las violaciones de derechos fundamentales por medio del control y guía de los actos estatales permitiendo a los Estados adecuar sus prácticas internas y no sólo su legislación;²²⁹ la instancia nacional debe preocuparse de organizar todo el aparato del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Todo ello apunta a la idea de Peces-Barba en orden a que esta interacción normativa requiere de una “homogeneidad estructural”,²³⁰ que implica buscar las mejores garantías en el plano nacional e internacional, sin que la aplicación de ninguno de estos sistemas pueda implicar un menoscabo a

se pueden señalar la influencia que han tenido los desarrollos normativos nacionales en la configuración de derechos colectivos protegidos a nivel internacional; la configuración del derecho de acceso a la información; la garantía del “control de convencionalidad” que tiene su origen en el control de constitucionalidad propio del ámbito interno, las garantías penal del inculcado y su impacto en derecho penal internacional, entre otras materias.

²²⁷ PÉREZ LUÑO, 1993: 66.

²²⁸ Para un estudio de la experiencia europea en esta materia, ver PECES-BARBA, 1999: 655-659.

²²⁹ MEDINA y NASH, 2003.

²³⁰ PECES-BARBA, 1999: 664.

los derechos reconocidos al individuo. Dicho esto debemos señalar que la homogeneidad estructural debe tener en consideración los límites establecidos por el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, que nos permite hablar de ciertas obligaciones *erga omnes*, esto es, normas establecidas en beneficio de la humanidad como un todo y respecto de la cual todos los Estados tienen interés en su respeto y, por tanto, son obligatorias para el Estado, aún sin haber concurrido con su voluntad expresamente, lo cual constituye un sistema dual de protección y límite al sistema interno.²³¹

En cuanto a la interacción jurisdiccional, esta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso jurisdiccional, nacional o internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de estos. Lo central para una efectiva garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. En esa lógica los sistemas nacionales deben guiar su actuar por los estándares que se fijen internacionalmente; de no hacerlo comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Así, podemos señalar, a modo de ejemplo, que las garantías procesales deberán adecuarse para cumplir con los estándares internacionales; el recurso de inconstitucionalidad en materia de derechos fundamentales deberá ser resuelto a la luz de la normativa internacional y de su jurisprudencia; deberán establecerse en el ámbito interno recursos sencillos y rápidos que garanticen los derechos fundamentales; el recurso de *habeas corpus* (recurso especial) también deberá cumplir con la normativa y criterios internacionales, tanto en lo formal como en sus efectos.²³²

Finalmente, debemos tener en consideración que el conjunto de la normativa internacional e interna en materia de protección de los derechos fundamentales, constituyen normas intangibles, fuera del alcance del voluntarismo estatal y por tanto, un límite a la soberanía. En materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales.

Todo este sistema debiera estar estructurado sobre las bases de un nuevo orden público internacional cuya piedra angular sean las normas sobre derechos humanos consagradas internacionalmente, los principios generales del derecho (desarrollados en el ámbito nacional e internacional) y la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales, ya sea nacional o internacional. Estas fuentes debieran constituir la base de todo sistema de

²³¹ ACKERMAN, 1991; CRISTI y RUIZ-TAGLE, 2006: 42-43.

²³² En esto he seguido el esquema de protección jurisdiccional de PÉREZ LUÑO, 1993: 79-93.

protección y en torno a ellas desarrollar un sistema coherente, sin las limitaciones propias del voluntarismo estatal vigente desde el s. XVII.²³³ Para ser consecuentes con este *corpus iure* de protección con base en normas superiores a la voluntad del Estado, debemos estructurar un sistema normativo (normas, instituciones, prácticas jurisprudenciales) que permita al individuo la posibilidad de invocar en el plano nacional la normativa constitucional e internacional y para recurrir expeditamente a la instancia jurisdiccional internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.
- ABRAMOVICH, V., "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", en *Revista de la CEPAL*, N° 88, abril, 2006.
- ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. I, 1991.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.
- , "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.
- AMBOS, K., *Derecho y Proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2008.
- BELLOMO, M., *La europa del derecho común*. Galileo Galilei, Roma 1996.
- BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BUERGENTHAL, T., GROSSMAN, C. & NIKKEN, P., *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Venezuela, 1991.
- , *Derechos Humanos Internacionales*, Editorial Gernika, México, 1998.
- CANÇADO, A.A., "La Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- CERNA, C., "The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organization and Examination of Petitions and Communications", en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. (editores), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- CRISTI Y RUIZ-TAGLE, "¿Qué es el Constitucionalismo?", en *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano*. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006.
- DULITZKY, A., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo ibero-

²³³ En este sentido es especialmente interesante las elaboraciones teóricas que ha desarrollado el juez Cançado Trindade en sus votos razonados en sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver *Caso Masacre Plan de Sánchez*, *Caso Herrera Ulloa*; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*.

- americano”, en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica.
- FAÚNDEZ-LEDESMA, H., “La protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia”, en BUERGENTHAL, T. (editor), *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, N.P. Engel, Kehl, Alemania, 1984, pp. 101-126.
- , *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999.
- FAVOREU, L., “Ponencia francesa”, en *El Bloque de Constitucionalidad*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.
- , *Droit Constitutionnel*, Dalloz, París, 1998.
- FERRAJOLI, L., “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, A. y PISARELLO, G. (ed.), Trotta, Madrid, 2001.
- , “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, H., “Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos”, en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Tomo I, IIDH, San José, Costa Rica, 2003.
- GARCÍA-GALLO, A., “El derecho común ante el nuevo mundo”, en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1982.
- GARCÍA-SAYÁN, D., “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2006.
- GONZÁLEZ, F., “Informes sobre Países, Protección y Promoción”, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José - Costa Rica, 1998.
- GUEVARA, J., “La Corte Penal Internacional (Un acercamiento a su competencia y jurisdicción)”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, C. Martin et al., Fontamara, 2004.
- JOSEPH, S., SCHULZ, J. y CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2000.
- KRSTICEVIC, V. y TOJO, L., Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales, CEJIL, 2007.
- MARIÑO, F., *Derecho Internacional Público. Parte General*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- MCCORMACK, T., “Jurisdictional aspects of the Rome Statute for the new International Criminal court”, en *Melbourne University Law Review*, December 1999.
- MEDINA, C., *The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter-American system*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988.
- MEDINA, C. y NASH, C., “Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina”, en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1, diciembre 2003.

- , *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2007.
- MOYER, C. y PADILLA, D., “Executions in Guatemala as decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83”, en CIDH, *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington, D.C., 1984.
- NASH, C., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.
- , *La concepción de Derechos Fundamentales en América Latina. Tendencias Jurisprudenciales*, (en prensa).
- NIKKEN, P., “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, mayo 1989, pp. 65-100.
- NORRIS, R. E. y REITON, P. D., “The suspension of guarantees: A comparative analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties”, en *American University Law Review*, vol. 30, 1980.
- NOWAK, M., *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff, 2003.
- PALACIOS, P., *La No discriminación*, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derechos-Universidad de Chile, 2006.
- PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999.
- PÉREZ LUÑO, L., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PRIETO, L., “El juicio de ponderación”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002.
- RUIZ-TAGLE, P., “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario”, en BORDALÍ (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. LexisNexis, Chile, 2006.
- UPRIMNY, R., *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Colombia, 2006.
- VAN BOVEN, T., “Mechanisms: Their Competition and Coexistence” (1992), en *Human Rights from exclusion to inclusion; principles and practice. An anthology from the Work of Theo van Boven*, F. Coomans, et al. (eds.), Kluwer Law International, 2000.
- VARGAS, E., “Las Observaciones in loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 290-305 *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington DC., 1984.
- VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002.
- VILLEY, M., *La formation e la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit*. Paris, 1975.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirand lo Blanch, Valencia, 2005.
 WILLIAMS, S., "The Rome Statute on the International Criminal Court: from 1947-2000 and Beyond", en *Osgoode Hall Law Journal*, Summer 2000.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

■ *Asuntos y Opiniones Consultivas*

Asunto de Viviana Gallardo y otras, resolución de 13 de noviembre de 1981. Serie A, No. 101/81.

El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Artículos 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982. Serie A, No. 2.

Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A, No. 3.

La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.

El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8.

Garantías judiciales en estados de emergencia (Artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A, No. 9.

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989. Serie A, No. 10.

Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A, No. 11.

Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-13/93, de 16 de julio de 1993. Serie A, No. 13.

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A, No. 16.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18.

■ *Casos Contenciosos*

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 28 de julio de 1988. Serie C, No. 4.

Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, No. 7.

- Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia de 4 de diciembre 1991. Serie C, No. 11.
- Caso El Amparo vs. Venezuela*, sentencia de 18 de enero 1995. Serie C, No. 19.
- Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia de 2 de febrero 1996. Serie C, No. 26.
- Caso Blake vs. Guatemala, excepciones preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C, No. 27.
- Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33.
- Caso Benavides Cevallos vs. Perú*, sentencia de 19 de junio 1998. Serie C, No. 38.
- Caso del Carachazo vs. Venezuela*, sentencia de 11 de noviembre 1999. Serie C, No. 58.
- Caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.
- Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C, No. 64.
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69.
- Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73.
- Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.
- Caso Barrios Altos vs. Perú*, interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, No. 83.
- Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.
- Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125.
- Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.
- Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160.

Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162.

Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 163.

Caso Bueno Alves vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 164.

Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Caso Interestatal 01/06, Informe N° 11/07, Inadmisibilidad, *Nicaragua c. Costa Rica*. OEA/Ser/L/V/II.127

Corte Internacional de Justicia

Réserves á la Convention sur le Génocide. Avis Consultatif. CIJ Recueil, 1951.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ, Reports 1971.

Corte Europea de Derechos Humanos

Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, judgment of 25 april 1978. Series A, No. A26.

Corte Penal Internacional

Elementos Crímenes. ICC-ASP/1/3(part II-B), publicado en http://www.icc-cpi.int/about/Official_Journal.html (visitado diciembre 2005).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas

Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Observación General N° 18, "No Discriminación", de 10 de noviembre de 1989.

Observación General N° 29, "Estados de Emergencia (art. 4)", 31 de agosto de 2001.

Observación General N° 31, "Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", del 26 de mayo de 2004.

Caso Massera et al. v. Uruguay. Comunicación 5/1977, dictamen de 15 de agosto de 1979 Publicado en *Selección de Decisiones Adoptadas con Arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Naciones Unidas, 1988.

Aumeeruddy-Cziffra y otras c. Mauricio. Comunicación 35/1978, dictamen de 9 de abril de 1981.

Burgos c. Uruguay. Comunicación 52/1979, dictamen de 29 de julio de 1981.

Lovelace c. Canada. Comunicación 024/1977, dictamen de 30 julio 1981.

Kitok c. Suecia. Comunicación 197/1985, dictamen de 27 de julio de 1988.

Lubicon Lake c. Canadá. Comunicación 167/1984, dictamen de 26 de marzo de 1990.

Henry c. Jamaica. Comunicación 230/1987, dictamen de 1 de noviembre de 1991.

Ellis c. Jamaica. Comunicación 276/1988, dictamen de 28 de julio de 1992.

Toonen vs. Australia. Comunicación 488/1992, dictamen de 04 de abril de 1994.

Villafañe et al. c. Colombia. Comunicación 612/1995, dictamen de 29 de julio de 1997.

Kavanagh c. Irlanda. Comunicación 1114/2002, dictamen de 25 de octubre de 2002.

Krausser v. Austria. Comunicación 890/1999, dictamen de 23 de octubre de 2002.

102 blanca

CAPÍTULO III

PASADO, PRESENTE Y FUTURO
DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

Para reflexionar sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se pueden seguir muchos caminos, son muchas las formas de abordar el análisis del sistema de protección de derechos humanos en la región, cada una con sus virtudes y defectos. Podría revisar su historia, analizar sus instituciones, ver el alcance del cumplimiento de las resoluciones y sentencias, los nuevos avances en el tema jurisprudencial, entre otros. Pero en este caso seguiré un camino distinto. Lo que me propongo es analizar cuál es la situación que enfrenta hoy el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y cuáles son las perspectivas de evolución de los próximos años, si quiere seguir siendo un sistema capaz de dar respuesta efectiva ante las necesidades en la región.

La hipótesis de trabajo que guiará este trabajo será que frente a una nueva *realidad* en la situación de los derechos humanos en el continente, surgen nuevos *desafíos* para los mecanismos de protección y que esto debe dar paso a una *reformulación* de las prácticas en el sistema de derechos humanos, sin necesidad de modificar su base normativa.

Por tanto, voy a dividir este trabajo en cinco partes: I) la evolución del sistema y cuál es su estado actual; II) los cambios que se han producido en la realidad de los derechos humanos en la región y que obligan a un nuevo acercamiento al tema; III) el análisis de los campos en los que se requiere una discusión renovada a la luz de la nueva realidad y que implican, en definitiva, modificar los estándares hoy prevalecientes en el sistema interamericano de derechos humanos; IV) la formulación de algunas reflexiones sobre cómo estos cambios deben ser hechos cuidadosamente para no deslegitimar el sistema; V) finalmente, algunas conclusiones.

I. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA Y SU ESTADO ACTUAL

1. ALGUNAS CUESTIONES QUE SE DESPRENDEN DE LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

A partir de la evolución histórica del sistema interamericano de derechos humanos¹ surgen algunos criterios normativos que iluminan el debate actual sobre la protección de los derechos humanos en nuestra región. A continuación analizaré (i) el objetivo central de todo sistema normativo de derechos humanos; (ii) a partir de esto determinaré los elementos que deben tenerse en consideración para evaluar el sistema interamericano de derechos humanos y, (iii) finalmente presentaré una visión actual del sistema interamericano de derechos humanos.

Con estos elementos a la vista estaré en condiciones de sustentar el hecho de que estamos ante una nueva realidad y por tanto, a partir de estos criterios normativos, se hace necesario replantearse la protección de derechos humanos en el sistema interamericano.

1.1. *Objetivo del sistema: la protección efectiva de los derechos humanos*

El punto de partida de toda evaluación de un sistema normativo de derechos humanos debe ser si éste se encuentra en condiciones de cumplir con el objetivo central de cualquier sistema de protección de derechos humanos: la efectiva garantía del pleno goce y ejercicio los derechos consagrados internacionalmente. Dar efectividad a la protección de los derechos humanos ha sido el propósito final de todo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control se han estructurado dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema.

1.2. *Elementos que deben tenerse en consideración para evaluar la efectividad del sistema*

Una cuestión que debemos recordar al evaluar los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos es que estos se han estructurado en la práctica. Por ello muchas veces muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen, precisamente, a un sistema que no ha evolucionado.

¹ MEDINA, 1988; GONZÁLEZ, 2001; MEDINA y NASH, 2007.

do coherentemente, sino que siempre ha estado motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente.²

De esta forma, lo que define a los sistemas de protección es su respuesta ante las siguientes preguntas: ¿qué tipo de violación de derechos humanos es a la que debe hacerse frente? y ¿cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz? Hasta hoy el análisis se ha hecho sobre la base de la siguiente distinción: aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. Todo el sistema de protección internacional se ha estructurado para dar una respuesta a estas dos realidades, intentado apuntar a los elementos esenciales de cada tipo de violación.³

Por una parte, puede que las violaciones de derechos humanos sean graves (*gross*) y sistemáticas, es decir, que obedezcan a una política de gobierno que las comete o que permite que se cometan por terceros que no sean oficialmente agentes del Estado. Si las violaciones obedecen a una política del gobierno, el caso que se examine ante el órgano internacional no versará sobre una discrepancia jurídica entre el gobierno y el peticionario respecto a la interpretación o alcance de un derecho (como en los casos individuales); sino que el centro estará en determinar la veracidad de los hechos denunciados. La intervención de los órganos políticos del sistema internacional será fundamental para lograr una modificación de las situaciones, mediante la presión entre pares ante las instancias nacionales con capacidad de modificar la conducta violatoria de derechos humanos.

Por otro lado, las violaciones aisladas tienen como premisa que los Estados en los que los tratados internacionales están vigentes, están sometidos al imperio de la ley, esto es, son un Estados de Derecho. Si bien es posible que se presenten casos de violaciones de derechos, el Estado en conjunto no está comprometido con dichas violaciones y está dispuesto a realizar lo necesario para evitarlas. De esta forma, en principio, los casos de violaciones de derechos humanos debieran ser reparados en el propio Estado con el concurso de los poderes públicos y la opinión pública. Sólo en el evento que la violación no sea resuelta satisfactoriamente internamente, opera el sistema internacional, ya sea a través de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales. Ambos mecanismos operan sobre la base de la buena fe del Estado, que buscará solucionar el conflicto en el ámbito interno o en el campo internacional (mediante soluciones amistosas), o bien, acogiendo la solución que establezca la instancia internacional.

Para hacer frente a estos dos tipos de violaciones de derechos humanos, se han establecido en el sistema interamericano dos órganos principales

² NOWAK, 2003.

³ NASH, 2005a.

encargados del control internacional: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.3. *Evaluación del sistema interamericano de derechos humanos*

Un primer período para el sistema interamericano comprende, básicamente, las décadas de los sesenta y setenta que están marcadas por una situación de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos.⁴ En la región se habían instalado una serie de gobiernos dictatoriales, ya sea de derecha o de izquierda, que tenían como característica común haber usado las violaciones de los derechos humanos como parte de las políticas de Estado para mantenerse en el poder y para implementar proyectos de sociedad de largo plazo.

Desde sus inicios, en 1960, la Comisión tuvo como labor central afrontar casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y buscar, por la práctica más que por otros medios, el camino para actuar efectivamente ante dicho tipo de violación.⁵ Basada en la experiencia, fue la confección de Informes sobre Países o “country reports”, el medio para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el Continente.⁶ Estos Informes se convirtieron en el medio más idóneo para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas, toda vez que este instrumento ataca las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones, dejando en evidencia la verdad sobre el acaecimiento de estas.

El segundo período (décadas ochentas y noventas) es especialmente complejo para el sistema. Si bien los gobiernos democráticos tenían un compromiso teórico con el sistema, en la práctica se produjo un cierto conflicto entre el control internacional y los Estados.⁷ El contexto político es clave para entender este distanciamiento. Los procesos de transición a la democracia trajeron consigo una serie de desafíos en el ámbito de los derechos humanos, en particular, cómo lidiar con un legado de violaciones de derechos humanos. En este sentido la Comisión mantuvo una posición crítica con ciertas políticas estatales en relación con el juzgamiento de violaciones de derechos humanos en el pasado reciente de varios países.⁸

A partir de la década de los noventa se comienza a observar una evolución en la forma que la Comisión ha abordado el tema de los Informes,

⁴ MEDINA, 1988.

⁵ MEDINA y NASH, 2007: 95-103.

⁶ GONZÁLEZ, 1998: 495-500.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana, 1985-1986, pág. 204; en el mismo sentido, Informe 28/92 (Argentina), Informe 29/92 (Uruguay) Informe de la CIDH 1992-1993; Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), Informe Anual de la CIDH 1996, párr. 49; Informe 1/99, caso 10.480 (El Salvador) Informe Anual de la CIDH 1998, párr. 107.

abriendo campo para el desarrollo de Informes Temáticos, que tratan sobre ciertos temas que son comunes al sistema interamericano y que son constitutivos de violaciones a los derechos humanos.⁹ Los Informes temáticos han ampliado la concepción de las violaciones de los derechos humanos, permitiendo entrar a considerar materias que obedecen a un patrón sistemático, incluso cultural y estructural y no a situaciones aisladas o propias de un país en particular.

Además, en este período —principalmente en la década de los ochenta— la relación entre la Comisión y la Corte no fue especialmente fluida. Tomó varios años en que ambas instituciones lograran una convivencia armónica. Durante años ambos órganos han estado en conflicto —no desatado, pero real— lo que ha llevado a un desarrollo no unitario del sistema. Pensemos en la actitud de la Comisión de no enviar casos contenciosos a la Corte durante años;¹⁰ la actitud de la Corte de presentarse como un órgano superior a la Comisión y que corrige en sus procedimientos;¹¹ las modificaciones de reglamentos no coordinadas entre ambos órganos, entre otros.

Finalmente, este segundo período está caracterizado por una serie de casos individuales resueltos por la Corte que comienzan a demostrar que este es un mecanismo que puede ser efectivo para la protección de derechos humanos en casos de violaciones aisladas de derechos. Pero también comienza a ser usado para casos que escapan del imaginario que está tras los casos de violaciones individuales (pensemos en todos los casos del Perú en los años noventa y principios del dos mil; los casos sobre el conflicto colombiano, los casos de niños e indígenas).

II. UNA NUEVA REALIDAD

Lo que propongo, a continuación, es entregar una serie de elementos de análisis que permiten configurar una nueva realidad a la que debe hacer frente el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Me centraré en tres elementos que me parecen decisivos para configurar esta nueva realidad: una nueva tipología de violaciones de derechos humanos a la que debe dar respuesta el sistema; una nueva relación entre los sistemas normativos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos; y, finalmente, una nueva percepción del sistema por parte de los usuarios.

⁹ La Comisión ha dictado relevantes informes en el tema de mujeres, terrorismo, indígenas, cárceles, entre otros. Ver <http://www.cidh.org/pais.esp.htm>

¹⁰ La Corte entra en funciones en 1979 y la Corte sólo envía su primer caso contencioso en el año 1986. Ver en este sentido, Medina, 1990: 439-464.

¹¹ Ver Corte IDH. *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A, No. 19.

Tal como he señalado, frente a una nueva realidad, deben darse nuevas respuestas. La confluencia de estos tres elementos debiera determinar una nueva forma en la que se desarrollen los aspectos centrales del sistema de protección de derechos humanos. Lo que plantearé en el apartado IV es qué características debe tener esta respuesta.

1. UN NUEVO TIPO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS: ESTRUCTURALES

Tal como hemos señalado *supra* el sistema internacional de derechos humanos y el propio sistema interamericano ha operado tradicionalmente bajo dos tipos de violaciones (masivas y sistemáticas y las aisladas o individuales) y ha estructurado los mecanismos para hacer frente a estas violaciones. Hoy, en cambio, la realidad es más compleja y me parece que es posible sostener una nueva categoría de violación de derechos humanos: las violaciones estructurales.

Para caracterizar estas violaciones debe tenerse en consideración que en estos casos es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.

A continuación analizaré los elementos constitutivos de esta categoría de violaciones de derechos humanos:

El primer elemento —violación de derechos humanos— está vinculado con aspectos institucionales. En los casos de violaciones estructurales estamos ante un orden institucional (estructuras y procedimientos del Estado) que permiten, facilitan o al menos no impiden adecuadamente la violación de derechos humanos de un grupo determinado de la sociedad. Estamos ante una situación generalizada (no esporádica o excepcional y además que afecte a un grupo relevante de personas) de violación de derechos garantizados convencionalmente que pueden no ser objeto de una planificación estatal, que ni siquiera sea intención del Estado producirla, pero que es posible sobre la base de la institucionalidad vigente.

El segundo elemento está dado por los afectados por la violación generalizada de derechos. En general, los casos de violaciones estructurales afectarán a un grupo determinado de la sociedad, perfectamente reconoci-

ble y distinguible, que ve violados sus derechos como consecuencia de su pertenencia a dicho grupo.¹²

El tercer elemento es uno de tipo subjetivo. En las violaciones estructurales la sociedad en su conjunto adopta una cierta posición distante respecto de la violación de derechos a un grupo determinado, sea porque omite cualquier pronunciamiento en contrario invisibilizando la violación, sea porque abiertamente justifica la situación de vulneración de derechos que afecta al grupo. En la primera situación estarían por ejemplo los niños; en la segunda, se ubicaría la situación de las personas privadas de libertad.¹³

El cuarto elemento está vinculado con la respuesta ante la situación de afectación de derechos. Las medidas para solucionar la vulnerabilidad extrema descrita compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional al Estado de importancia. En cuanto a la actuación del Estado, para que las prácticas sean constitutivas de una violación estructural, es necesario que estemos frente a la inactividad del Estado, estando obligado a hacer algo (omisión del Estado) o la ineficiencia de su actividad (esto es habiendo desarrollado alguna actividad, esta no ha tenido resultado para poner fin a la situación de vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas).¹⁴

Algunas aclaraciones siempre necesarias: el planteamiento de esta nueva tipología en ningún caso debe ser interpretada como que las anteriores han sido superadas. Al contrario, esta tipología lo que pretende es completar y aclarar el cuadro de las violaciones de derechos humanos en la región. Las violaciones individuales siguen siendo un aspecto central en el trabajo del sistema y principalmente de la Corte. Por su parte y en forma lamentable, todavía es posible encontrarse con casos relativos a violaciones masivas y sistemáticas que deben ser resueltos por la Corte.¹⁵

¹² Esto es precisamente lo que la Corte ha comenzado a hacer explícito en años recientes a partir de la construcción de argumentos sobre la base del principio de igualdad y no discriminación. Estoy en deuda con Claudia Sarmiento por este alcance en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

¹³ Este ha sido un elemento que se ha desarrollado ampliamente en los casos de violencia contra las mujeres, ver CIDH, *Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, de 7 marzo 2003.

¹⁴ Un desarrollo muy acabado de este elemento lo encontramos en una jurisprudencia nacional. En efecto, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado la figura del "estado de cosas inconstitucional" donde la respuesta del Estado es clave para configurar esta situación, ver Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-153/1998 y T-025/2004.

¹⁵ A modo de ejemplo, basta ver los siguientes casos de los años 2005 y 2006: *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005); *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005); *Caso Masacre de Pueblo Bello* (2006); *Caso de las Masacres de Ituango* (2006).

En segundo lugar, tengo claro que toda nueva tipología requiere de alguna justificación en cuanto a su utilidad; no basta con que sea un interesante ejercicio intelectual, sino que tiene que ser necesaria. Me parece que esta tipología es útil y necesaria en cuanto supera ciertas limitaciones que presenta la tipología tradicional y permite, por tanto, que la respuesta sea más conducente al resolver las causas de estas violaciones. Las violaciones masivas y sistemáticas están construidas sobre la base de la planificación estatal, por tanto, para que estemos ante este tipo de violación y sea factible activar los mecanismos adecuados para enfrentarla, será necesario acreditar la existencia de este plan, lo que en las violaciones estructurales no es necesario. En esta nueva tipología bastará con acreditar los resultados y no será necesario entrar a determinar si obedece a no a una planificación desde el aparato estatal.¹⁶

En cuanto a las violaciones aisladas, estas operan sobre la base de que estamos ante casos individuales que han afectado a una o algunas personas por ciertas deficiencias en el actuar de los agentes, pero en los cuales no hay un compromiso institucional o cultural necesariamente involucrado; por tanto, la respuesta es individual y no sistémica. Si operamos con esta lógica, las respuestas ante las violaciones estructurales tendrán dos problemas: aparecerán como insuficientes (si sólo se busca resolver el caso concreto) o desvinculada con el caso (si se pretende por su intermedio resolver toda la situación basal). Ambos aspectos son superados a través de la tipología propuesta.

2. INTERACCIÓN ENTRE LOS SISTEMAS NACIONALES Y EL SISTEMA REGIONAL

Un segundo elemento que configura una nueva realidad es la confluencia cada vez más estrecha entre los sistemas nacionales e internacional en materia de derechos humanos.

El derecho internacional ha desarrollado un acervo normativo y jurisprudencial relevante sobre derechos humanos que ha comenzado a impactar en los sistemas nacionales y que ha aportado nuevos elementos para el análisis de los temas que han sido propios de las concepciones de derechos fundamentales.

Este proceso de creación dogmática y jurisprudencial en el sistema in-

¹⁶ Uno podría plantear que la categoría de las violaciones masivas y sistemáticas puede abarcar este tipo de violaciones. Esto sólo es correcto si modificamos lo que se entiende por violaciones masivas y sistemáticas y, en particular, si eliminamos de la definición del elemento de la planificación (sobre la relevancia de este elemento, ver C. MEDINA, 1988: 15-16). Si esto es así, lo que estamos haciendo es cambiar la concepción de las violaciones masivas y sistemáticas y transformándolas en otra cosa. No parece que este sea un camino teóricamente correcto, aunque reconozco que es seductor, en tanto, no requiere el esfuerzo de construir una nueva categoría.

ternacional ha tenido impacto en el sistema interamericano. Principalmente el constitucionalismo latinoamericano ha recogido el debate europeo y los avances doctrinarios y jurisprudenciales internacionales. Donde mayor desarrollo ha habido en materia de una concepción de los derechos fundamentales es en la jurisprudencia constitucional latinoamericana.¹⁷ En efecto, a partir de los años noventa, como consecuencia de modificaciones constitucionales de relevancia en lo normativo, así como de una nueva praxis jurisprudencial, se ha producido una convergencia entre los sistemas constitucionales y el sistema internacional de derechos humanos. El desarrollo de un proceso de gestación de nuevos textos constitucionales (Colombia, Venezuela), de reforma de los mismos (Argentina, Chile) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica), han permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional.¹⁸

Un primer paso en este proceso de convergencia ha sido la recepción formal del derecho internacional y, en especial, de los instrumentos internacionales en la normativa interna.¹⁹ Un segundo paso es la incorporación del acervo normativo internacional, esto es, la incorporación de los estándares internacionales —reflejados en los principios y de la jurisprudencia internacional— en el razonamiento jurisprudencial nacional relativo a derechos fundamentales. Casos relevantes en este proceso lo constituyen Argentina, Costa Rica y Colombia.²⁰

Por tanto, se configura en nuestra región *nuevo panorama* para la relación entre los ámbitos nacionales e internacionales de protección de los derechos individuales. Estamos en presencia de una nueva concepción del Estado de Derecho democrático que no se amolda a los estándares tradicionales desarrollados ni por el Estado Legislativo de Derecho, ni por el Estado Constitucional de Derecho, sino que se acerca a una nueva *concepción democrática constitucional* que incorpora elementos tanto del constitucionalismo nacional como del derecho internacional de los derechos humanos.²¹

¹⁷ Este tema lo he tratado *in extenso* en mi tesis de doctorado sobre la concepción de derechos fundamentales que emana de parte importante de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, ver NASH, 2008.

¹⁸ FIX-ZAMUDIO, 2003: 201-232.

¹⁹ En esta materia debemos tener en consideración que la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno busca determinar el procedimiento mediante el cual estas se incorporan al sistema jurídico interno y con qué jerarquía lo hacen. De acuerdo con los sistemas comparados, es la Constitución Política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno, toda vez que éstas ya están validadas por el derecho internacional público. Esta será una decisión político-normativa del Estado.

²⁰ Un análisis detallado de este proceso en NASH, 2008.

²¹ Para un estudio sobre los alcances del debate Estado Legislativo/Estado Constitucional en el sistema europeo, ver FERRAJOLI, 2003: 13-30.

Este proceso tiene como efecto una nueva relación entre los sistemas normativos nacionales y el internacional. Cada vez ambos sistemas interactúan buscando la mejor forma de garantizar los derechos humanos frente a sus amenazas. Por ello hoy es posible sostener que el sistema internacional de derechos humanos es complementario a la garantía nacional y no meramente subsidiario. Esta complementariedad implica, en la práctica, que frente a cada situación que afecte los derechos humanos podrá recurrirse a las normas y mecanismos que ofrezcan una mejor respuesta frente a la amenaza de una violación o ante su concreción.

3. UN MAYOR CONOCIMIENTO Y USO DEL SISTEMA INTERAMERICANO POR PARTE DE LA SOCIEDAD CIVIL

El tercer elemento que configura esta nueva realidad es una nueva percepción del sistema que se traduce en la cada vez mayor utilización de sus mecanismos de protección por la sociedad civil. Sin duda que en la medida que la sociedad civil percibe que el sistema interamericano es capaz de solucionar temas que en el ámbito local no son posibles de ser solucionados, esta vía se ha ido transformando en una más de las posibilidades con las que cuentan las personas en la defensa de sus derechos. De esta forma, el sistema se torna en una posibilidad para todos los habitantes y no sólo de una cierta élite.

Son tres los componentes de esta oleada. Por una parte, la cuantitativa. Son cada vez más los casos que llegan al sistema, la amplia puerta de entrada al sistema que configura el artículo 44 de la Convención permite un acceso expedito y que las personas están utilizando.²²

El segundo elemento es cualitativo. Cada vez nos encontramos con casos que no corresponden sólo a afectaciones al derecho a la vida o la integridad personal, sino que comienzan a presentarse casos de mayor sofisticación (por ejemplo en libertad de expresión). Asimismo, es un claro ejemplo de este proceso la situación vivida en los días siguientes a lo que en Argentina se llamó “el corralito”, cuando miles de personas presentaron comunicaciones por la afectación a sus derechos ante la Comisión Interamericana. Aquí vemos una excelente muestra de lo cuantitativo (cerca de 3000 presentaciones) y cualitativo (nuevos derechos alegados).

El tercer elemento es subjetivo. Son cada vez más los actores que están pensando en el sistema; ya no son sólo un par de organizaciones internacionales las que presentan casos (tradicionalmente Cejil y Human Rights Watch), sino que nuevos actores se incorporan. Uno en particular me interesa

²² Artículo 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. Un estudio de los alcances de esta norma en MEDINA y NASH, 2007: 55-58.

destacar, la acción a nivel internacional de instituciones dependientes del Estado.²³ Esto demuestra, precisamente, el interés de nuevos actores, con toda la complejidad que puede presentar el hecho que sean instituciones estatales que demandan al propio Estado.

Todo este conjunto de cambios en el uso del sistema también nos está hablando de una transformación de fondo en la realidad del sistema con miras al siglo XXI.

III. REPLANTEÁNDOSE LA RESPUESTAS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO

A partir de la nueva realidad surge la necesidad de determinar cuál es el sistema de protección de derechos humanos capaz de cumplir de mejor forma su objetivo permanente, cuál es la mejor y más eficaz garantía de los derechos humanos. Si se asume la nueva realidad, la pregunta adecuada debiera ser ¿cuáles elementos de aquellos que son propios de un sistema de normativo de derechos humanos debieran ser replanteados, modificados y cuáles elementos debieran ser agregados?

Con el objeto de ordenar el debate lo que haré será analizar cada uno de los tres componentes de un sistema de normativo de derechos humanos a la luz de los nuevos desafíos y formularé algunos comentarios que puedan servir de base a una discusión sobre esta materia. Dividiré el análisis en los aspectos normativos, orgánicos y procedimentales.

Nuevamente una aclaración necesaria. Sin duda que el sistema interamericano de derechos humanos hoy presenta una serie de cuestiones que debieran ser objeto de análisis, pero la extensión de este documento y, en particular, el deseo de plantear el que me parece es el tema de fondo para el sistema, me llevará a omitir algunas cuestiones que parecieran ser importantes de discutir. Pienso, fundamentalmente, en algunas cuestiones vinculadas con los procedimientos ante la Comisión y la Corte; nada que una buena coordinación y una ponderada visión desde las presidencias y secretarías ejecutivas no puedan resolver adecuadamente.

1. NORMATIVO, SIN CAMBIOS

En lo normativo, la prudencia aconseja no abrir los instrumentos y, en particular, la Convención Americana a una discusión. Sin duda que el grueso de los temas planteados como desafíos actuales podría tener cabida en una nueva discusión convencional, pero el peligro de que esto abra la puerta a visiones restrictivas de los derechos convencionales por parte de los

²³ En el caso de Fermín Ramírez con Guatemala, la presentación del caso ante la comisión la hizo el Instituto de Defensa Penal, ver *Caso Fermín Ramírez* (2005).

Estado es demasiado grande. Por tanto, cualquier modificación al sistema debiera ser discutida sobre la base de la intangibilidad de los instrumentos que son la base del sistema.

En segundo lugar, los esfuerzos debieran desplegarse en esta etapa para lograr articular la mejor interpretación de los instrumentos actuales más que pensar en nuevos desarrollos normativos. La jurisprudencia de la propia Corte Interamericana ha demostrado capacidad para adecuarse a ciertos desafíos del sistema y por tanto, lo que debiera hacerse es profundizar ese esfuerzo.

2. ÓRGANOS: REDEFINIENDO LOS ROLES Y LAS RELACIONES

Frente a los desafíos actuales del sistema interamericano uno puede plantearse las siguientes reflexiones: es necesario dar pasos decididos hacia la unidad del sistema. Para ello, es necesario lograr una mayor coordinación entre los órganos (Comisión y Corte) y avanzar hacia la instalación de un sistema verdaderamente coherente. La coordinación entre los órganos es fundamental para hacer frente, eficazmente, a los casos de violaciones estructurales. Por las características antes señaladas, las respuestas desde el sistema internacional no pueden quedar radicadas en un solo órgano o en un solo tipo de procedimiento. Es necesario coordinar esfuerzos de tipo político y jurisdiccional debidamente articulados para lograr el mayor impacto. Frente a violaciones estructurales se requiere un componente político importante que obligue al Estado a tomar medidas, pero además hay un componente reparatorio central y la mejor forma de obtenerla es por la vía contenciosa. Para esto, resulta necesario comprender que cada etapa es una parte de un esfuerzo colectivo en pro de una mejor protección de los derechos humanos.

Cuando hablo de coordinación estoy pensando en cosas muy concretas: que los reglamentos de ambos órganos sean discutidos en conjunto y sus reformas sean coordinadas; que las actividades de las relatorías estén coordinadas con la presentación de los casos individuales; que las medidas de reparación, en particular las garantías de no repetición, tomen en consideración los estudios en terreno que practica la Comisión y que permiten una visión más completa de la realidad y las modificaciones que esta requiere, entre otros temas.

Una luz de alerta. Me parece necesario recalcar la importancia que tiene el trabajo de la Comisión a través del control político. Los informes país y los informes temáticos son una necesidad en el sistema. Es impensable, con las condiciones actuales del sistema, pensar en dejar de lado estas actividades de la Comisión. Al contrario, estas debieran ser fortalecidas y ser-

vir, en muchos casos, como una alerta temprana frente a violaciones de derechos humanos.²⁴

3. PROCEDIMIENTOS

El tercer componente que debemos tener en consideración es el procedimental. A nivel de procedimiento, tanto en la Comisión como en la Corte, es necesario tomar algunas decisiones de forma tal que los órganos puedan cumplir eficazmente con sus obligaciones. Aquí me centraré en los que me parecen son los nudos del sistema para lograr una efectiva protección de los derechos en las condiciones actuales del sistema. Como es obvio no tengo una solución para cada tema, al contrario, muchas veces tengo más dudas que certezas y lo que pretendo es articularlas de la forma más coherente posible y dar pie a un debate necesario en el sistema.

Una vez más me parece necesaria una advertencia. Tengo conciencia que muchas de las cosas que plantearé no son consistentes con las prácticas actuales del sistema. Mi punto es que debemos mirar los objetivos del sistema y ver cómo se cumplen estos. Si los primeros comisionados se hubiesen preguntado exclusivamente “¿qué función nos ha sido asignada?” sin mirar la realidad y los objetivos de todo sistema de protección de derechos humanos, hoy no tendríamos un sistema de protección de derechos humanos.

3.1. *Protección de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través del sistema interamericano*

Atendidas las bases constitutivas de las violaciones estructurales, una cuestión que tendrá que abordar el sistema con mayor profundidad de lo que ha hecho hasta ahora es la relativa a la protección de los DESC. Sin duda que la Convención Americana presenta un serio obstáculo al estar centrada en derechos civiles y políticos, pero no es insalvable. Las visiones actuales sobre este tema han abierto caminos para abordar la protección jurisdiccional de los DESC²⁵ y la propia jurisprudencia de la Corte en casos en que se ha enfrentado con violaciones estructurales así lo ha hecho.²⁶

El camino seguido por el sistema interamericano ha sido analizar el tema a la luz de los derechos garantizados en la Convención y, en particular, a partir del principio de no discriminación. Esta es una aproximación al tema, pero sería bueno preguntarse si es suficiente. Sin duda que los esfuerzos normativos han sido importantes (pensemos en el Protocolo de San Salva-

²⁴ En este sentido es interesante la experiencia europea que al eliminar la Comisión perdió un importante filtro de casos individuales, pero lo más relevante, perdió un mecanismo para canalizar situaciones de violaciones de derechos humanos.

²⁵ ABRAMOVIC y COURTIS, 2004.

²⁶ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”* (2004); *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005).

dor), pero la actividad de los órganos no ha avanzado lo suficiente. La Comisión está llamada a cumplir un rol central en este tema, tanto por la posibilidad de activar mecanismos de control no contencioso, como por la posibilidad de usar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que sí contempla estos derechos y que hoy sin duda es un documento vinculante para todos los Estados parte de la OEA.

Por tanto, afrontar el tema de los DESC es primordial si se quiere atacar uno de los pilares sobre los cuales se constituyen las situaciones de vulnerabilidad propias de las violaciones estructurales. Para ello no sólo es necesario seguir los caminos actualmente en uso, sino que es necesario abrir nuevas formas de garantía efectiva de estos derechos. Estas garantías deben ser respetuosas de las realidades nacionales y ser consistentes con un sistema democrático, por lo que es necesario buscar respuestas que conjuguen ambos elementos.²⁷

3.2. *Problemas con la prueba*

Este es un tema que viene pendiente en el sistema desde hace muchos años. La base de la cuestión está en la necesidad que tienen las partes de probar dos veces los hechos en el procedimiento contencioso. Si bien con el actual Reglamento de la Corte²⁸ se ha dado un paso importante para la unidad del sistema, permitiendo dar por probados los hechos con la prueba rendida en la Comisión; en la práctica, esto no ha tenido los efectos esperados. La Corte sigue probando todos los hechos en su procedimiento contencioso y, por tanto, las víctimas tienen una doble carga, probar ante la Comisión y luego ante la Corte. Aquí hay un problema de fondo que puede explicarse porque la Corte entiende que el procedimiento ante la Comisión es insuficiente. Para ello debieran darse dos pasos: determinar cómo avanzar en la judicialización del trabajo de la Comisión y fijar ciertos criterios que justifiquen repetir la prueba, criterios que las partes debieran conocer de antemano.

Apuntar en el camino señalado debiera llevar a que la Corte se transforme más en un tribunal de derecho que en uno de instancia.

3.3. *Medidas provisionales*

Este es un punto interesante de analizar. En un comienzo el art. 63.2 de la Convención fue interpretado muy restrictivamente en el sentido que se aceptan como causales para decretar las medidas la protección, ya sea de testigos, evitar la muerte de los condenados a dicha pena cuando sus casos se estuvieran conociendo por el sistema, entre otros.²⁹ Para ello era neces-

²⁷ V. ABRAMOVICH, 2006: 59-82.

²⁸ Artículo 44.2 del Reglamento de la Corte.

²⁹ Artículo 63.2 "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario

rio identificar a la víctima de la amenaza y los hechos que la fundaban. En cambio hoy el sistema ha ido ampliando este tipo de medidas, dando pasos hacia una medida no de protección, sino cautelar (una suerte de “amparo internacional”); en un primer momento, a través de la ampliación de los motivos que las justificaban, vinculándose no sólo con la afectación del derecho a la vida o la integridad personal, sino otros derechos que pudieran estar amenazados y que requirieran de una protección especial para no tornar ilusoria la resolución del caso en sede internacional.³⁰ Una segunda ampliación vino por el lado del sujeto de protección; en efecto, la Corte ha dictado medidas provisionales a grupos, sin necesidad de identificar a cada uno de los sujetos de la protección.³¹

Pero el tema más conflictivo y que, sin duda, pasará a ser tema de debate en el futuro próximo es la posibilidad de que el sistema otorgue medidas de este tipo sin la necesidad de que exista un caso que las respalde. Me explico, para que una medida provisional sea otorgada por la Corte es necesario que esté conociendo del caso en que se enmarca la petición de medida provisional, o bien, que la medida sea solicitada por la Comisión. Ambas posibilidades suponen que haya un caso en tramitación.

Atendida la facilidad de acceso al sistema internacional, el conocimiento del mismo y la cada vez más estrecha relación entre ambos a la que me he referido como una de las bases de una realidad en el sistema, existe la posibilidad de plantear la solicitud de medidas cautelares ante la Comisión sin que se haya presentado un caso. La Comisión ha accedido a otorgarlas, en el entendido que las medidas cautelares están contempladas en el Reglamento de la Comisión y, por tanto, no hay mayores limitantes normativas (habría una modificación de hecho de una cuestión que depende de la propia Comisión). El problema es ¿qué ocurre si se presenta una solicitud de medida provisional ante la Corte, sin que exista un caso en tramitación? Aquí la cuestión es más compleja porque el artículo 63.2 dispone que “Si se trata de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. La clave será determinar si cuando la Convención habla de “asuntos” se refiere exclusivamente a casos ya en tramitación, o bien, puede ser interpretado en términos más amplios y, por tanto, ser comprensivo de peticiones cautelares sin un caso que las sustente. Me parece que una interpretación amplia es factible. Por la naturaleza de las medidas provisionales y su objeto y fin, no podría ser interpretada la Convención en esta materia en forma restrictiva, sino que debe darse la inter-

evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

³⁰ MEDINA y NASH, 2007: 93-95.

³¹ A modo de ejemplo, ver *Caso de la Cárcel de Urso Branco* (2002).

pretación que mejor garantice los derechos y en este caso, esta interpretación sería aquella que permita este tipo de presentaciones. A mayor abundamiento, cuando la Convención trata este tema no establece requisitos de fondo, sino que únicamente de legitimación: quien debe presentar la medida es la Comisión y no directamente la parte.

Podría objetarse que esto desnaturaliza el procedimiento contencioso ante el sistema interamericano. No comparto esta apreciación, ya que el procedimiento contencioso no se modifica y sigue con sus bases inalteradas, aquí estamos en otro supuesto (de hecho tratado en un numeral aparte dentro del art. 63 de la Convención), cuál es una medida de protección urgente frente a un caso de “extrema gravedad y urgencia”.

3.4. *Las class action*

Una de las discusiones más interesante en el derecho comparado es la relativa a las *class actions*. Estamos pensando en concreto en la posibilidad de resolver situaciones que afecten a un grupo de personas a través de la acción de alguna de ellas. Por tanto, resolviendo un caso en sede internacional, se sientan las bases para aplicar el mismo criterio y, por tanto, la misma solución a todos quienes se encuentran en dicha situación.

En el sistema interamericano este parece ser un camino al que habría que prestar atención ya que las *class action* apuntan precisamente a solucionar casos como los relativos a las violaciones estructurales. De esta forma, la solución que se dé a un grupo o un peticionario podría ser la base aplicable a todos quienes comparten su situación.

Este camino presenta problemas. Hoy la Comisión pareciera que está pensando en esto en algunos de sus presentaciones ante la Corte, pero aquí se ha encontrado con una barrera muy firme por parte del órgano jurisdiccional, quien sigue pensando en términos muy estrictos para determinar a los beneficiarios de reparaciones. Este es un punto central. La Corte interpreta su competencia en términos estrictos: sólo puede disponer reparaciones para aquellos que han sido considerados víctimas de la violación, han comparecido al caso y, por tanto, pueden ser individualizados.³²

A través de la figura de la *class action* lo que se podría hacer es precisamente que la Corte disponga de medidas de reparación para todos aquellos que se encuentran en una situación idéntica a las del compareciente, sin necesidad de que hayan participado en el proceso contencioso. Este es el debate que debe tener el sistema y por tanto, sincerar las posiciones. El tema no es que la Comisión sea menos estricta y la Corte más, lo que sucede es que están pensando y utilizando el sistema de manera diferente. Lo que debe hacerse es resolver el tema más que seguir con un diálogo de sordos.

³² Un buen ejemplo de esto en *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”* (2004), párr. 273; *Caso Moiwana* (2005), párrs. 176-178.

La pregunta una vez más debe ser ¿cómo garantizar mejor los derechos?, ¿qué interpretación de la competencia de los órganos permite una mejor protección?

3.5. *Las medidas reparatorias*

Las reparaciones son el componente esencial en los casos individuales.³³ Todo el procedimiento de casos individuales está estructurado de forma tal que la sentencia, en caso de ser condenatoria para el Estado, se traduzca en medidas de reparación para la víctima. En los casos de violaciones estructurales la cosa se complica. Por una parte está la víctima individual que ha llegado con su caso ante la Corte, pero además están las estructuras institucionales y culturales que la permitieron y otras personas que están en su misma situación.

La Corte en su jurisprudencia sobre reparaciones demuestra estar plenamente consciente de esta situación. De ahí que se haya puesto énfasis en dos tipos de medidas. Por una parte, las medidas destinadas a la reparación individual (restitución, compensación, satisfacción); por otra, las medidas destinadas a modificar las causas que permitieron se concretara la violación (medidas de garantía de no repetición). En este sentido, si bien las garantías de no repetición pueden no tener un vínculo directo con la víctima, sí lo tienen con la obligación de garantía en una faceta preventiva. Por tanto, estas medidas tendrán un efecto reparatorio en relación con las víctimas y preventivo respecto de toda la sociedad.

No entraré aquí en el detalle de las medidas de garantía de no repetición dispuestas por la Corte, sino que me centraré en su vinculación con las bases de las violaciones estructurales. En la práctica, las medidas destinadas a garantizar que las violaciones que conoce la Corte no se repitan, son uno de los instrumentos más eficaces con que cuenta el sistema para abordar las causas de las violaciones estructurales. A través de medidas de este tipo se pueden imponer cambios institucionales y promover cambios culturales que permitan superar desde la base las causas que ponen a las víctimas de violaciones estructurales en situación de vulnerabilidad. Promover medidas de cambio institucional (no sólo legislativas, sino que de tipo administrativo, de políticas públicas, etc.) y cultural (campañas de educación, campañas de cambio cultural) pueden ser eficaces en la medida que también sean combinadas con un proceso de seguimiento y supervisión tanto por parte de los órganos de control como de la sociedad civil.

La limitación del tipo de medidas me parece que está dado en el vínculo entre la violación analizada y las medidas de no repetición que se dispongan. En esta materia debe existir un cierto correlato; disponer medidas

³³ Ver NASH, 2004. Una versión actualizada, ver NASH (2005) y el Capítulo III de este libro.

que no tengan relación con la violación analizada en el caso podría deslegitimar el conjunto y ello puede ser un riesgo real para el sistema, según veremos *infra*.

3.6. *El cumplimiento de sentencias*

Finalmente, en el ámbito del procedimiento de casos individuales, parece central que en los Estados se establezcan mecanismos que garanticen el cumplimiento de las resoluciones internacionales. Es difícil pensar en la efectividad del sistema sin que los Estados actúen de buena fe y establezcan mecanismos eficaces para que las resoluciones dictadas por los órganos de control en materia de derechos humanos se cumplan efectivamente.

Estos mecanismos de cumplimiento son parte de la visión integrada de la protección de los derechos humanos propia de un concepto moderno de los derechos fundamentales que entiende que estos derechos tienen una función como derechos subjetivos que debe estar garantizada institucionalmente.³⁴

Por tanto, una visión integral de la protección debe tener un componente normativo (compatibilidad de las normas internas con los estándares internacionales) y otro jurisdiccional (visión del proceso contencioso internacional como un paso más dentro de la protección efectiva de los derechos), así como un mecanismo eficaz para hacer exigibles en el ámbito interno las resoluciones dictadas por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, sean estas jurisdiccionales (Corte Interamericana) o cuasi jurisdiccionales (Comisión Interamericana, Comités de Naciones Unidas).

IV. LÍMITE: LEGITIMIDAD DEL SISTEMA

El planteamiento que he formulado hasta aquí ha estado centrado en caracterizar la nueva realidad de los derechos humanos en el sistema interamericano y determinar cuáles son las respuestas normativas dentro del marco vigente en el sistema. Queda pendiente un tema central, la legitimidad de las medidas propuestas. En efecto, si queremos que el sistema siga desarrollándose y no sea abandonado por los interesados (Estados y sociedad civil) debemos ser capaces de dar respuestas sobre los límites que tiene el sistema para adecuarse a la realidad.

Cualquier análisis sobre un sistema normativo de derechos estaría incompleto si no se hace cargo de la pregunta sobre la legitimidad de su actuar, esto es, la coherencia entre sus funciones, los procedimientos utiliza-

³⁴ NASH, 2005c: 73-100.

dos y los resultados obtenidos. Es esencial para todo sistema normativo y en particular aquellos consagrados en el ámbito internacional, tener bases sólidas que legitimen su actuar. Esto no sólo desde un punto de vista teórico, esto es, por qué es vinculante un sistema, sino que también desde su práctica.

Por ello, el análisis del sistema interamericano debe preguntarse si su situación actual y los cambios que se pueden promover afectarán la legitimidad del sistema. Mantener una situación sin bases de legitimidad o proponer soluciones que puedan implicar deslegitimar el sistema sería una irresponsabilidad y podría afectar todos los avances que ha tenido el sistema desde su praxis en las pasadas cinco décadas.

Consecuencialmente, aquí tenemos un criterio de corrección para el análisis de la realidad. La legitimidad del sistema, de sus normas y mecanismos es central en las apreciaciones que he formulado.

A continuación analizaré el tema de la legitimidad desde la visión de los Estados y luego desde la sociedad civil.

1. LOS ESTADOS

Para que los Estados sientan el sistema como legítimo deben cumplirse, a mi juicio, tres condiciones: sentir que aquello a que se comprometieron es lo mismo que se les exige; que la responsabilidad internacional siga estándares claros en materia de atribución y reparaciones; y que en los procedimientos sean tratados en "igualdad de armas".

Sobre el compromiso, lo central es que los órganos en su trabajo de control sean capaces de explicitar y fundamentar que las recomendaciones, informes, sentencias, etc., están vinculadas con los compromisos del Estado. Si el Estado se ha comprometido en sede internacional lo hace de buena fe y para cumplir con sus obligaciones. Por tanto, una objeción que podría ser legítima sería que las exigencias son diferentes a aquellas que fueron adquiridas.

En segundo lugar, si se va a atribuir responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos, los órganos de control deben aplicar ciertos estándares estrictos en materia de atribución de responsabilidad y reparaciones. La atribución de responsabilidad debe ser fundada y basada en los hechos acreditados. Un error sería considerar que todos los casos que lleguen al sistema "deben" terminar en condenas. El sistema debe ser capaz de actuar con seriedad en sus procedimientos y fundar sus resoluciones adecuadamente. En materia de reparaciones los órganos de control y en particular, la Corte deben tener siempre presente que si bien a través de las medidas de reparación se puede ampliar el ámbito de las reparaciones, el vínculo entre la violación y las medidas no puede perderse, debe haber en el conjunto de las reparaciones una relación lógica entre la víctima, la violación y la reparación.

Sobre la igualdad de armas en los procedimientos es necesario que estos guarden ciertos resguardos formales y de fondo. Me interesan estos últimos y, en particular, el rol de la Comisión en los casos ante la Corte. El actual sistema mantiene una idea errada que ha acompañado al sistema desde sus inicios: considerar a la Comisión como “parte” en el juicio ante la Corte. No es sano para el sistema que la Comisión sea vista como un órgano imparcial en Washington y cuando viaja a Costa Rica se transforme en una parte interesada en ganar el juicio. Sin duda que la Comisión tiene un rol central como un órgano que controle la actividad de los Estados y puede colaborar en ese entendido en los casos contenciosos, pero eso no quiere decir que sea parte, con un interés en el juicio diferente al de lograr una correcta interpretación de la Convención. La Comisión en este sentido es un órgano de la Carta de la OEA y de la Convención Americana y, por tanto, la correcta implementación e interpretación de los derechos humanos debe ser su interés central en el sistema. El hecho que hoy las partes puedan actuar en el proceso ante la Corte permite dar pasos serios en determinar un rol claro de la Comisión y este sigue siendo un desafío pendiente para el sistema.

Ahora, debe quedar muy claro que la igualdad de armas no puede significar que aquellas cargas que tiene el Estado sean disminuidas. Las obligaciones de prueba, las cargas especiales de prueba, etc., deben seguir siendo del Estado y no podría excusarse en esta idea de la “igualdad de armas” para evitar cumplir con sus obligaciones de colaborar de buena fe con los órganos de control internacional.

2. LA SOCIEDAD CIVIL

Para la sociedad civil, que como hemos visto antes, ve al sistema internacional cada vez más como una posibilidad próxima para controlar las actividades del Estado, la legitimidad del sistema está directamente vinculada con la capacidad de este para dar respuesta efectiva frente a sus problemas.

En el ámbito contencioso el aspecto más interesante en la evaluación desde la sociedad tiene que ver con el acceso al sistema, el acceso específicamente a la Corte, la duración de los procedimientos contenciosos y el cumplimiento de las resoluciones. Sobre el acceso al sistema no se ven problemas graves en el actuar actual de la Comisión, salvo en ciertas dudas que presentan las comunicaciones que son desechados por la secretaría antes de ser considerados un “caso” propiamente tal, esto es, antes que sea conocida su admisibilidad por los comisionados. El problema sí es más complejo en el acceso a la Corte, sigue siendo una cuestión muy diferente tener un caso que termina ante la Comisión y uno que termina ante la Corte. Aquí hay dos problemas, por una parte la dualidad del sistema en cuanto hay países que sólo son controlados por la Comisión y no han ratificado la Convención. Por otro, casos que sí son enviados a la Corte cuando este órgano tiene competencia y otros que no lo son, pese a haber competencia. Es cier-

to el tema que si todos los casos pasan a la Corte hay peligros de colapso del sistema, pero la solución de un filtro poco transparente como el que hoy opera en el sistema, no parece adecuado.

La duración de los procedimientos en el sistema internacional es otra cuestión preocupante. Si a los Estados se les exigen estándares rigurosos en materia de debido proceso, el sistema interamericano debiera predicar con el ejemplo.

Finalmente, para que el sistema siga teniendo legitimidad ante la sociedad civil es vital establecer mecanismos eficaces para el cumplimiento de las resoluciones internacionales. Para ello es necesario un rol más activo de las instancias políticas del sistema que siguen siendo las grandes ausentes en el esquema institucional de control interamericano de derechos humanos.

En cuanto a los procedimientos de Informes, es necesario acercar estos a la población. Para ello hay dos medidas urgentes: establecer mecanismos claros a través de los cuales la sociedad civil pueda activar el control internacional, principalmente en el tema de los informes temáticos y por otra parte, clarificar cuál es la forma en la cual la sociedad civil puede aportar antecedentes para la realización de los Informes. De esta forma, el sistema se acerca a las personas y el trabajo final puede verse efectivamente enriquecido por los aportes de la sociedad civil.

V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

1. El sistema interamericano de derechos humanos se ha construido sobre la base de la experiencia. La evolución de sus mecanismos de protección de derechos humanos ha intentado ser una respuesta adecuada ante una realidad cambiante en materia de derechos humanos en la región.

2. La evolución del sistema nos demuestra que hoy existen nuevos desafíos a partir de una realidad cambiante y que está definida por el objetivo del sistema que no es otro que dar efectividad a los derechos consagrados internacionalmente en el contexto de nuestro sistema regional de derechos humanos.

3. La nueva realidad está definida por la preeminencia de un tipo particular de violaciones de derechos humanos (violaciones estructurales), por una nueva relación del derecho internacional de derechos humanos y el derecho interno de los Estados; y, finalmente, por una nueva relación de la sociedad civil con la protección internacional de derechos humanos.

4. Frente a esta nueva realidad se hace necesario repensar el sistema. Los cambios necesarios están en el campo de los órganos y los procedimientos del sistema. Las normas no debieran ser modificadas ya que el riesgo de abrir a la discusión el sistema normativo y tener retrocesos, es alto en nuestra región.

5. Cualquier modificación a las prácticas del sistema interamericano de derechos humanos debe tener presente que es necesario resguardar la legitimidad del mismo y esta legitimidad está dada por la percepción que del mismo tienen los Estados y la sociedad civil.

6. Pienso que todos estos elementos permiten tener por probada la hipótesis que ha sido planteada en este estudio: frente a una nueva realidad en la situación de los derechos humanos en el continente, surgen nuevos desafíos para los mecanismos de protección y que esto debe dar paso a una reformulación de las prácticas en el sistema de derechos humanos, sin necesidad de modificar su base normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVIC, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.
- ABRAMOVICH, V., "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", en *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Argentina, 2006.
- FAÚNDEZ, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, San José, Costa Rica, 1999.
- FERRAJOLI, L., "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, M. (ed.), *Neo constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, H., "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Tomo I, IIDH, San José, Costa Rica, 2003.
- GARCÍA BAUER, C., "La Conferencia Interamericana de Río de Janeiro y su importancia para la Protección de los derechos Humanos", en *Derechos Humanos: Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Arranches*, Organización de Estados Americanos, Washington, D.C., 1984.
- GARFE, F., "El Sistema Regional Americano de Protección a los Derechos Humanos", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Tomo XVI (1995).
- GONZÁLEZ, E., "Informes sobre Países, Protección y Promoción", en *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. IIDH, San José, Costa Rica, 1998.
- , "La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas", en *Derechos Humanos e Interés Público. Cuadernos de Análisis Jurídico*, serie Publicaciones Especiales 11. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2001.
- MEDINA, C., *The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter-American system*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988.
- , "The Inter-American Comisión on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: reflections on a joint venture", en *Human Rights Quarterly* (John Hopkins University Press, Baltimore, USA) (1990), No. 4.

- , “Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas”, en *Transnational Law & Contemporary Problems*, University of Iowa College of Law, Volume 8, Fall 1998, Number 2 M.
- MEDINA, C. y NASH, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2007.
- NASH, C., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.
- , “La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?”, en *Sesquicentenario del Código Civil Chileno*, M. Tapia (editor), Lexis-Nexis, Santiago, Chile, 2005a.
- , “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Desafío de Reparar las Violaciones de estos Derechos”, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Año 6, Vol. 6, Número 6 - 2005b.
- , “Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros”, en *Revista de Derecho Público*, volumen 67, año 2005, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005c.
- , “La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales”, Tesis de doctorado, Programa de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008 (en prensa).
- NOWAK, M., *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff, 2003.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Contenciosa

- Corte IDH. *caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, No. 112.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124.
- Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126.
- Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134.
- Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C, No. 148.

Consultiva

- Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre*

Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A, No. 19.

MEDIDAS PROVISIONALES DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH. *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002

Corte IDH. *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales Respecto a Colombia*, Medidas Provisionales. 06 de marzo de 2003

INFORMES COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Informe Anual de la Comisión Interamericana, 1985-1986 (OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986).

Informe de la CIDH 1992-1993 (OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, 12 marzo 1993).

Informe Anual de la CIDH 1996 (OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 marzo 1997).

Informe Anual de la CIDH 1998 (OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16 abril 1999).

CAPÍTULO IV

LAS REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MUCHO MÁS ALLÁ DE LO ESPERADO

Una materia de vital trascendencia que ha emergido en el sistema internacional de derechos humanos es la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos. Uno de los sistemas que más han aportado a este tema es precisamente el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por ello centraremos nuestro análisis en su jurisprudencia contenciosa. En concreto, nos proponemos: *i)* revisar un panorama general sobre los estándares internacionales en materia de reparaciones; *ii)* revisar la jurisprudencia de la Corte en materia de reparaciones y a partir de este análisis reseñar su evolución y las innovaciones en los parámetros tradicionales sobre reparaciones; *iii)* intentaremos explicar cuáles son las razones que explican esta evolución, innovaciones y modificaciones de criterios, y *iv)* finalmente, a modo de reflexión, formularemos algunos criterios que nos parece pueden desprenderse de la jurisprudencia de la Corte en materia de reparaciones.

I. LA RESPONSABILIDAD Y EL DEBER DE REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD

En el derecho internacional público se define la responsabilidad en los siguientes términos:

Es una institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual le es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe reparación al Estado en contra el cual fue cometido ese acto.¹

Se ha establecido que “de acuerdo con la doctrina admitida comúnmente, la responsabilidad internacional es siempre una relación de Estado

¹ VERDROSS, 1967 : 297.

a Estado”,² esto es, supone que un Estado daña a otro Estado y que éste solicite la reparación por el daño causado.

Sobre el fundamento de la responsabilidad internacional en el derecho clásico, se han sostenido diversas tesis,³ primando la idea de que la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado en forma voluntaria, a través de un tratado o del derecho consuetudinario. Así nos señala el profesor ROUSSEAU:

El único fundamento de la responsabilidad es, en realidad, *el incumplimiento de una regla del derecho internacional*; y es la solución que se emplea cada vez más en la doctrina y en la práctica.⁴

Los elementos que componen el hecho ilícito son: *a)* existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión; y, *b)* que dicho acto de carácter ilícito le sea imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

A juicio de Jiménez de Aréchaga dicha responsabilidad es objetiva y no debe estarse a los aspectos subjetivos del sujeto que ha actuado en representación o por el Estado involucrado en los hechos.⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia internacional y la doctrina, señalando que la responsabilidad es independiente de la voluntad del Estado y sus agentes.⁶

Debemos tener presente que parte importante de la doctrina ha señalado que el daño no es necesariamente un requisito para el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado, bastando el incumplimiento imputable al Estado, sin que sea necesario que, además, se produzca un daño a partir de dicho incumplimiento.⁷

Esta es la tesis de AGO⁸ quien en su Segundo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados señala que sólo dos son los elementos necesarios: comportamiento atribuible al Estado como sujeto del Derechos Internacional y la contravención de la norma. A juicio de AGO, toda violación a las normas internacionales constituye de por sí un daño o perjuicio. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Derecho Internacional, quien ha establecido en el artículo 1° del Proyecto sobre Responsabilidad

² ROUSSEAU, 1966 : 126.

³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1985 : 508-513.

⁴ ROUSSEAU, 1966 : 131.

⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1980: 320 y 321.

⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *Case Factory al Chorzow* (1928); en materia de análisis doctrinal, ver BROWNIE, 1996: 95.

⁷ Un buen resumen en: A. AGUIAR, 1997: 132.

⁸ Ver análisis en detalle en FERRER, 1998: 101 y siguientes.

de los Estados “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de este”,⁹ determinado como requisitos: la contravención de la norma y la atribución de esta al Estado.¹⁰

El ilícito internacional ha sido conceptualizado como un hecho complejo, toda vez que para su perfeccionamiento deben concurrir dos elementos: el incumplimiento de la obligación y la falta de reparación de la misma en el derecho interno.¹¹

2. NOCIONES GENERALES SOBRE LAS REPARACIONES

La obligación que tienen los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos se considera como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos.

Su vinculación como uno de los principios del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones, aun respecto de los Estados que no sean parte de dichas Convenciones especiales, ha sido consagrada por la justicia internacional entre Estados y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado ‘incluso una concepción general de derecho’, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo.¹²

De esta forma, hoy es evidente y no es materia de discusión, que los Estados están obligados a reparar a las víctimas de infracciones a las obligaciones internacionales. Dicha obligación es un principio del derecho internacional público¹³ y una norma acogida por el sistema contencioso público¹⁴ como especializado en derechos humanos.¹⁵

⁹ International Law Commission. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adoptada en su 53 período de sesiones (2001), artículo 1.

¹⁰ Sobre la discusión de esta materia en la Comisión de Derecho Internacional, ver J. CRAWFORD (2002a), pp. 12-14.

¹¹ FERRER, 1998: 109-110.

¹² *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 25. Asimismo la Corte cita fallos de otros tribunales en que se ha sostenido la misma doctrina: Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *Caso Factory al Chorzow* (1927), párr. 21 y *Factory al Chorzow* (1928), párr. 29 y Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations* (1949), párr. 184.

¹³ SHELTON, 2002: 835-837.

¹⁴ CPJI, *Caso Factory al Chorzow* (1928), párr. 47.

¹⁵ *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 25.

Los criterios de reparación que ha establecido el derecho internacional público son la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.¹⁶

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las mayores innovaciones en el derecho internacional provocada por el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el surgimiento de una nueva concepción de la responsabilidad internacional del Estado.¹⁷ En efecto, la relación de responsabilidad ya no se encuentra más definida por una relación entre Estados, sino que los sujetos son el Estado, con la obligación de respetar dichos derechos y libertades fundamentales y los individuos, con la posibilidad de exigir su cumplimiento ya no como una mera concesión del Estado, sino como una obligación de este.¹⁸ Incluso, podemos afirmar que existe una relación triangular, donde se relacionan el Estado obligado, los ciudadanos y todos los demás Estados como garantes del respeto a los derechos humanos.

Asimismo, podemos observar que el objeto de protección cambia, ya no estamos ante simples obligaciones entre Estados, sino que el objeto de protección son las personas, por lo que la responsabilidad del Estado es absoluta a su respecto y no puede verse disminuida ni agotada por la mera voluntad de uno de los sujetos de la obligación.¹⁹

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia *La última tentación de Cristo*, la Corte Interamericana estableció claramente que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño.²⁰

¹⁶ ROSENNE, 1996: 211-241; CRAWFORD, 2002b.

¹⁷ PIZA, 1998: 169-192.

¹⁸ “La tensión entre los preceptos del Derecho Internacional Público y los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es de difícil explicación: mientras los conceptos y categorías jurídicas del primero se han formado y cristalizado sobre todo en el plano de las relaciones interestatales (bajo el dogma de que sólo los Estados, y más tarde las organizaciones internacionales, son sujetos de aquel ordenamiento jurídico), los conceptos y categorías jurídicos del segundo se han formado y cristalizado en el plano de las relaciones intraestatales, es decir, en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (erigidos estos últimos en sujetos de aquel ordenamiento jurídico)”, Voto Razonado Juez A. A. Cançado Trindade, Corte IDH. *Caso Blake - reparaciones*, párr. 5.

¹⁹ Opinión Consultiva *OC-2/82*, párr. 29.

²⁰ “Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional

III. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

1. BASE NORMATIVA

En el sistema de la Convención no existe una norma general y expresa que fije las consecuencias de las violaciones a los derechos y libertades establecidos en su texto. Sólo en relación con las facultades de la Corte Interamericana nos encontramos con el artículo 63. 1, que establece:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos o el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El referido artículo 63.1, constituye la adopción por parte de la Convención de un principio del derecho internacional y, en general, del Derecho sobre la responsabilidad en orden a que quien daña a otro debe ser obligado a reparar los perjuicios causados, indemnizando.

A juicio de la Corte Interamericana, el artículo 63. 1 de la Convención “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales...”.²¹ En un fallo reciente, aplicando este criterio, señala:

Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.²²

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que, a diferencia del artículo 50 de la Convención Europea y de la práctica internacional, el artículo 63.1 de la Convención no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado.²³

del Estado”, *Caso “La Última Tentación de Cristo”*. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver Voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

²¹ *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones*, párr. 43.

²² *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 60. En el mismo sentido ver: *Caso Cantoral Benavides - reparaciones*, párr. 40; *Caso Cesti Hurtado - reparaciones*, párr. 35; y *Caso Villagrán Morales y otros - reparaciones*, párr. 62; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 38.

²³ Hay una segunda diferencia en cuanto a los términos usados para referirse a la indem-

La consecuencia inmediata de dicha omisión es que no procede en el sistema interamericano que un Estado excuse su responsabilidad en el hecho que la reparación de la acción u omisión dañosa no se encuentra contemplada, como tal, dentro de su jurisdicción interna, toda vez que la Convención es autónoma en la materia y la Corte ejerce al respecto plena jurisdicción; consecuentemente, no está relacionada, ni supeditada a otros tratados sobre la materia. Así lo ha aclarado, además, la propia Corte:

Ninguna parte de este artículo [63.1.] hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo.²⁴

En segundo lugar, como consecuencia del artículo 63.1 de la Convención la responsabilidad del Estado se encuentra determinada por el derecho internacional, no sólo en cuanto a la tipicidad de la violación, sino que en todo lo que diga relación con las consecuencias del hecho dañoso.

La obligación contenida en el artículo 63.1 de la Convención es de derecho internacional y éste rige todos sus aspectos, como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc. Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.²⁵

2. HACIA UNA NOCIÓN DE REPARACIÓN

Según la tesis clásica del derecho internacional público la “reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado”.²⁶ La naturaleza de dicho efecto es de carácter compensatorio y no pu-

nización, pero que en la práctica no ha tenido una aplicación diversa. Sobre el particular consultar GROS, 1991: 191-192.

²⁴ *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 30. En el mismo sentido *Caso Godínez Cruz, indemnización compensatoria*, párr. 28; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 39; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 61.

²⁵ La jurisprudencia que ha tenido a la vista la Corte para resolver: *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 30; *Caso Godínez Cruz - indemnización compensatoria*, párr. 28; *Jurisdiction of the Courts of Danzing, advisory opinion* (1928), párrs. 26 y 27; *Questions des “communautés” gréco-bulgares, avis consultatif* (1930), párr. 32 y 35; *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (deux-ième phase)*, (1930), párr. 12; *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, arrêt*, (1932), párr. 167; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, (1932), párr. 24), todas citadas en *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones*, párr. 44.

²⁶ MONROY, 1986: 272.

nitivo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.²⁷ Atendida su naturaleza compensatoria y no punitiva, el límite establecido para la reparación es el perjuicio causado por el ilícito cometido, es decir, en la especie se recurre al “principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio”.²⁸

A juicio de la Corte, la responsabilidad no puede extenderse a elementos ajenos de aquellos efectos inmediatos del acto, pero, además, dichos efectos inmediatos deben estar jurídicamente tutelados, lo cual nos lleva a la idea que el efecto dice relación con el bien jurídico protegido a partir del derecho o libertad consagrado en la Convención.²⁹

La Corte Interamericana ha conceptualizado la reparación en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.³⁰

De este concepto de reparación que nos da la Corte Interamericana podemos extraer sus elementos centrales y característicos; en general, dichos elementos se vinculan con la protección de los derechos humanos y no sólo con la relación entre Estados; en efecto, la reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias

²⁷ Corte Internacional de Justicia, *Caso Estrecho de Corfú* (1949).

²⁸ MONROY, 1986: 272.

²⁹ Es interesante tener en consideración que la Corte Permanente de Justicia Internacional se ha pronunciado en el mismo sentido: “El principio general que está implícito en el concepto de acto ilícito (...) es que en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto. Restitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie, otorgamiento de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben servir para determinar el monto de una indemnización por un acto contrario al derecho internacional”, CPJ, *Caso Factory al Chorzow* (1928), párr. 47.

³⁰ *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 61; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 39; *Caso Cantoral Benavides - reparaciones*, párr. 41; *Caso Durand y Ugarte - reparaciones*, párr. 25; y *Caso Barrios Altos - reparaciones*, párr. 25; *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 25.

inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible y en indemnizar —a título de compensatorio— los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial, como extrapatrimonial.

Importa destacar que en materia de derechos humanos debe primar un criterio diverso al utilizado por el derecho *iusprivatista* y que ha sido también recogido por el derecho internacional público, esto es, mirar la responsabilidad desde el sujeto dañador.³¹ En materia de derechos humanos y en particular, en lo que dice relación con las reparaciones, es fundamental mirar el tema desde la óptica de la víctima, esto es, determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, cómo puede el derecho restablecer la situación, no sólo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo.³²

IV. LAS MODALIDADES QUE ADOPTA LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

Corresponde ahora determinar las formas o modalidades de reparación. La Corte Interamericana ha asumido un concepto amplio de reparaciones:

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (...). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.³³

La reparación consiste en cumplir efectivamente y de buena fe la obligación originaria. En las obligaciones de hacer, la reparación consiste en la *perpetuatio obligationis*, esto es, cumplimiento específico de la obligación primaria contraída. En el caso de las obligaciones de no hacer, la reparación

³¹ Para un análisis de esta perspectiva ver, NASH, 2004.

³² Compartimos plenamente el voto concurrente de los jueces Cancado y Abreu: "todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad", Voto Conjunto de los Jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu B., *Caso Loayza Tamayo - reparaciones*, párr. 17.

³³ *Caso Garrido y Baigorria - reparaciones*, párr. 41.

consistirá en la *restitutio in integrum*, esto es, dejar sin efecto los actos que incumplieron con la obligación y los perjuicios que dicha acción pudiera haber ocasionado.³⁴

Es importante destacar que en materia de derechos humanos, atendido el hecho que en juego se encuentran derechos y libertades que no están en el ámbito de disponibilidad del Estado, el medio primario o prioritario de reparación será la *perpetuatio obligationis* o la *restitutio in integrum*, según sea el caso; las indemnizaciones sólo procederán en aquellos casos en que el cumplimiento de lo debido no sea posible.³⁵

Corresponde ahora determinar las formas o modalidades de reparación. A continuación analizaré las reparaciones de los daños materiales, inmateriales, y otras formas de reparación distintas a las indemnizatorias.

1. REPARACIONES MATERIALES

Cuando no es posible el cumplimiento de la obligación violada, la reparación debe tomar un rumbo diverso. Al respecto la Corte Interamericana nos ha señalado:

La regla de la *restitutio in integrum* se refiere a una de las formas de reparación de un acto ilícito internacional (...), pero no es la única modalidad de reparación, porque puede haber casos en que la *restitutio* no sea posible, suficiente o adecuada. La indemnización corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la parte lesionada, y comprende, como esta Corte ha expresado anteriormente, tanto el daño material como el moral.³⁶

Es decir, la Corte recoge el criterio correcto y reconoce que existen ciertos casos en que no es posible borrar los efectos del ilícito, por lo cual, el concepto de la *restitutio in integrum* se muestra insuficiente e ineficaz para el fin reparador que debe contener y perseguir toda sentencia de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención, por lo que por esta vía quedan abiertos otros caminos de reparación y, en consecuencia, este concepto adquiere un carácter amplio o “plural”.³⁷

El daño material ha sido entendido por la Corte como “la pérdida o de-

³⁴ AGUIAR, 1997: 249.

³⁵ “Habiendo encontrado la Corte que se ha producido una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención, debe disponerse, con base en el artículo 63.1 de la misma, la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, *Caso Caballero Delgado y Santana*, párr. 68.

³⁶ *Caso Blake - reparaciones*, párr. 42.

³⁷ En este mismo sentido: “en decisión reciente (aquella precitada) subrayó (la Corte) el carácter plural que acusan las medidas de reparación de los hechos ilícitos, abriéndose así camino a la diversificación del contenido de la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, A. AGUIAR, 1997: 35-36.

trimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares, y los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el caso *sub judice*” y en este sentido, la indemnización compensatoria debe estar destinada a “compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas en la presente sentencia”; finalmente, para poder fijar el monto, la Corte tendrá en consideración una serie de elementos, “el acervo probatorio, la jurisprudencia del propio Tribunal y los argumentos de las partes”.³⁸

En términos generales, tanto el derecho internacional público tradicional, como el derecho internacional de los derechos humanos, han determinado que la indemnización constituye la forma más usual de reparación por daños producidos por violaciones a obligaciones de carácter internacional.³⁹ Si bien comparto esta tesis, tengo ciertas aprehensiones en orden a limitar el campo de las indemnizaciones, siendo necesario ubicarlas en su justa medida, como una forma de reparación, pero no la única ni la más importante. Al efecto las formas de reparación no materiales tienen un papel importante y la Corte Interamericana ha ido ampliando su uso y aplicación.⁴⁰

Sobre el contenido de la indemnización, la Convención en el artículo 63.1 se limita a señalar que esta debe ser una “justa indemnización”, sin indicar los elementos que esta “justa indemnización” debe contener. De esta manera, siguiendo el criterio de la Corte, este contenido debe ser llenado por los “principios del derecho internacional”.⁴¹ Al respecto se ha establecido que la indemnización debe ser comprensiva del daño material directo (daño emergente) e indirecto (el lucro cesante o pérdida de ingresos) y el inmaterial o daño moral.

1.1. El *daño emergente*

El daño emergente es equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Básicamente representa todos aquellos gastos que, en forma razonable y demostrable, hayan incurrido las víctimas con el objeto de reparar el ilícito, o bien, anular sus efectos. Inicialmente, en los procesos seguidos ante la Corte Interamericana fue un elemento básico el que se aporten los medios

³⁸ Las citas corresponden al *Caso López Álvarez*. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia constante de la Corte.

³⁹ En el Derecho internacional clásico ver: CPJI, *Caso Factory al Chorzow* (1927), párr. 21 y *Factory al Chorzow* (1928), párr. 29 y CIJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations* (1949), párr. 184. Y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ver: *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 25.

⁴⁰ Para una recopilación sobre la jurisprudencia relativa a reparaciones, ver C. NASH, 2004.

⁴¹ *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones*, párr. 44.

de prueba que acrediten la efectividad y cuantía de estos gastos, no siendo suficiente que estos sean simplemente invocados.⁴²

A partir de la sentencia dictada en el caso de Loayza Tamayo la Corte ha tratado una serie de medidas como parte de la reparación del daño directo:

- reparación por los salarios que deja de percibir la víctima en razón de la violación de los derechos convencionales;⁴³
- compensar los gastos médicos en que haya incurrido la víctima o sus familiares en razón de la violación convencional;⁴⁴
- gastos en que hayan incurrido los familiares específicamente en la búsqueda de la víctima, en sus visitas, etc.;⁴⁵
- reparación por las pérdidas patrimoniales de los familiares por motivos imputables al Estado vinculados directamente con la violación de los derechos de la víctima;⁴⁶
- gastos médicos futuros que pueda involucrar un tratamiento vinculado con las violaciones convencionales.⁴⁷

En esta materia debe tenerse presente que la Corte ha ido variando sus criterios en cuanto a la prueba necesaria para hacer procedente estos gastos. De hecho en una primera etapa se exigía una prueba de cada uno de estos gastos y su vinculación con el caso;⁴⁸ en los fallos recientes, si bien se mantiene la exigencia de “un perjuicio cierto”, dicho criterio se ha flexibilizado y ha comenzado a presumirse la efectividad de los gastos y el criterio para su valorización ha sido el de la equidad.⁴⁹

Es interesante el concepto que asume la Corte en el *Caso Gutiérrez Soler*; en el que señala que los hechos violatorios de la Convención han tenido un impacto en el “patrimonio familiar”. Esto es relevante porque se desvincula la afectación de los gastos en que pueda haber incurrido cada

⁴² Concretamente en el *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, la Corte rechazó la indemnización por daño emergente, toda vez que no se le habían acreditado dichos gastos en el proceso (párr. 42). Por su parte en el *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones*, la Corte accedió a indemnizar todos los gastos en que incurrieron los familiares de las víctimas con el objeto de encontrarlos, párr. 79.

⁴³ *Caso Loayza Tamayo - reparaciones*, párr. 129.

⁴⁴ *Caso Villagrán Morales - reparaciones*, párr. 80; *Caso Cantoral Benavides - reparaciones*, párr. 51.a., d. y e.; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 54.a.; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 74.b.

⁴⁵ *Caso Castillo Páez - reparaciones*, párr. 76; *Caso Villagrán Morales-reparaciones*, párr. 80; *Caso Cantoral Benavides - reparaciones*, párr. 51.c.; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 54.a.; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 74.a.

⁴⁶ *Caso Cantoral Benavides - reparaciones*, párr. 76; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 54.a.; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 74.a.

⁴⁷ *Caso Cantoral Benavides - reparaciones*, párr. 51.b. y f.; recientemente ver *Caso Tibi*, párr. 249.

⁴⁸ *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 42.

⁴⁹ Por todos ver: *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 54.

uno de los miembros del núcleo familiar y se amplía la idea a un nuevo sujeto “la familia” en una de sus claras cualidades particulares, la patrimonial. La indemnización es respecto del “daño patrimonial familiar” y se distribuye entre los miembros de la familia de acuerdo con los criterios de distribución que la propia Corte fijó en el caso para las otras indemnizaciones.⁵⁰

1.2. *Lucro cesante o pérdida de ingresos*

Los daños indirectos dicen relación con las pérdidas patrimoniales ocasionadas por una merma de ingresos con ocasión de una violación de derechos humanos.

La Corte en algunos casos siguió un criterio estricto para determinar el daño material indirecto. En efecto, la Corte Interamericana determinaba que el lucro cesante debe calcularse de acuerdo con la siguiente fórmula: “de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural”,⁵¹ fallecimiento que debe ser considerado atendida las expectativas de vida en el país del cual era natural la víctima.⁵² Establecía que debía determinarse de acuerdo a las expectativas de vida laboral en el país respectivo y a los ingresos posibles de la víctima; en caso que esto no fuera posible de determinar, se procedía a determinarlo sobre la base de los ingresos mínimos establecidos en la legislación interna, ya sea el ingreso general, o bien, aquel correspondiente a las labores que desempeñaba la víctima.⁵³

Sobre esta base, la Corte realiza la distinción de acuerdo a si la indemnización le corresponde a la víctima afectada por incapacidad total o absoluta, o bien, dicha indemnización le corresponde a los familiares directos de dicha persona,⁵⁴ fijando en este segundo caso un criterio de mayor flexibilidad a la hora de ponderar la indemnización.

En fallos recientes⁵⁵ la Corte ha cambiado su criterio para fijar esta indemnización por concepto de lucro cesante y ha determinado el monto sobre la base del principio de equidad, sin hacer las disquisiciones antes señaladas y, aun haciéndolas, el monto es fijado en base a este criterio de equidad.

Asimismo, la Corte se ha preocupado de varias situaciones particulares

⁵⁰ *Caso Gutiérrez Soler*, párr. 78.

⁵¹ *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 46.

⁵² *Ibidem*, párr. 45.

⁵³ *Caso Castillo Páez - reparaciones*, párr. 75; *Caso Villagrán Morales - reparaciones*, párr. 81; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 73.

⁵⁴ A modo de ejemplo, ver *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 47.

⁵⁵ *Caso Bámaca Velásquez-Reparaciones*, párr. 51; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 73.

y así ha fijado los dineros que la persona dejó de percibir en razón del ilícito como víctima directa;⁵⁶ ha determinado, sobre la base de la acreditación en el proceso;⁵⁷ ha determinado las consecuencias económicas y laborales de la separación ilegal de funciones;⁵⁸ las consecuencias económicas para los negocios de la víctima de una violación convencional como consecuencia de la acción del Estado,⁵⁹ entre otras cuestiones.

Al igual que en otras materias, la Corte se ha preocupado de la afectación patrimonial y la pérdida de ingresos que se pueden haber producido en los familiares de las víctimas. Así se ha preocupado en las reparaciones de las sumas que los familiares han dejado de recibir por deber iniciar acciones para buscar a sus familiares en casos de detención forzada.⁶⁰

En caso que el beneficiario de la indemnización sea un familiar de la víctima, la Corte ha sostenido un criterio amplio y ha señalado que en dichos casos debe estarse a “una estimación prudente”.⁶¹ tomando en consideración que no puede seguirse un criterio estricto como el antes señalado, toda vez que dichos familiares pueden tener otros ingresos. Por tanto, la Corte debe evaluar todos estos elementos al momento de determinar el monto de la indemnización por lucro cesante y que ésta no sea una causa de enriquecimiento ilícito para las víctimas indirectas del hecho dañoso.

Atendido que en los casos de determinación del lucro cesante se hace una proyección de largo plazo, la Corte ha tenido en cuenta los procesos inflacionarios que afectan normalmente a la región y de esta forma ha sido cuidadosa en fijar las indemnizaciones en un procedimiento donde se establezca con precisión la remuneración percibida por la víctima al momento de su fallecimiento, transformarla esta en dólares americanos y sumar a este monto un interés de carácter resarcitorio y a partir de este proceso, realizar la proyección por años de vida útil probable.⁶²

En este caso, al igual que en la determinación y prueba del daño emergente, la Corte ha optado por remitirse a los medios de prueba del derecho interno de cada uno de los Estados.⁶³

⁵⁶ *Caso El Amparo - reparaciones*, párr. 28; *Caso Loayza - reparaciones*, párr. 128; *Caso Suarez - reparaciones*, párr. 59; *Caso Castillo Páez - reparaciones*, párr. 75; *Caso Baena y otros*, párr. 205; *Caso Cantoral - reparaciones*, párr. 49; *Caso Tribunal Constitucional*, párr. 121.

⁵⁷ *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 74, letra c).

⁵⁸ *Caso Baena y otros*, párr. 203; *Caso Tribunal Constitucional*, párr. 120.

⁵⁹ *Caso Ivcher Bronstein*, párr. 181.

⁶⁰ *Caso Bámaca - reparaciones*, párr. 54, letra a).

⁶¹ *Ibidem*, párr. 49.

⁶² Este procedimiento fue establecido en el *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones*, párrs. 88 y 89. Sin duda, se seguirá utilizando dicho procedimiento a futuro ya que parece ser aquel que da mayores seguridades en cuanto al mantenimiento del valor de la moneda en el largo plazo.

⁶³ AGUIAR, 1997: 37.

1.3. *El daño inmaterial*

En relación con el daño inmaterial la Corte ha señalado:

que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violaciones de derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.⁶⁴

El razonamiento de la Corte se inclina por la doctrina del daño moral como *pretium doloris*, esto es, establecer un vínculo directo entre el daño moral con el padecimiento y sufrimiento de la víctima,⁶⁵ por tanto, no se vincula el daño con “efectos psíquicos” u otro criterio muchas veces insuficiente para su valoración, asimismo, omite la necesidad de prueba. En todo caso, nos parece que en situaciones particulares podría acreditarse un daño mayor al “evidente” por medios de prueba particulares, por ejemplo, mediante peritajes médicos, testigos, u otros.

La jurisprudencia de la Corte ha evolucionado en la materia, agregando una nueva perspectiva, que si bien no es completamente diferente al criterio antes señalado, lo amplía y permite una mejor resolución de esta temática. En efecto, en fallos recientes⁶⁶ se ha formulado un nuevo acercamiento al tema a través del detalle de los elementos que comprendería el daño moral.⁶⁷

En efecto, la Corte ha señalado:

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.⁶⁸ (destacado nuestro).

Como vemos, al concepto clásico vinculado a la aflicción, ya sea física o psíquica, ahora se agrega la idea de “menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones”; así como la idea de que dichas perturbaciones pueden afectar las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Al efecto, el menoscabo de valores no se circunscribiría a la aflicción psíquica, sino con una medición más objetiva, en cuanto al ilí-

⁶⁴ *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 27.

⁶⁵ Sigue este mismo criterio el fallo precitado en los párrafos 76 y 91, al momento de determinar los beneficiarios de la indemnización y al momento de determinar su monto.

⁶⁶ *Caso Cantoral - reparaciones*, párr. 53; *Caso Villagrán Morales y otros - reparaciones*, párr. 84; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 56; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 77.

⁶⁷ “El mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”, *Caso Villagrán Morales y otros - reparaciones*, párr. 84.

⁶⁸ *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 56; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 77.

cito como un acto *per se* capaz de afectar la moral vigente, o bien, la moral particular de un grupo determinado.⁶⁹ Además, la referencia a “otras perturbaciones” y la afectación de “las condiciones de existencia de la víctima o su familia”, nos señala una ampliación a esferas no propias del *pretium doloris* que aún la Corte no ha explorado con detalle, salvo en el tratamiento de la afectación al proyecto de vida (ver *infra*) como una afectación distinta al criterio ‘dolor’, dentro del daño moral.

En todo caso, la Corte ha sido especialmente prudente y cuidadosa al momento de establecer los montos de las indemnizaciones y así lo ha resuelto expresamente;⁷⁰ de hecho, ha excluido cualquier indemnización punitiva para el Estado.⁷¹

Una cuestión que es interesante de explorar y ver qué alcances puede tener a futuro es la referencia que hace la Corte en un fallo reciente acerca de los efectos de los daños inmateriales que “además de haber afectado su integridad psíquica, ha impactado sus relaciones sociales y laborales y ha alterado la dinámica de sus familias”.⁷² Esta referencia a la afectación de “relaciones” sociales y familiares así como “la dinámica de sus familias” puede implicar a futuro una nueva ampliación de la idea de daños inmateriales, desvinculándose cada vez más de los estrechos márgenes del “dolor y sufrimiento”.

Otro criterio que amplía la concepción que viene utilizando la Corte para configurar la figura del daño moral lo da la sentencia del *Caso Yatama*. En este fallo la Corte tiene en consideración para fijar el daño inmaterial la situación en la que fueron puestas las personas que no pudieron presentarse como candidatos en la elección que motivó el caso. Lo interesante aquí es que se amplía la idea de “dolor o sufrimiento” y se toman en consideración otros aspectos que pueden ser afectados, como el sentimiento de “discriminación” que afectó a los líderes de la comunidad.⁷³ Esto debe sumarse a la postura de la Corte en el *Caso Moiwana* donde incorporó elementos culturales al momento de fijar el daño inmaterial,⁷⁴ lo que permitiría una postura amplia en la idea de daño inmaterial, incluso más allá de la “afec-

⁶⁹ En este sentido es clara la referencia a la cultura maya hecha en diversos fallos de reparaciones. Ver *Caso Blake*, párr. 115; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 81.

⁷⁰ “Las expresiones ‘apreciación prudente de los daños’ y ‘principios de equidad’ no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad al haber verificado *in situ*, a través de su Secretaría adjunta, las cifras que sirvieron de base a sus cálculos”, *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones*, párr. 87 inc. 2.

⁷¹ *Caso Velázquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, párr. 38.

⁷² *Caso Goiburú y otros*, párr. 158.

⁷³ *Caso Yatama*, párrs. 246-247.

⁷⁴ *Caso Moiwana*, párr. 195.

tación de valores” como lo ha sostenido la Corte a la fecha. Este puede ser un criterio interesante a explorar por la Corte.

En materia de prueba del daño moral, la Corte ha fijado ciertos criterios que a esta fecha parecen ser jurisprudencia constante y pacífica. En primer lugar, que la víctima de violaciones a los derechos humanos, tales como, derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, no debe acreditar haber sufrido daño moral, toda vez que “resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a torturas, agresiones y vejámenes (...) experimente dolores corporales y un profundo sufrimiento”.⁷⁵ Con respecto a los padres, se hace extensivo el mismo criterio, ya que la Corte entiende que dichos padecimientos (los de la víctima) “se extienden de igual manera a los miembros más íntimos de la familia, particularmente a aquellos que tuvieron un contacto afectivo estrecho con la víctima”.⁷⁶ Con respecto a aquellos familiares o miembros del núcleo cercano a la víctima, la Corte comienza a exigir un elemento de prueba, el cual es acreditar el grado de cercanía con la víctima.⁷⁷

Ahora, parece pertinente señalar que estas presunciones de daño moral, para el caso de los padres y demás miembros del núcleo familiar, pueden ser desvirtuadas por el Estado.⁷⁸

Por último, la Corte ha fijado un criterio interesante: la posibilidad de indemnizar, por concepto de daño inmaterial, a un colectivo, esto es, a un grupo humano en cuanto tal,⁷⁹ Nos parece interesante esta forma de indemnización toda vez que el sujeto de la indemnización es un colectivo; a diferencia de otras indemnizaciones relativas a grupos,⁸⁰ en esta la reparación corresponde a un sujeto colectivo. Otro paso en este mismo sentido es la reciente sentencia en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyama* en la cual

⁷⁵ Sentencias más recientes en este sentido: *Caso Moiwana*, párr. 195; *Caso Gómez Palomino*, párr. 132, *Caso Blanco Romero y otros*, párrs. 88 y sgtes.; *Caso Masacre de Mapiripán*, párrs. 283 y sgtes.; *Caso Masacre Pueblo Bello*, párr. 255; *Caso López Alvarez*, párr. 201, letra b); *Caso Baldeón García*, párr. 130.

⁷⁶ *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 62. En el mismo sentido *Caso Suárez - reparaciones*, párr. 66, *Caso Paniagua Morales y otros - reparaciones*, párrs. 106, 124, 142, 157 y 173; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 85. En los casos más actuales, ver: *Caso Masacre Pueblo Bello*, párr. 235; *Caso de las Masacres de Ituango*, párrs. 356-357.

⁷⁷ *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 65, letra c); *Caso Paniagua Morales y otros - reparaciones*, párr. 109.

⁷⁸ *Caso Loayza Tamayo - reparaciones*, párr. 142.

⁷⁹ La Corte ha señalado: “Por lo expuesto y tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”, *Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni*, párr. 167.

⁸⁰ *Caso Villagrán Morales y otros - reparaciones*, párr. 103; *Caso Benavides Cevallos*, párr. 48.5; y *Caso Aloeboetoe y Otros - reparaciones*, párrs. 54 a 65, 81 a 84 y 96.

también determinó la indemnización de la comunidad por daño inmaterial.⁸¹ Si bien este es un avance no todo ha ido por la vía adecuada. En efecto, al momento de determinar la titularidad de estas indemnizaciones, la Corte ha sido muy cautelosa del derecho de las comunidades para disponer de esta indemnización. La fórmula utilizada ha sido la creación de fondos de desarrollo, que en parte son administrados por personas ajenas a la comunidad, en lo que parece una fórmula paternalista que no se condice con la visión de las comunidades como titulares plenos de derechos.

En cuanto ya no al daño inmaterial en sí, sino que a la forma en la cual debe ser reparado, la Corte ha ido afinando su criterio y señala en la jurisprudencia más reciente que el daño inmaterial, entendido en términos amplios como hemos analizado, debe ser reparado con medidas indemnizatorias y también con otro tipo de medidas:

No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad o mediante formas de compensación tales como el otorgamiento o la prestación de determinados bienes o servicios. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir,⁸² que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos.⁸³

Respecto de la forma a utilizar para fijar la indemnización por daño inmaterial, la Corte se ha guiado por el criterio de la equidad.⁸⁴ De ahí que pueda extraerse como conclusión que la Corte no sólo tiene en consideración el “dolor” sufrido por los familiares, sino también las condiciones generales en la que se produce la violación. Además, ha tenido presente la forma en que se produce la violación, tomando en consideración los medios para llevarla a cabo y la afección que esto pudo producir en las víctimas.⁸⁵ Por lo tanto, se amplía la concepción de reparación individual a una que mira al grupo en el cual ocurrió y afectó la violación de derechos.

⁸¹ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyama*, párrs. 207 y 216-218.

⁸² *Caso Blanco Romero y otros*, párr. 86; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, párr. 267, y *Caso Gómez Palomino*, párr. 130.

⁸³ *Caso Masacre de Pueblo Bello*, párr. 254.

⁸⁴ *Caso Loayza Tamayo - reparaciones*, párr. 139; *Caso Castillo Páez - reparaciones*, párr. 90; *Caso Cantoral Benavides - reparaciones*, párr. 61; *Caso Baena y otros*, párr. 207; *Caso Villagrán Morales y otros - reparaciones*, párrs. 89-90; *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones*, párr. 66; *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 89.

⁸⁵ *Caso Aloeboetoe - reparaciones*, párr. 51.

Debemos tener en consideración que, a juicio de la Corte, el daño moral que ha sufrido la víctima se incorpora a su patrimonio al momento de sufrirlo, por ello es transmisible a sus familiares con motivo de su fallecimiento,⁸⁶ pudiendo estos reclamar por dicho daño y por el propio fundado en su personal afectación.⁸⁷

En relación con las “otras medidas”, estas son medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Es interesante en esta materia que la Corte ponga un especial énfasis en el efecto público de estas medidas, en la que parece ser la única forma en que cumplan eficazmente con estos objetivos. Asimismo, la Corte vincula estas medidas con el restablecimiento de la dignidad de las víctimas, que es una cuestión central en todo proceso de reparación de las personas que han sufrido violaciones de derechos humanos.

1.4. *Proyecto de vida*

A partir del fallo de reparaciones de Loayza Tamayo, la Corte introdujo un concepto que se ha prestado para confusiones y un mal tratamiento jurisprudencial: nos referimos al “proyecto de vida”.⁸⁸ En efecto, dicho concepto fue vinculado por la Corte en dicho fallo a la idea de que una violación de los derechos convencionales puede tener no sólo efectos patrimoniales y de daño moral, sino que además puede afectar las proyecciones que la persona podía tener sobre su existencia al momento de producirse dicho ilícito.⁸⁹ En términos de la propia Corte: “el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.⁹⁰

En otro fallo el tema fue tratado en el ámbito de la reparación por daño moral y vinculado con “las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales, fueron interrumpidas de manera abrupta”.⁹¹ Con ello parece que el proyecto de vida será considerado como un elemento a tener presente al momento de evaluar el monto de la indemnización por daño moral.

En una sentencia de 2005, la Corte vuelve a la idea del proyecto de vida.

⁸⁶ *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 86; *Caso Villagrán Morales y otros - reparaciones*, párr. 67; *Caso Paniagua Morales y otros - reparaciones*, párr. 84; y *Caso Neira Alegría y otros - reparaciones*, párr. 60.

⁸⁷ *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 86; *Caso Villagrán Morales y otros - reparaciones*, párr. 68; *Caso Paniagua Morales y otros - reparaciones*, párr. 85; y *Caso Castillo Páez - reparaciones*, párr. 59.

⁸⁸ Este tema lo he tratado en detalle en NASH, 2004.

⁸⁹ *Caso Loayza Tamayo - reparaciones*, párrs. 144-154.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 147.

⁹¹ *Caso Tibi*, párr. 245.

Nuevamente intenta delimitar sus alcances y lo vincula a la idea “expectativas de desarrollo personal y vocacional”, así como a cuestiones de “autoestima”. En este caso la Corte tampoco lo cuantifica, pero hace algo interesante, ya que lo vincula con medidas de reparación inmaterial, concretamente, medidas inmateriales, tales como, tratamiento médico y psicológico.⁹²

Vuelve la pregunta que ronda a esta figura, ¿cuál es su utilidad? si no tiene una distinta a la que otorga el daño inmaterial y las medidas para enfrentarlo, no se ve cuál es el aporte de esta figura, sino a la hora de cuantificar el daño moral, en particular si este está restringido al dolor y sufrimiento. La última tendencia planteada por la Corte nos parece puede ser un avance en el sentido de servir como base para dictar medidas de satisfacción, en el entendido que siempre será provechoso para la legitimidad de las medidas de reparación que estas tengan un vínculo con la violación.

2. OTRAS FORMAS DE REPARACIÓN

2.1. Satisfacción y garantías de no repetición

Las formas de reparación no materiales cumplen un importante rol en cuanto medio de reparación integral de la víctima, estas medidas poseen un enorme poder de reparación en situaciones de violaciones de los derechos humanos. La posición de la víctima de violaciones de derechos fundamentales no tiene sólo una óptica material y dicho aspecto no es el más importante. Los aspectos fundamentales dicen relación con la verdad, el restablecimiento del honor, la justicia, los cambios internos en el Estado, etcétera.

En la sentencia de reparaciones en el caso Loayza, la Corte señaló ciertos mecanismos no indemnizatorios para garantizar la reparación:

Por esta razón, la Corte considera que el Estado está en la obligación de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que la víctima reciba sus salarios, garantías sociales y laborales a partir de la fecha de emisión de esta sentencia y hasta que se encuentre en condiciones de reincorporarse efectivamente al servicio docente. A este respecto, la Corte estima prudente que sean utilizados los mecanismos internos aplicables a situaciones de incapacidad laboral, o cualquier otro medio idóneo que asegure el cumplimiento de esta obligación.⁹³

La Corte ha abierto el camino y ha dispuesto variadas formas de reparación no-materiales. En cuanto a las medidas de cese de la violación podemos señalar: anulación de procesos,⁹⁴ órdenes de liberación,⁹⁵ nulidad de

⁹² *Caso Gutiérrez Soler*, párrs. 87-89 y 101-103.

⁹³ *Caso Loayza Tamayo - reparaciones*, párr. 116.

⁹⁴ *Caso Castillo Petruzzi y otros*, punto resolutivo No. 12. Para un análisis doctrinario, ver GARRIDO, 2001: 153-174.

⁹⁵ *Caso Loayza Tamayo*, párr. 83-84.

leyes por incompatibilidad con la Convención,⁹⁶ reformas constitucionales,⁹⁷ demarcación de territorios,⁹⁸ suministros de bienes y servicios básicos,⁹⁹ prestaciones de salud,¹⁰⁰ eliminación de antecedentes penales,¹⁰¹ entre otras.¹⁰²

Como garantías de no repetición, aparte de ciertas actuaciones en el ámbito interno que trataremos separadamente, podemos señalar: adecuación de la legislación interna;¹⁰³ formación de los funcionarios públicos en derechos humanos;¹⁰⁴ mejoramiento situación condiciones carcelarias;¹⁰⁵ garantizar derecho de acceso a información bajo control del Estado;¹⁰⁶ campaña nacional de sensibilización situación de los niños;¹⁰⁷ medidas para dotar de eficacia al recurso de *habeas corpus*, respecto de los casos de desaparición forzada,¹⁰⁸ entre otras.

Es interesante en esta materia hacer una lectura de estas medidas en el contexto de las medidas de cesación del mal causado y las garantías de no repetición, ambas como parte de la reparación. Poner estas medidas en el campo de las reparaciones otorga una posibilidad de concreción de las medidas y de seguimiento que no sería posible si sólo se estableciera como declaración de una obligación general del Estado en el marco de la sentencia.

En este sentido, una medida interesante que ha dispuesto la Corte es la creación de un mecanismo oficial por parte del Estado para el seguimiento del cumplimiento de las reparaciones.¹⁰⁹ Mecanismos de este tipo profundizan la idea de que estas son medidas obligatorias para los Estados.

Sin duda el gran tema que se presenta en este campo es la discusión sobre los límites de estas medidas. Si bien es claro que las que disponga la

⁹⁶ *Caso Barrios Altos*, párr. 44.

⁹⁷ *Caso La Última Tentación de Cristo*, punto resolutive No. 4.

⁹⁸ *Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni*, párrs. 163-164.

⁹⁹ *Caso Yakye Axa*, párrs. 216 y sgtes.

¹⁰⁰ Sólo el año 2006: *Caso Masacre de Pueblo Bello*, párr. 274; *Caso Baldeón*, párrs. 206 y sgtes.; *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 403; *Caso Vargas Areco*, párr. 159; *Caso Goiburú y otros*, párr. 176.

¹⁰¹ *Caso Acosta Calderón*, párr. 163 b).

¹⁰² Para una recopilación de estas medidas, hasta el año 2003, ver NASH, 2004.

¹⁰³ Solo en el año 2006: *Caso Comunidad Indígena Sawhoyama*, párr. 234-235; *Caso Vargas Areco*, párrs. 163-164; *Caso Goiburú y otros*, párr. 179.

¹⁰⁴ En la jurisprudencia de 2006. Ver: *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 409; *Caso Montero Aranguren y otros*, párr. 147; *Caso Ximenes Lopes*, párr. 205; *Caso Marcel Claude*, párr. 164-165; *Caso Servellón García y otros*, párr. 200; *Caso Vargas Areco*, párr. 161; *Caso Goiburú y otros*, párr. 178.

¹⁰⁵ En la jurisprudencia 2006: ver *Caso Lopez Alvarez*, párrs. 209-210; *Caso Montero Aranguren y otros*, párrs. 145-146.

¹⁰⁶ *Caso Marcel Claude*, párrs. 161 y sgtes.

¹⁰⁷ *Caso Servellón*, párr. 202.

¹⁰⁸ *Caso Blanco Romero y otros*, párr. 102.

¹⁰⁹ *Caso Mapiripán*, párrs. 131 y sgtes.

Corte son obligatorias (art. 68.1 de la CADH), no es menos cierto que para su legitimidad ellas no pueden ser vistas como un exceso en las atribuciones de la Corte. Por ello es necesario tener ciertos criterios que nos permitan resolver esta cuestión de la legitimidad, materia que trataremos hacia el final de este estudio.

2.2. *Deber de actuar en el ámbito interno*

La Corte ha señalado que en aquellos casos en que se han producido violaciones de los derechos y libertades convencionales, el Estado tiene el deber de actuar en el ámbito interno de forma tal que se determine la verdad de los hechos violatorios de la Convención, se juzgue y sanción a los responsables y se repare a las víctimas. Todo ello en el entendido que las situaciones de impunidad pueden inducir a futuras violaciones de derechos humanos.

Esta es una materia relevante no sólo en sus efectos internos, sino que también desde una mirada teórica. En efecto, tal como señalamos *supra*, el derecho internacional ha entendido que el Estado debe cumplir con la obligación cuyo incumplimiento ha generado responsabilidad internacional. En este sentido, cumplir con la obligación original violada es parte de la obligación subsistente. Por tanto, cumplir con la obligación de garantía (establecida en el art. 1.1 de la CADH y relacionada con cada derecho convencional), tal como lo ha entendido la propia Corte, implica desarrollar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales destacan evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos.

Si uno realiza esta lectura podrá concluir que estas medidas no son técnicamente medidas de reparación. Para argumentar sobre su procedencia en las sentencias o en el acápite sobre reparaciones uno puede plantear varias hipótesis. Por una parte, sostener que estas son medidas de satisfacción y, por tanto, medidas de reparación. Por otra, sostener que éstas son medidas de garantías de no repetición. Por último, que son medidas de cumplimiento de la obligación original, pero con efectos reparatorios para las víctimas.

La Corte no es clara en cuál es el criterio que sigue. Como medida de satisfacción, no parece cumplir con los alcances de estas medidas en el derecho internacional público. En cambio como medidas de garantía de no repetición habría un argumento posible (vinculado con la prevención); pero parece que partir de la idea de los “efectos reparatorios” sería interesante como una vía argumental que no obliga a caminos forzados de argumentación. Volveremos sobre esto en el apartado final de este estudio.

Sin perjuicio de cuál sea la mejor justificación, no puede dejarse de lado que ésta es una materia especialmente relevante ya que implica la ne-

cesidad de que los Estados cumplan con su obligación de garantía de los derechos, llevando adelante investigaciones efectivas en los casos de violaciones de derechos humanos y se sancione a los responsables.¹¹⁰

El derecho a la verdad ha sido desarrollado por la Corte desde un doble punto de vista: un derecho colectivo o social a conocer la verdad y como un derecho individual.¹¹¹ En cuanto al deber de investigar la Corte ha señalado que si bien esta es una obligación de medio, debe ser cumplida con toda seriedad por los Estados, de forma tal que la obligación de investigar también debe cumplir con ciertos requisitos mínimos para cumplir con la obligación de garantizar.¹¹² Por su parte, en materia de sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, la Corte ha establecido una obligación particular a los Estados y esta es la obligación de sancionar a quienes hayan incurrido en estos ilícitos.¹¹³

Todo esto ha sido vinculado por la Corte con la idea de la impunidad. En efecto, según el criterio de la Corte, en aquellos casos en que el Estado no cumpla con las obligaciones complementarias a que hemos hecho referencia, se estaría en una situación de impunidad que viola la obligación de garantía a que están obligados los Estados para con sus ciudadanos.¹¹⁴

En este sentido una cuestión interesante que ha aportado la Corte es clarificar que hay ciertos obstáculos internos que los Estados no pueden aducir para evitar investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos. De esta forma, cuestiones como leyes de amnistía, prescripción, no podrán ser invocadas por el Estado como obstáculos para investigar y condenar a los responsables de ciertos hechos. La Corte ha señalado expresamente que estos obstáculos no podrán ser invocados en casos de “violaciones graves” de derechos humanos, entendiendo por tales aquellas que afectan derechos “inderogables”.¹¹⁵

Esta postura es un aporte clarificador ya que delimita los casos en que se pueden invocar y, por tanto, adoptar legítimamente este tipo de medidas. Si estamos ante infracciones de derechos inderogables, no proceden medidas que limiten la investigación y condena; en caso contrario, serían legítimas. Ello permite resolver una cuestión preocupante, la cual es que toda

¹¹⁰ Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte, por tanto sólo nos remitiremos a algunos casos en que estos temas han sido tratados ya sea por primera vez o bien en los que se ha marcado una línea jurisprudencial que no ha tenido modificaciones. Los fallos más recientes que han tratado en profundidad el tema son *Caso Goiburú y otros* y *Caso Almonacid Arellano y otros*, ambos referidos a casos de violaciones de derechos humanos en el contexto de sistemas dictatoriales del cono sur.

¹¹¹ Voto Razonado Concurrente juez A.A. Cancado Trindade, *Caso Bámaca Velásquez*, párrs. 199-202.

¹¹² *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 176.

¹¹³ *Caso Trujillo Oroza - reparaciones*, párr. 99.

¹¹⁴ *Caso Paniagua y otros*, párr. 173.

¹¹⁵ *Caso Blanco Romero y otros*, párr. 98.

violación de derechos humanos deba ser sancionada penalmente, cuestión que sería muy cuestionable, ya que implicaría una hipertrofia de la acción penal que siempre debe ser la última ratio y no la regla general, aún en materia de protección de derechos humanos.

A modo de síntesis, la Corte ha dicho que el deber de garantía pasa a constituir un deber de prevención:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.¹¹⁶

Este ha sido uno de los aspectos más complejos de la jurisprudencia de la Corte ya que normalmente dice relación con hecho de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que deben ser asumidas por gobiernos de transición, algunas veces sin el apoyo o la voluntad suficiente para llevar adelante estos procesos de justicia. Sin perjuicio de estas dificultades la Corte ha realizado un gran aporte fijando los estándares mínimos en materia de justicia, verdad, dando un marco general dentro del cual cada Estado debe dar las respuestas que sean factibles, pero sin olvidar que hay ciertos mínimos que no son posibles de eludir.¹¹⁷

3. LOS BENEFICIARIOS DE LAS REPARACIONES

El punto de partida en esta materia para la Corte es que toda persona que va a ser reparada debe ser calificada como víctima en el proceso contencioso seguido ante la Corte.¹¹⁸

En materia de los beneficiarios la Corte ha realizado una distinción que es útil de revisar. Por una parte, ha determinado que los familiares de la víctima pueden ser reparados respecto de aquellas violaciones en que son víctimas directas y también pueden ser reparados como causahabientes de sus familiares cuando éstos han fallecido.

La primera hipótesis es la aplicación de las normas comunes sobre responsabilidad, de acuerdo con éstas los familiares en cuanto la Corte determine que han sido objeto de una afectación ilegítima de sus derechos,

¹¹⁶ *Caso Godínez Cruz*, párr. 185 primera parte.

¹¹⁷ En este sentido es muy interesante el fallo dictado en el caso *Almonacid*, donde la Corte precisamente señala que son valorables esfuerzos del Estado para lograr la “verdad histórica”, pero que estos no reemplazan el derecho a una verdad judicial conforme lo establece la propia Convención, ver *Caso Almonacid*, parr. 150.

¹¹⁸ Esto que podría parecer intrascendente ha generado problemas con la Comisión en cuanto a la identificación de las víctimas en los casos masivos y, además, un problema serio cuando se piensa en extender la reparación a los familiares, los que también deben ser identificados.

pueden ser sujetos de reparaciones directamente. Este ha sido el razonamiento de la Corte en diversos casos en que ha determinado que por la naturaleza de las violaciones, los familiares pueden haber visto afectado su derecho a la integridad personal;¹¹⁹ el mismo razonamiento ha usado la Corte para determinar la responsabilidad del Estado por el trato que se da a las víctimas al negarse a actuar diligentemente en el ámbito interno una vez que se ha producido una violación grave a la Convención.¹²⁰

Sobre qué derechos son los que se transmiten, la Corte ha señalado:

La Corte ha indicado, y lo reitera ahora, (...) que el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos. Por el contrario, los daños provocados por la muerte a los familiares de la víctima o a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio.¹²¹

Sobre los sucesores la Corte establece:

Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio justo a los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte...¹²²

En el *Caso Aloeboetoe*, al momento de determinar quiénes deben ser considerados “hijos”, “cónyuges” y “ascendientes”, la Corte hace una inter-

¹¹⁹ “En cuanto a los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, esta Corte ha señalado, en otras oportunidades, que éstos pueden ser, a su vez, víctimas. En el caso *sub judice*, la vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de [...] es consecuencia directa de la detención ilegal y arbitraria de éstos el día 21 de junio de 1991; de los malos tratos y torturas sufridos por éstos durante su detención, y de la muerte de ambos aproximadamente una hora después de haber sido detenidos, así como de la presentación oficial de los hechos como ‘un enfrentamiento con elementos subversivos’. Todo lo señalado generó en sus familiares inmediatos sufrimientos e impotencia ante las autoridades estatales, razón por la cual, en este caso, los familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, en violación del artículo 5 de la Convención Americana”, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, parr. 118.

¹²⁰ “En reiteradas oportunidades la Corte ha considerado que se ha violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas directas, por el sufrimiento adicional que estos familiares han padecido como consecuencia de las circunstancias generadas por las violaciones perpetradas contra las víctimas directas y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, por ejemplo, respecto a la búsqueda de las víctimas o sus restos, así como respecto al trato dado a estos últimos”, *Caso 19 comerciantes*, parr. 210. En estos casos la Corte ha determinado violado el art. 5 en relación con la obligación general del art. 1.1 ambos de la CADH.

¹²¹ *Caso Garrido y Baigorria - reparaciones*, párr. 50.

¹²² *Ibidem*, párr. 62.

pretación que nos parece apropiada y criteriosa. A su juicio, dicha determinación debe ser aquella del derecho local, pero reconoce que en caso de la tribu Saramaca, dicha costumbre no debe ser la de Suriname, sino que aquella especial y particular de la tribu a la que pertenecían las víctimas. Teniendo en todo caso como límite de interpretación la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹²³

Manteniendo este criterio la Corte ha sostenido en fallos posteriores:

La Corte estima que el término “familiares de la víctima” debe entenderse como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano y por lo tanto los hijos de la víctima, [...] y sus padres, [...] y sus hermanos, [...] son tenidos como sus familiares y podrían tener derecho a recibir una indemnización en la medida en que cumplan los requisitos fijados por la jurisprudencia de este Tribunal (...).¹²⁴

También ha mantenido un criterio cauteloso la Corte al fijar indemnizaciones por daño moral a los hermanos de la víctima (casos de muerte de ésta), exigiendo prueba en cuanto al grado de proximidad de los hermanos con la víctima, su preocupación con su suerte, entre otras.¹²⁵

Sobre la forma en la que debe realizarse la distribución de las indemnizaciones, la Corte ha señalado en cada caso los porcentajes en que debe hacerse la distribución.¹²⁶

Otro tema de interés es el de la titularidad extensiva. En primer lugar, está el caso de ciertas personas que sin ser causahabientes han sufrido como consecuencias del acto ilícito algún perjuicio. Esta materia, a juicio de la Corte, ha sido objeto de numerosas resoluciones en el derecho interno (lamentable no cita ningún ejemplo), de donde extrae ciertas conclusiones: la primera, que debe fundarse en “prestaciones efectuadas realmente por la víctima al reclamante”,¹²⁷ es decir, no pueden tener un carácter de esporádicas. En segundo lugar, la relación entre la víctima y el beneficiario debe ser de tal naturaleza que pueda “suponer(se) con cierto fundamento que la prestación habría continuado si no hubiera ocurrido el homicidio de aquella”.¹²⁸ Por último, a juicio de la Corte, “el reclamante debe haber tenido una necesidad económica que regularmente era satisfecha con la prestación efectuada por la víctima”.¹²⁹

¹²³ *Ibidem*, párr. 62 inciso final.

¹²⁴ *Caso Loayza Tamayo - reparaciones*, párr. 92.

¹²⁵ Ver *Caso Garrido y Baigorria - reparaciones*, párrs. 63-65.

¹²⁶ A modo de ejemplo, ver los casos de 2006: *Caso Masacre de Pueblo Bello*, párr. 240; *Caso Baldeón García*, párr. 182; *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 359; *Caso Montero Aranguren*, párr. 122; *Caso Ximenes Lopes*, párr. 218; *Caso Servellón García y otros*, párr. 171; *Caso Goiburú y otros*, párr. 148.

¹²⁷ *Caso Garrido y Baigorria*, párr. 68.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 68 inc. 2.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 68 inc. final.

Sobre la valoración de estos requisitos la Corte ha establecido que deben ser fehacientemente acreditados por la parte que los invoca como fundamento de su demanda.¹³⁰

Sin duda el tema a futuro será determinar cómo se va a realizar la acreditación de quiénes son las víctimas. En esto pareciera estar surgiendo alguna clara divergencia entre la Corte y la Comisión. Es de esperar que por el bien del sistema esto no genere problemas que terminen perjudicando a las víctimas.

V. LA RESPONSABILIDAD POR VIOLACIONES GRAVES (GROSS) Y SISTEMÁTICAS DE DERECHOS HUMANOS Y LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

Un tratamiento especial deben tener los casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. El hecho que el Estado, como un todo, se haya comprometido en una política de violaciones de los derechos humanos, obliga a un especial acercamiento al tema de las reparaciones. Por las características propias de estas violaciones, que afectan a una gran porción de la población en el goce de sus derechos más elementales y cuyo origen obedece a políticas de Estado, las medidas de reparación no pueden seguir los criterios tradicionales sobre reparaciones individuales. El contexto social y político en que éstas se desarrollan deben determinar la forma de las reparaciones.¹³¹

Las reparaciones en los procesos de transición a la democracia cumplen no sólo un rol individual, respecto del sujeto víctima de la reparación, sino que adquiere importantes aristas sociales, históricas y preventivas. En efecto, las motivaciones para reparar los casos de violaciones masivas y sistemáticas tienen que ver con las víctimas, pero también son una forma en que la sociedad establece bases de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos humanos. También es una forma de reformular apreciaciones históricas y, de esta forma, la construcción de una historia común donde todos los sectores pueden sentirse respetados y restablecidos en sus derechos. Finalmente, las reparaciones se vinculan con la posibilidad de prevenir que en el futuro puedan repetirse hechos que la sociedad en su conjunto rechaza.¹³²

En este sentido hay un componente político, en una acepción amplia del término, de relevancia. Pero este componente no puede ser una excusa para no cumplir con ciertos principios fundamentales del deber de justicia,

¹³⁰ *Ibidem*, párrs. 71, 72 y 73.

¹³¹ Sobre las violaciones masivas y sistemáticas, ver artículo "*Caso Goiburú vs. Paraguay: comentarios críticos*", en este mismo libro.

¹³² DE GREIFF, 2006.

como reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En este sentido, las obligaciones del Estado en materia de reparaciones deben ser el marco en el cual se muevan las políticas de reparaciones. Un enfoque de derechos es precisamente mirar el tema desde los derechos de las personas y, a partir de estos, diseñar las políticas (en este caso de reparaciones). Puede ser que haya que tomar decisiones restrictivas, pero estas nunca pueden implicar anular el derecho o limitarlo de forma tal que pierda sentido.

El Estado tiene la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos cometidas por los regímenes autoritarios, para ello se debe elegir la mejor forma de hacerlo. Para la reparación podemos plantear dos caminos, no necesariamente excluyentes. Por una parte, los procesos individuales de reparación, ya sea en el ámbito nacional o internacional. Por otra, la elaboración de una política pública dirigida a las reparaciones o lo que llamaremos de aquí en adelante, un Programa de Reparaciones.

Parece evidente que si el Estado debe hacerse cargo de un proceso de transición a la democracia, lo adecuado sea enfrentarlo de una manera coherente y sistemática. Por ello debe tomar las decisiones conducentes al fin asumido, en este caso, reparar de la forma más integral a las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Por ello, la elaboración de un Programa de Reparaciones parece un medio eficaz para articular coordinadamente todos los esfuerzos que el Estado pueda llevar adelante.

La elaboración de un Programa de Reparaciones nos parece que debe ser compatible con la posibilidad de que las víctimas puedan recurrir a las instancias judiciales, ya sean nacionales o internacionales, con el objeto de plantear sus demandas de reparación individualmente. En este sentido, un Programa de Reparaciones debe contemplar la legitimidad de estos caminos individuales y establecer las compatibilidades que permitan acceder a los beneficios de uno u otro procedimiento. Pretender que a través de un Programa de Reparaciones se cubran todas las situaciones es irreal y pretender coartar las vías individuales nos parece impropio de un proceso que pretende fundarse en el respeto de los derechos humanos.

Por otra parte, pretender que las reparaciones de los daños ocasionados por las violaciones de derechos humanos se obtengan sólo por medios individuales es un espejismo. En efecto, por la naturaleza de las violaciones masivas y sistemáticas, por los problemas procesales que normalmente presentan los sistemas nacionales postdictaduras, por el temor de las víctimas, entre otros factores, no es posible pensar que la sola vía individual sea el camino para resolver estas materias. Es necesario un esfuerzo colectivo y para ello nos parece necesario desarrollar una política estatal en esta materia.

Un Programa de Reparaciones deberá consistir en una política pública que articule criterios que sirvan para reparar un tipo particular de afectación de los derechos humanos, esto es, aquellas violaciones en que el Esta-

do ha implementado una política de violaciones masivas y sistemáticamente aplicadas a un grupo o a toda la población.

Diseñar un Programa de Reparaciones sobre esta perspectiva implica resolver adecuadamente la tensión que puede plantearse entre su ventaja, la facilidad para diseñar el programa centralizadamente; con su riesgo, aislar el programa, esto es devincularlo de otras políticas y perder la posibilidad de coordinarlo con otras medidas estatales y con las solicitudes desde las organizaciones de víctimas.

Asumir una perspectiva tradicional en materia de reparaciones, esto es, la perspectiva de la reparación integral o *restitutio in integrum* puede ser problemática al pretender elaborar un Programa de Reparaciones en casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. En general, podemos señalar como el principal riesgo que se generen expectativas que pueden condenar cualquier programa real al fracaso.

También en materia de procedimiento de implementación de un programa con estas características se generan situaciones complejas al desagregar a las víctimas; envío de mensajes no egalitarios a quienes se han visto envueltos en una misma situación; desagrega también los esfuerzos reparatorios; no da incentivos a la coordinación de las reparaciones con otras medidas que puedan ser tomadas respecto de las mismas personas que pueden haber sido beneficiarios de otros procesos reparatorios.¹³³

Un Programa de Reparaciones debiera tener como principios inspiradores la centralidad en las víctimas y la integralidad (en cuanto considere no sólo los aspectos materiales, sino que también los morales y sociales). Los criterios fundamentales que deben guiar su implementación deben ser el reconocimiento de las víctimas, tanto en su condición de víctimas como de sujetos de derechos, así como la restauración de la confianza cívica. El *reconocimiento de las víctimas como tales y como sujetos de derechos* implica ser reconocidas como tales por el Estado y ello constituye un elemento que no puede dejar de estar presente en todo proceso reparatorio y esto debe reflejarse en las medidas simbólicas, en las individuales, en las grupales (colectivo de las víctimas) y comunitarias (su reencuentro con los lazos de la comunidad). La restauración de la *confianza cívica entre los ciudadanos* debe ser una guía que el Programa de Reparaciones debe tener presente en sus medidas al tender estas a restablecer los lazos que han sido rotos en el tejido social, de esta forma si bien el Programa no debiera tener como un objetivo la reconciliación de la sociedad, ya que éste será un fin y no un objetivo de todo proceso de transición a la democracia, debe al menos plantearse la posibilidad de generar un ambiente en que los grupos sociales en

¹³³ Informe conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) *“Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú”*, septiembre de 2002. En el mismo sentido, DE GREIFF, 2004.

disputa pueden volver a ser parte de un mismo proyecto social de convivencia. En este sentido, la confianza en el sistema social es central y de ahí la necesidad de medidas estructurales que permitan evidenciar que los hechos que motivan las reparaciones no volverán a ocurrir o, al menos, que el Estado tomará todas las medidas para que ello no ocurra.¹³⁴

En cuanto al *procedimiento* para diseñar las medidas y su proceso de implementación del Programa de Reparaciones deberá tenerse en consideración no sólo fines deseables, sino las condiciones (y consecuencias) de la justicia. En este sentido, las medidas deben ser factibles de realizar, con plazos definidos y con posibilidades ciertas de ser cumplidas. El riesgo de un Estado que vuelve a incumplir con sus obligaciones para con las víctimas de violaciones de derechos humanos puede ser tan dañino como la violación original que se pretende remediar.

Tanto los objetivos como el diseño apuntan a lograr el objetivo base planteado en este campo: el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas; el medio idóneo para hacerlo es a través de un Programa de Reparaciones y los estándares mínimos que éste debe contener son aquellos fijados por el DIDH con algunas adecuaciones por las características propias del tipo de violación al que deben hacer frente.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en este sentido en el caso *Almonacid vs. Chile*. En este caso la Corte tuvo oportunidad de referirse a diferentes facetas de la reparación: verdad, justicia y reparaciones materiales. Respecto de cada una de estas cuestiones la Corte parece seguir este criterio de respetar el marco general que entrega el derecho internacional de los derechos humanos, pero aplicado a la luz del contexto particular de este tipo de violaciones.

En materia de verdad la Corte señaló:

La Corte desea resaltar una vez más la importancia que han cumplido las diversas Comisiones chilenas en tratar de construir de manera colectiva la verdad de lo ocurrido entre 1973 y 1990. Asimismo, la Corte valora que en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se encuentra mencionado el nombre del señor Almonacid Arellano y se haga un breve resumen de las circunstancias de su ejecución.

No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano,

¹³⁴ Ver, Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura, Ministerio del Interior, Santiago - Chile, 2005, cap. IX.

atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes. Humanos...¹³⁵

Por su parte, en materia de justicia (entendida como justicia criminal en contra de los autores de violaciones masivas y sistemáticas), la Corte es mucho más estricta aún:

El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.¹³⁶

Asimismo, en materia de reparaciones materiales señaló:

En lo referente al daño inmaterial, este Tribunal reconoce que las víctimas del presente caso sufrieron por la denegación de justicia producto de los hechos que se analizaron en los capítulos anteriores. De igual forma, toma nota lo expresado por el representante en el sentido de que el interés principal de las víctimas en este caso es la consecución de justicia. Por otro lado, la Corte valora positivamente la política de reparación de violaciones a derechos humanos adelantada por el Estado (*supra* párr. 82.26 a 82.33), dentro de la cual la señora Gómez Olivares y sus hijos recibieron aproximadamente la cantidad de US\$ 98.000,00 (noventa y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), más beneficios educacionales correspondientes aproximadamente a US\$ 12.180,00 (doce mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de América). Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal considera no ordenar el pago de una compensación económica por concepto de daño inmaterial, debido a que estima, como lo ha hecho en otros casos, que esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación, y que las medidas que se detallan en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia constituyen una debida reparación en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana.¹³⁷

Como se ve, para la Corte no ha sido un trabajo fácil resolver las complejidades que involucra resolver a través de casos individuales políticas de Estado en materia de transición a la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, A. *Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado*, Monte Ávila Editores Latinoamérica, 1997.

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid*, párrs. 149 y 150.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 151.

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 161.

- BROWNLIE, I., *International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, General Course on Public International Law*, Académie de Droit International, 1995, tome 225 de la Collection (Collected course of the Hague Academy of International Law), Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- BUERGENTHAL, T., "The Inter-American System for the Protection of Human Rights", en OEA, *Anuario Jurídico Interamericano, 1981*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, OEA, Washington, DC, 1982.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en Segunda Lectura*, Informe a la Asamblea General, 2.000.
- , *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adoptada en su 53 período de sesiones (2001).
- CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002a.
- , *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002b.
- DE GREIFF, P., *Justice and Reparations*, ICTJ, 2002.
- , "Reparations efforts in International perspective: what compensation contributes to the achievement of imperfect justice", en *Repairing the unforgivable: reparations and reconstruction in South Africa*, C. Villa-Vicencio and E. Dostader, eds., Cape Town: David Phillips, 2004.
- , *The Handbook of Reparations*. (Ed Pablo de Greiff), Oxford: Oxford University Press, 2006
- FERRER L., J., *Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos*, Tecnos, 1998.
- FOX, D., "The American Convention on Human Rights and Prospects for United States Ratification", en *Human Rights 3*, 1973.
- FUEYO, F., *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- GARRIDO, M., "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, Número 0, editorial Ad-Hoc, 2001.
- GHERSI y otros, "Daños al ser humanos. Daño psíquico", en *Los Nuevos Daños*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1995.
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.
- , "Responsabilidad Internacional", en SORENDEN, M., *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- LAWSON, R., "Out of Control, State Responsibility and Human Rights: Will the ILC's Definition of the 'Act of State' Meet the Challenges of the 21 st Century?", en CASTEMANS, M., VAN HOOF, F. and SMITH, J., *The Role of the Nation State in the 21 st Century*, Kluwer Law International, 1998.
- LORENZETTI, R., "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. el daño emergente y el lucro cesante", en *Revista de Derecho Privado Comunitario*. No. 1, año 1995, Argentina.
- MEDINA, C. y NASH, C., "Manual de Derecho Internacional de los Derechos Huma-

- nos para Defensores Públicos. Sección doctrina”, en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, No. 1, diciembre, 2003.
- NASH, C., *Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 1998.
- , *Las reparaciones antes la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Fac. de Derecho - Universidad de Chile, 2004.
- MONROY C., M., *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Temis, Colombia, 1986.
- PASQUALUCCI, J. M., “The application of international principles of state responsibility by the Inter-American Court of Human Rights”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volume II, Costa Rica, 1998.
- PIZA E., R., “El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos - El ejemplo de Costa Rica”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José - Costa Rica, Tomo I, 1998.
- ROSENNE, Sh., *The Perplexities of Modern International Law, General Course on Public International Law*, Académie de Droit International, 2001, tome 291 de la Collection (Collected course of the Hague Academy of International Law), Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- ROUSSEAU, C., *Derecho Internacional Público Profundizado*, Editorial La Ley, 1966.
- SHELTON, D., “The ILC’s State Responsibility Articles: Righting wrongs: reparations in the articles of State responsibility”, en *ASIL* 933 (96), octubre 2002.
- VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Madrid, 1967.

JURISPRUDENCIA

Corte Permanente de Justicia Internacional

- Caso Factory al Chorzow, Jurisdiction, Judgment, 1927, Series A, No. 9.
- Caso Factory al Chorzow, Merits, Judgment N. 13, 1928, Series A, No. 17.
- Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (deuxième phase), ordonnance du 6 decembre 1930, Série A, No. 24.
- Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, arrêt, 1932, Série A/B, No. 46.
- Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, Série A/B, No. 44.
- Jurisdiction of the Courts of Danzing, advisory opinion, 1928, Series B, No. 15.
- Questions des “communautés” gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, Série B, No. 17.

Corte Internacional de Justicia

- Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory opinion, Reports 1949.
- Caso Estrecho de Corfú*, sentencia de 9 de abril de 1949.

Corte Interamericana de Derechos Humanos■ *Serie A - Fallos y Opiniones Consultivas*

Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, No. 2.

■ *Serie C - Resoluciones y Sentencias*

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 4

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, No. 5.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, No. 7.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, No. 8.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surnam. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, No. 15.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C, No. 22.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, No. 28.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C, No. 29.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, No. 31.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, No. 36.

Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Perú*. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C, No. 38.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, No. 39.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, No. 42.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, No. 43.

- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C, No. 44.
- Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C, No. 48.
- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72.
- Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74.
- Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75.
- Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C, No. 76.
- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, No. 77.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.
- Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, No. 87.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, No. 88.
- Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, No. 89.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, No. 91.
- Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, No. 92.
- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, No. 109.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110.

- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114.
- Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, No. 119.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124
- Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, No. 129.
- Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, No. 132.
- Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134.
- Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 136.
- Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C, No. 137.
- Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C. No. 138.
- Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.
- Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, No. 147.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, No. 148.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006 Serie C, No. 149.
- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C, No. 150.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151.
- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, No. 152.
- Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.
- Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 155.

162 blanca

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS INDÍGENAS
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

Este artículo analiza la forma en que el sistema interamericano de derechos humanos ha enfrentado la situación de los pueblos indígenas. Se prestará especial atención a cuál es la interpretación que hoy tiene el sistema interamericano de los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas a partir de la forma en que son resueltas sus peticiones en el sistema.

En primer lugar se estudia las distintas etapas en que puede dividirse el acercamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la temática indígena. Luego, se analiza en detalle la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia a los temas de propiedad, derecho a la vida, recursos efectivos, derechos políticos y reparaciones.

La tesis central de este estudio es que para el sistema interamericano de derechos humanos los titulares de los derechos —integrantes de comunidades indígenas— poseen ciertas particularidades, tanto en su situación de hecho como en sus particularidades culturales, que obligan al intérprete a una consideración especial en la lectura de los derechos establecidos en los instrumentos del sistema interamericano.

Este artículo se propone explorar la forma en que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se ha hecho cargo de las demandas de los integrantes de las comunidades indígenas. Esta temática ha estado presente en el sistema interamericano desde hace más de tres décadas y es posible observar un continuo desarrollo hacia un tratamiento del tema desde la perspectiva de derechos, lo que abre importantes caminos de acción para todos quienes están interesados en la protección de los derechos humanos de los integrantes de las comunidades indígenas en nuestro continente.

En este trabajo desarrollaré los siguientes temas: un planteamiento general sobre la problemática indígena desde la perspectiva de los derechos humanos (I); la forma en la que la Comisión Interamericana ha enfrentado esta cuestión (II) y finalmente, bajo qué criterios se ha ido desarrollando

la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos se han consagrado como derechos individuales donde el sujeto de derechos es el individuo, quien puede exigir del Estado una cierta actuación a partir del reconocimiento de la titularidad de derechos en razón de la sola pertenencia a la especie humana.

De ahí que la protección de grupos, en tanto colectivos, sólo es posible a través de la elaboración de una argumentación sobre derechos individuales. Ello trae aparejado problemas en materia de derechos indígenas que han sido planteados, algunos de ellos, como derechos colectivos y no como derechos individuales.

La construcción del discurso de los derechos de los indígenas se ha articulado en el sistema interamericano de derechos humanos en torno a dos ideas: la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”) y el principio de igualdad y no discriminación. Además, se ha planteado que los pueblos indígenas son titulares de un “extra” de derechos en tanto pueblo, que se ha vinculado con la autonomía administrativa, autonomía jurídica, entre otros.

Conceptualmente es preciso distinguir entre derechos humanos que fructifican en sociedad o que requieren de la sociedad para ejercerse (por ejemplo, derecho a voto) y los derechos cuyo titular es un colectivo (por ejemplo, autodeterminación). Los primeros están claramente protegidos por el sistema de derechos humanos; los segundos presentan muchas dificultades teóricas y prácticas lo que se ha traducido en un acercamiento zigzagueante de la jurisprudencia internacional.¹

En este artículo me centraré en el primero de estos temas, es decir, ver cómo ha dado respuesta el sistema interamericano a la protección de los derechos individuales de los integrantes de comunidades indígenas, atendiendo a las particularidades de dicho grupo.

¹ Agradezco en esta materia los alcances formulados por la profesora Cecilia Medina en una charla dictada en junio de 2003, en el “Primer seminario internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, su aplicación en el sistema interamericano y en la reforma procesal penal chilena”, organizada por la Defensoría Penal Pública.

II. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS INDÍGENAS²

En la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”) podemos distinguir diversas etapas respecto de la cuestión indígena. Una primera etapa está vinculada a la protección de los indígenas en cuanto a individuos vulnerables; una segunda, incorpora la idea de derechos dignos de especial protección, centrados en la doctrina elaborada internacionalmente sobre minorías y ciertas nociones de no discriminación; la última etapa, basada en una lectura del principio de igualdad y no discriminación aplicado a cada derecho y libertad de que son titulares los miembros de las comunidades indígenas en la región, considerando a los indígenas como titulares plenos y en ciertos aspectos con protección particular en el goce y ejercicio de sus derechos.

1. PRIMERA APROXIMACIÓN: LA PROTECCIÓN

En una primera etapa se presenta una tendencia de la Comisión a estimar a los pueblos indígenas como un grupo débil, con bajo nivel cultural, al que había que proteger.³

Se reconoce su discriminación y la violación de derechos humanos de miembros de comunidades. Así, por ejemplo, en el caso sobre la Tribu Aché, señala la Comisión que el Estado tiene la obligación de proteger más a este grupo, atendiendo sus particulares condiciones culturales.⁴

2. SEGUNDA APROXIMACIÓN: UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE MINORÍAS

En una segunda etapa la Comisión ya no sólo plantea que los indígenas son un grupo que debe ser protegido, sino que se plantea que a su respecto es aplicable la noción de minorías desarrollado en el ámbito de Naciones Unidas y, por tanto, los mecanismos establecidos en el derecho internacional, en particular, la adopción de medidas especiales de protección establecidas por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la materia.

² Esta sección se ha beneficiado con un estudio sobre la jurisprudencia de la Comisión Interamericana realizado por la profesora Cecilia Medina con motivo de la charla indicada en la nota anterior.

³ CIDH, *Informes anuales de 1972 y 1973*, publicados en CIDH, *Ten years of activities 1971-1981*, pp. 328-329; también, ver *Caso Tribu Guahibo en Colombia*, publicado en Informe Anual 1973, OEA/Ser.L/V/II.32.

⁴ CIDH, *Caso 1802 (Paraguay)*, publicado en *Informe anual 1977*, OEA/Ser.L/V/II.43, Doc. 21 corr. 1, de 20 de abril de 1978.

En el *Caso Yanomami* la Comisión acepta que el derecho internacional reconoce a “grupos étnicos” el derecho a la protección especial de su idioma, religión, preservación cultura, (todo ello a la luz del art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “PIDCP”). Además estableció que la Organización de Estados Americanos (OEA) ha determinado una acción prioritaria de preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y con una especial prioridad en la lucha contra la discriminación. A partir de estos conceptos recomienda: *a)* delimitación y demarcación del Parque Yanomami, *b)* consulta a la población indígena afectada para el desarrollo de programas educacionales, de protección médica e integración social.⁵

En el *Caso Miskitos* la Comisión conserva la idea de que los indígenas son un grupo étnico. Establece que el derecho internacional reconoce la libre determinación (sin secesión) a pueblos, pero no a grupos. Como contrapartida determina que el Estado no tiene derecho a desarrollar políticas de asimilación total, como fue característico en gran parte del siglo XX en el continente. Finalmente, intenta una elaboración de otros derechos: preservación cultural requiere: *a)* gozo derechos humanos, *b)* efectivo funcionamiento como grupo, *c)* derecho a elegir autoridades, *d)* ordenamiento institucional diseñado con consulta y ejecutado con participación, y *e)* aspectos vinculados con organización productiva: problema de tierras ancestrales.⁶

A su vez, establece que la CIDH no puede resolver la validez del reclamo tierras; no postula una limitación a los derechos soberanos del Estado sobre integridad territorial, pero sí sostiene que debe haber respuesta política ante la situación.

Un interesante desarrollo en la temática indígena se produce en el Informe de la CIDH respecto de Ecuador en el año 1997.⁷ En este informe la Comisión adopta claramente la perspectiva de que los derechos de los indígenas podían ser comprendidos dentro de los derechos de las minorías y aplica a su respecto la norma del art. 27 del PIDCP; en especial, en la protección de las características culturales del grupo. Además, avanza en la idea de que los indígenas no sólo debían ser especialmente protegidos, sino que el Estado estaba obligado a implementar “medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural —un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales”.

⁵ CIDH, *Caso 7615 (Brasil)*, publicado en *Informe anual 1984-1985*, de 01 de octubre de 1985, OEA/Ser.L/V/II.66

⁶ CIDH, *Información sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*, de 16 de mayo de 1984, OEA/Ser.L/V/II.62.

⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 24 de abril de 1997, OEA/Ser.L/V/II.96.

3. TERCERA APROXIMACIÓN:
ENFOQUE DE DERECHOS Y LOS INDÍGENAS
COMO TITULARES DE DERECHOS GENERALES Y PARTICULARES

En el año 2000 la Comisión presentó un Informe sobre la situación de los indígenas en el continente.⁸ Este Informe presenta una completa descripción de la situación de los indígenas en el sistema interamericano y además, desarrolla algunos temas de relevancia para la temática indígena. Sin duda el mayor aporte de este Informe fue el análisis que hizo de una serie de derechos en una lectura desde la realidad de las comunidades indígenas.⁹ Es decir, la Comisión no sólo trató algunos de los temas relevantes que históricamente le habían preocupado (discriminación, tierra, etc.) sino que se preocupó de analizar derechos comunes a todas las personas desde una perspectiva particular, la necesidad de los titulares de derechos a partir de su realidad.

Destaca del Informe su perspectiva crítica sobre el trabajo desarrollado por la propia Comisión en el tema indígena. Así, señala que el acercamiento sobre la base de los derechos de las minorías y las normas de discriminación había sido un enfoque útil, pero

esta aproximación a los derechos de los pueblos indígenas por la vía de los conceptos de “minorías” o de la “prohibición de discriminación”, si bien ha sido en algunas ocasiones el único mecanismo existente, constituye un enfoque incompleto, reduccionista y por tanto inadecuado.¹⁰

A continuación de este Informe Especial, la Comisión presentó un Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay¹¹ donde vuelve a plantear su acercamiento al tema desde el enfoque de derechos utilizado en el Informe sobre la situación de los indígenas en el continente: estudiar los derechos de los indígenas a la luz de las obligaciones generales del Estado respecto de todo el catálogo de derechos y, además, analizar ciertas formas de goce y ejercicio especiales o particulares.

4. DESARROLLOS RECIENTES:
EL CASO DANN Y COMUNIDAD MAYA TOLEDO

En esta perspectiva, nos parece que los mayores avances de la Comisión están reflejados en el Informe del *Caso Dann*,¹² relativo a alegaciones en

⁸ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, de 20 de octubre de 2000, OEA/Ser.L/VII.108.

⁹ *Ibidem*, pp. 117-126.

¹⁰ *Ibidem*, “presentación”, pp. 1-2.

¹¹ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, de 9 de marzo de 2001, OEA/Ser.L/VII.110.

¹² CIDH, *Caso Dann (11.140)*, informe 75/02, de 27 de diciembre de 2002, publicado en *Informa Anual 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117.

contra de Estados Unidos, por violaciones de los derechos humanos de las hermanas Dann, integrantes del pueblo indígena Western Shoshone. Asimismo, en el caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice.¹³

La Comisión recopila los avances habidos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y plantea una importante premisa: se debe examinar cada caso en el contexto de la evolución de las normas y principios de derechos humanos de pueblos indígenas, lo que en este caso implica que el pleno y efectivo goce de derechos humanos exige considerar la situación y las experiencias históricas, culturales, sociales y económicas.¹⁴

Un planteamiento relevante en el Informe de las Hermanas Dann es que la Comisión establece que los “Principios Básicos” contenidos en el *Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos Pueblos Indígenas* refleja, a menudo, principios jurídicos internacionales,¹⁵ aplicables en interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.¹⁶

Todos estos elementos pueden ser utilizados por las comunidades para solicitar a la Comisión Interamericana, ya sea informes sobre situaciones particulares, o bien, la presentación de casos individuales. Este avance habido en el acercamiento de la Comisión el tema indígena puede ser utilizado por las comunidades en el ejercicio de sus derechos.

¹³ CIDH, *Caso de las Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo (12.053)*, informe 40/04, de 12 de octubre de 2004, publicado en *Informe Anual 2004*, OEA/Ser.L/V/II.122.

¹⁴ En particular, un examen de los tratados pertinentes, de la legislación y la jurisprudencia relevante, revela la evolución a lo largo de más de 80 años de normas y principios de derechos humanos particulares aplicables a las circunstancias y al tratamiento de los pueblos indígenas. Elemento central de estas normas y principios es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exigen considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. En la mayoría de los casos, esto ha incluido la identificación de la necesidad de que los Estados apliquen medidas especiales para indemnizar la explotación y discriminación a que estas sociedades han sido sujetas a manos de los no indígenas. (párr. 125)

¹⁵ La Comisión considera que los principios básicos reflejados en muchas de las disposiciones de la Declaración, incluidos los aspectos del Artículo XVIII, reflejan principios jurídicos internacionales generales que han evolucionado en el sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo, y en esta medida son debidamente considerados en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas. (párr. 129)

¹⁶ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INDÍGENAS

1. ANTECEDENTES GENERALES

La tesis que nos servirá de guía para el estudio de la jurisprudencia es la siguiente: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”), a partir de la correcta aplicación del principio de igualdad y no discriminación, analiza los derechos de las personas pertenecientes a comunidades indígenas a la luz de las particulares circunstancias de estos titulares de derechos, esto es, su situación de hecho (principalmente su situación de pobreza y discriminación) y sus particularidades culturales.¹⁷

Así lo ha señalado la propia Corte:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.¹⁸

De esta forma, enfrentada a cada uno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte determinará el contenido y alcance del derecho y las obligaciones del Estado a la luz de la situación de discriminación de su titular a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad.

2. DERECHO A LA TIERRA

El artículo 21.1 de la CADH dispone

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

¹⁷ “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 63.

¹⁸ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 51.

Una materia central de la cuestión indígena ha sido el tema de la propiedad sobre la tierra, concepto comprensivo del derecho a la tierra, su uso y conservación.¹⁹ La Corte Interamericana tuvo la oportunidad de resolver, por primera vez, esta materia en el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*,²⁰ en el cual se alegaba que el Estado de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de dicha Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. También se alegaba que el Estado había otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no había garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre su derecho de propiedad.

En el año 2005 la Corte volvió sobre este tema de la propiedad en la sentencia del *Caso Comunidad Yakye Axa c. Paraguay*. En el 2006 la Corte se pronunció en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Ambos casos relativos a la reivindicación de territorios ancestrales que se encuentran en poder de terceros.

En estos casos la Corte se hizo cargo del tema del alcance del derecho a la propiedad garantizado en el artículo 21.1 de la CADH, interpretándolo a la luz de las especiales características del derecho de propiedad de la tierra para los indígenas. En primer lugar, determinó que, conforme a las normas interpretativas aplicables (artículos 21 y 29.b de la CADH, además de los trabajos preparatorios de la Convención, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la propia legislación interna de Nicaragua y Paraguay), la Corte podía comprender dentro de la protección del artículo 21 el derecho a la propiedad en el marco particular del derecho de “propiedad comunal” consagrado en la legislación interna.²¹ Asimismo, bajo la protección del art. 21.1 de la CADH se podría ubicar los recursos naturales y los elementos culturales (este último comprensivo de la particular relación entre la tierra y las comunidades).²²

Este es un primer punto que merece ser destacado, ya que la Corte realizó una interpretación progresiva del derecho involucrado, en cuanto lo interpretó a la luz de las necesidades del caso concreto, ampliando el contenido tradicional del derecho de propiedad, es decir, desde un derecho típicamente individual a una concepción que permitiera comprender dicho derecho a la luz de las instituciones indígenas sobre el derecho de

¹⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, del 4 de febrero de 2002, E/CN.4/2002/97, párrs. 39-57.

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna* (2001).

²¹ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párrs. 143-148, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 130 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 117.

²² *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 137; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006) párr. 118.

propiedad, como uno de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares.²³

Una vez determinado el alcance del derecho de propiedad, la Corte ha formulado consideraciones respecto de la especial naturaleza del derecho de propiedad de las comunidades indígenas, aplicables a toda la realidad del continente.²⁴ La Corte va más allá de la sola fijación del contenido del derecho de propiedad y hace un vínculo directo entre la cultura indígena y el derecho a la tierra, como base para el desarrollo cultural y la preservación del legado y su transmisión a las generaciones futuras. Recoge de esta forma una visión del derecho a la tierra, no sólo como un derecho de propiedad, sino como una manifestación cultural.²⁵

La Corte también analiza un tema central sobre la propiedad indígena: cómo acreditar el dominio.²⁶ Al efecto recurre al derecho consuetudinario como el elemento definitorio, reconociendo que “producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.²⁷ Es decir, el derecho consuetudinario servirá para determinar el goce y ejercicio del derecho de propiedad, así como criterio de prueba de la titularidad en caso de conflicto, primando por sobre la legislación estatal (“título real”).

En cuanto a los efectos que trae aparejado dicho reconocimiento, la Corte señala que el Estado deberá reconocer, oficialmente, la propiedad de la tierra acreditada mediante el derecho consuetudinario y deberá proceder a registrarla de acuerdo a su derecho interno. Este es un cambio absoluto de perspectiva; en efecto, a la luz de esta jurisprudencia, es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver los con-

²³ Reitera esta interpretación en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 124.

²⁴ “[E]ntre 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. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. *Ibidem*, párr. 149. En el mismo sentido se ha pronunciado en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 131, 135 y 137.

²⁵ En este sentido ver *Minorías: existencia y reconocimiento*. Documento de trabajo presentado por el Sr. José Bengoa. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos-Grupo de Trabajo sobre las Minorías. Sexto período de sesiones, 22 a 26 de mayo de 2000, párrs. 57-58.

²⁶ Sobre los avances en esta materia ver, ANAYA y WILLIAMS, 2001: 46-48.

²⁷ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 151.

flictos en torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho.

La Corte también se hace cargo del problema de la efectividad y seguridad en el goce del derecho de propiedad. Aun en el caso de que el Estado reconozca la propiedad indígena, si no toma las medidas adecuadas para su delimitación y demarcación, el derecho no se goza plenamente, manteniéndose a las comunidades en un estado de incertidumbre e inseguridad.²⁸ No cumplir con estas obligaciones genera una situación de inseguridad y permite acciones del propio Estado que son violatorias de los derechos que emanan de la propiedad de la tierra, como el otorgamiento de concesiones mineras a terceros.²⁹

En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* la Corte tuvo oportunidad de señalar las distintas consecuencias que tiene el reconocimiento de la propiedad indígena:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.³⁰

De esta forma, en los casos en que las comunidades han perdido la posesión de la tierra y ésta se encuentra en poder de terceros, es necesario resolver tres cuestiones: derecho de reivindicación que tienen dichas comunidades, límite temporal para la reivindicación de la tierra y la entrega alternativa de tierras en caso de imposibilidad de entregar las tierras originales.

En principio las comunidades tienen derecho a reivindicar el territorio tradicional y por tanto el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas conducentes a entregar dichos territorios a la comunidad.³¹

²⁸ *Ibidem*, párr. 153. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* la Corte ha señalado: “[L]a Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad” (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 143).

²⁹ *Caso Mayagna* (2001), párr. 153.

³⁰ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 128.

³¹ En los casos relativos a Paraguay conocidos por la Corte, esta obligación no era discu-

Sobre el límite temporal para la reivindicación de la tierra, la Corte ha señalado que esta alegación está relacionada con la existencia del vínculo cultural entre la comunidad y el territorio reclamado. En la medida que este vínculo siga vigente, la reivindicación lo estará; si este vínculo se pierde, la reivindicación también. Es importante tener en consideración que la Corte aclara que en caso que dicho vínculo no se haya podido mantener, por razones de fuerza o amenaza, el derecho de reivindicación continuará vigente.³²

En cuanto a la entrega de tierras alternativas, esta posibilidad surge porque la propiedad indígena no puede, en todos los casos, primar sobre la propiedad de terceros de buena fe que estén en posesión de los mismos territorios.³³ En estas situaciones de conflicto entre la propiedad privada particular y la propiedad indígena, deberá haber una ponderación de los derechos en conflicto a la luz de cada caso.

En caso que el Estado, “por motivos objetivos y fundamentados”, se vea impedido de entregar las tierras ancestrales, “deberá entregar[les] tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión”.³⁴ En este sentido, la Corte ha analizado esta situación a la luz de los requisitos que deben concurrir para la restricción de derechos. En este caso, para que sea posible restringir el derecho de propiedad deben concurrir los siguientes requisitos: *a)* las causas que permitan la restricción deben estar establecidas por ley; *b)* estas deben ser necesarias; *c)* deben ser proporcionales, y *d)* deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. El elemento diferenciador en estos casos serán las particularidades del derecho de propiedad indígena y sus implicancias para la sobrevivencia de dichas comunidades. Por tanto, la consecuencia de esto es que “la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”.³⁵

La Corte tiene conciencia que en ciertos casos, sin perjuicio de la especial consideración que debe tener con la propiedad indígena, este juicio de ponderación de derechos puede llevar a la conclusión que el traspaso de tierras a la comunidad indígena sea imposible y en dicho evento el Es-

tida por el Estado. Por tanto, el tema se centró en la discusión sobre cuáles eran las medidas efectivas para concretar dicha obligación.

³² *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párrs. 131-132.

³³ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 144-149, 217; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párrs. 136-139, 212.

³⁴ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 135.

³⁵ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 148.

tado está obligado a entregar tierras alternativas o una justa indemnización con ciertos límites:

la elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.³⁶

Sobre las explicaciones que puede dar el Estado para adoptar una medida de este tipo, en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, la Corte tuvo oportunidad de analizar los fundamentos entregados para justificar la imposibilidad de entregar las tierras ancestrales de la comunidad. El Estado entregó tres argumentos: que las tierras estaban siendo ocupadas por un tercero, que la propiedad estaba siendo explotada racionalmente y que los actuales poseedores estaban protegidos por un tratado bilateral de protección a la inversión de extranjeros.

La Corte descarta los tres argumentos: que haya un tercero en posesión no es un argumento admisible ya que en todo caso de esta especie habrá un tercero y por tanto, si se aceptara este razonamiento, nunca habría un conflicto posible de ser resuelto a favor de una comunidad.³⁷ El argumento sobre la explotación racional de las tierras es descartado haciendo referencia a que la óptica económica no es la única que debe tenerse en consideración en estos casos.³⁸ Finalmente, la existencia de un tratado bilateral no puede ser invocado, en particular teniendo en consideración que este acepta la posibilidad de expropiaciones y en especial que todo tratado económico debe ser compatible con la Convención Americana, “tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia”.³⁹

Para terminar su análisis del derecho de propiedad, es relevante el vínculo entre el respeto del derecho de propiedad del artículo 21.1 y la obliga-

³⁶ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 151.

³⁷ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 138.

³⁸ *Ibidem*, párr. 139.

³⁹ “Finalmente, en lo que respecta al tercer argumento estatal, la Corte no cuenta con el mencionado tratado firmado entre Alemania y Paraguay, pero según lo dicho por el propio Estado, el referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes ‘por causa de utilidad o interés público’, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas. Asimismo, la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 140.

ción general de respeto y garantía del artículo 1.1 de la CADH en materia de atribución de responsabilidad internacional al Estado. La responsabilidad de organizar el aparato público, tomar medidas adecuadas para garantizar el goce y ejercicio del derecho de propiedad indígena es de todo el Estado y sus agentes, de forma tal que “la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana”.⁴⁰

De esta forma, comprometen la responsabilidad del Estado todas aquellas autoridades que no toman las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas; las que no hacen primar las normas consuetudinarias acerca del goce del derecho, como de su reconocimiento en la legislación interna y en la administración y registro de la tierra; las que omiten tomar las medidas para delimitar y marcar dichos territorios; las que conceden su explotación a terceros, o permiten que esto ocurra; al no establecer procedimientos administrativos o de otro tipo para reivindicar tierras ancestrales; al no tomar las medidas de expropiación en caso que sea la forma adecuada de restituir la propiedad indígena; entre otras.

Es decir, cualquier actividad del Estado y sus agentes, ya sea de acción u omisión, que no permita el libre goce y ejercicio del derecho a la tierra sobre la base de las particularidades de la cultura indígena implica una violación a la Convención y, por tanto, hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional.⁴¹

3. DERECHO A LA VIDA

Dispone el artículo 4.1 de la CADH:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

El derecho a la vida tradicionalmente ha sido entendido como un derecho típicamente de abstención, esto es, un derecho que se considera satis-

⁴⁰ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 154.

⁴¹ “De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos”, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 105.

fecho en la medida que el Estado, a través de sus agentes, no lo viole directamente. La Corte ha dado un alcance más amplio a este derecho y lo vincula directamente con medidas positivas y con los derechos económicos, sociales y culturales.

En las sentencias de los *casos Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte formuló interesantes consideraciones en el ámbito del derecho a la vida y, en particular, respecto de la situación de los miembros de comunidades indígenas.

La Corte parte su análisis destacando la especial naturaleza del derecho a la vida y las consecuencias que esta acarrea al momento de respetarlo y garantizarlo. En primer lugar la Corte señala que este derecho “es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular”. En atención a esta especial condición, la Corte determina que “no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida”, lo que en concreto se traduce en que “este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”.⁴²

La Corte señala que una de las consecuencias del derecho a la vida es que el Estado, en su condición de garante, está obligado a “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”. Esta obligación implica “adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.⁴³

Interesante es el paso siguiente que da la Corte, al analizar —en el caso concreto— cómo se aplica esta idea de una “vida digna” y las medidas que son exigibles respecto del Estado, en particular, por las condiciones de vida y particularidades culturales de sus titulares (todos miembros de una comunidad indígena).

En primer lugar, señala que debe determinar “si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación”. Pero su análisis va más allá y hace un vínculo con la “especial vulnerabilidad a la que fueron llevados [los miembros de la comunidad indígena], afectando su forma de vida diferente [sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la

⁴² Todas las citas de este párrafo corresponden a *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 161.

⁴³ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 162.

cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra] y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva”.⁴⁴

A juicio de la Corte esta situación debe ser analizada a la luz del

corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT.⁴⁵

Asumiendo lo que es una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte vincula el derecho a la vida con el derecho a la salud y formula consideraciones interesantes respecto del alcance que puede tener el control internacional en estas materias.

Señala la Corte: “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”. Ahora, respecto de las particularidades que adquiere esta situación en el caso de los pueblos indígenas, señala: “en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia”.⁴⁶

La Corte, además, tiene en consideración la actividad del Estado en razón de las particularidades culturales del grupo en cuestión. Señala, en primer lugar, que al no garantizar el derecho a la propiedad comunitaria, se “ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades”.⁴⁷

Finalmente, la sentencia se pronuncia acerca de la efectividad de las medidas adoptadas por el Estado y señala que si bien valora que se hayan tomado algunas, “considera que estas medidas no han sido suficientes ni

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 163.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 163.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 167.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 168.

adecuadas para revertir su situación de vulnerabilidad, dada la particular gravedad del presente caso”.⁴⁸

A diferencia del *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, en el cual sólo se consideró violado el derecho al acceso a condiciones de vida digna de los miembros de la comunidad, en la sentencia relativa al *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte sí consideró violado el derecho a la vida respecto de algunos integrantes de la comunidad muertos desde la entrada en vigencia de la Convención y desde la competencia de la Corte, atribuyendo responsabilidad al Estado por dichos fallecimientos.

El razonamiento de la Corte es el siguiente: el Estado debe adoptar “todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida” conforme lo dispuesto en los artículos 4.1 y 1.1. de la CADH. Estas medidas apropiadas implican “crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”.⁴⁹

A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.⁵⁰

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia merece algunos comentarios. Es interesante el análisis en cuanto fija la obligación general de adoptar medidas positivas como parte de la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 en concordancia con el artículo 4 de la CADH (marco jurídico, investigación y sanción frente a casos de violación del derecho a la vida y crear condiciones que permitan el acceso a condiciones de vida digna). Enseguida, señala que frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho a la vida (condiciones personales o situación generalizada), el Estado está en la obligación de adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado. Este constituye un buen fundamento de las medidas de acción afirmativa a la luz de la obligación de garantía.

En todo caso, a juicio de la Corte para que el Estado viole esta obliga-

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 169.

⁴⁹ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 153.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 154.

ción y pueda ser internacionalmente responsable, deben concurrir ciertos requisitos:

es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada.

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.⁵¹

A juicio de la Corte, en el caso concreto de la comunidad Sawhoyamaxa la medida adecuada para enfrentar la situación de la comunidad era la entrega de tierras.⁵² Además, frente a la grave situación de hecho que vivía la comunidad, era necesario adoptar medidas preventivas efectivas mientras se resolvía el fondo del asunto. El decreto de emergencia dictado, sin que fuera acompañado de una acción gubernamental efectiva, a juicio de la Corte, no es una medida adecuada, de aquellas que previsiblemente se pueden esperar de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.⁵³

Aplicando estos parámetros, la Corte determina la responsabilidad del Estado paraguayo respecto de una serie de integrantes de la comunidad Sawhoyamaxa, muertes “atribuibles a la falta de prevención adecuada y adopción de suficientes medidas positivas por parte del Estado, el que estaba al tanto de la situación de la Comunidad y era razonable esperar que actuara”.⁵⁴

Sin duda este razonamiento es un avance respecto al *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa*, en el cual, la Corte en voto dividido, erradamente, determinó que el Estado había violado el 4.1 en cuanto al acceso a condiciones de vida digna, pero determinó que no era posible atribuir responsabilidad al Estado por las muertes de los integrantes de dicha comunidad.⁵⁵

⁵¹ Ambas citas corresponden a *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 155.

⁵² *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 164.

⁵³ *Ibidem*, párrs. 167-170.

⁵⁴ A modo de ejemplo, ver *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 172.

⁵⁵ Ver un interesante voto disidente de los jueces Cançado y Ventura en *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa* (2005), quienes sostienen esta contradicción en el voto de mayorías.

4. RECURSOS EFECTIVOS

El artículo 25.1 de la CADH señala:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

La Corte también ha tratado la situación en la cual existe el reconocimiento de derechos, pero no existen los mecanismos adecuados y eficaces para hacerlos valer en el derecho interno. Esta es una materia trascendental en el tema indígena atendido los sucesivos reconocimientos formales de derechos indígenas en las legislaciones nacionales del continente, pero sin un cumplimiento efectivo de estos.

En materia de recursos efectivos debemos analizar cómo un derecho es garantizado adecuadamente en la legislación interna. Cada derecho convencional debe ser garantizado por el Estado de forma tal que este pueda ser plenamente gozado y ejercido por las personas;⁵⁶ además, la Convención establece, a través de su artículo 25, una obligación especial para el Estado, la cual es establecer en su legislación recursos judiciales sencillos y rápidos que permitan reclamar el goce y pleno ejercicio de los derechos convencionales y también de los derechos constitucionales o legales.

¿Cuál ha sido el camino que tomó la Corte para resolver esta materia? En primer lugar, ha fijado los estándares aplicables al artículo 25.1 de la CADH invocando su propia jurisprudencia, en la que ha establecido con precisión que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido y que este es un derecho básico en el sistema de protección de los derechos humanos; que la inexistencia de este recurso constituye una trasgresión de la Convención; y, que es deber del Estado asegurar que dicho recurso sea eficaz para resolver la situación para la cual ha sido creado.⁵⁷

A continuación, plantea la pregunta fundamental para resolver sobre la efectividad de los recursos: si estos existen y en caso que hayan sido usados, si fueron resueltos cumpliendo con las exigencias antes señaladas.

En cuanto a la existencia de estos recursos en la legislación, es interesante el caso resuelto por la Corte ya que en las legislaciones nacionales, en el caso de de Nicaragua existen variadas normas, de diverso rango, que tratan sobre el tema indígena. La Corte reconoce y analiza en el *Caso Comunidad Mayagna* la legislación interna (Nicaragua), pero llega a la conclusión que, respecto del caso específico, esto es, la delimitación y demarcación de

⁵⁶ Esta es una consecuencia de la obligación general de garantía de los derechos establecida en los arts. 1 y 2 de la CADH.

⁵⁷ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párrs. 112-114

territorio indígena, la legislación interna “no establece un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares”.⁵⁸ A juicio de la Corte para el caso de la propiedad indígena era necesario un procedimiento específico, que atendiera a las características especiales de la propiedad indígena.⁵⁹ Por último, para comprobar la violación del derecho convencional, la Corte tiene en consideración un aspecto factual: que en Nicaragua no se han titulado tierras de carácter indígena.⁶⁰ Todos estos elementos la hacen concluir que “no existe un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas”.⁶¹

En cuanto a la efectividad de los recursos utilizados en la legislación interna, la Corte también fija los criterios para determinar si estos cumplen con las exigencias convencionales. En primer lugar, se determinó que las comunidades habían interpuesto una serie de recursos en la legislación interna de Nicaragua,⁶² por lo que formalmente se tiene por establecida la existencia de los recursos. En cuanto a las exigencias de fondo, la Corte sostiene que la institución procesal del amparo es un mecanismo adecuado en la medida que garantice un procedimiento breve y sencillo.⁶³ En consecuencia, este recurso para ser efectivo debe ser tramitado en un plazo breve, si no se cumple con este requisito “los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si en la adopción de la decisión sobre éstos incurre en un retardo injustificado”.⁶⁴ Para dar efectividad a los recursos y conforme lo preceptuado en el artículo 1.1 de la CADH, el Estado deberá asegurarse de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz y asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.⁶⁵

La sentencia concluye su análisis en los siguientes términos:

La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 123.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 124.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 126.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 127.

⁶² *Ibidem*, párrs. 129-130.

⁶³ *Ibidem*, párr. 131.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 134. Ver además: *Caso Ivcher Bronstein* (2001), párr. 137; *Caso del Tribunal Constitucional* (2001), párr. 93; y *OC-9/87*, párr. 24.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 135.

Awás Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.⁶⁶

En los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, el tema era la efectividad de los procedimientos de reivindicación de tierras. La Corte señaló que dichos procedimientos debían ser efectivos y tramitados de acuerdo con las normas del debido proceso.⁶⁷

En particular, en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* la Corte entró al análisis del procedimiento administrativo diseñado por el Paraguay para la reivindicación de tierras. Estableció que este no reunía los requisitos mínimos conforme a la Convención Americana. En efecto, la Corte señaló que dicho procedimiento tenía un énfasis en aspectos económicos y que no consideraba el elemento central que debe tenerse en cuenta al resolver casos sobre propiedad indígena: elemento cultural. Además, el procedimiento sólo contemplaba un rol mediador de la autoridad estatal, sin que esta tuviera facultades resolutorias, lo que le quitaba efectividad al procedimiento. Finalmente, señaló que dicho procedimiento estaba basado en gestiones administrativas (informes) que eran de cargo del Estado impulsar, lo que no ocurría en la práctica.⁶⁸

De esta forma, la Corte concluye que a la luz de la obligación general del artículo 1.1 de la CADH queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena.⁶⁹

Estas conclusiones pueden ser extrapoladas a las obligaciones que tiene el Estado de asegurar efectivamente todo derecho de las comunidades indígenas a través de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias del continente. Esto cobra importancia porque las legislaciones indígenas en el continente tienen relación no sólo con el tema del derecho a la tierra, sino que también con el goce y ejercicio de otros derechos, todos los cuales debieran contar con re-

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 138.

⁶⁷ El razonamiento de la Corte fue: el artículo 8 consagra el derecho a ser oído en un plazo razonable, ahora, un procedimiento administrativo que toma más de 11 años sin dar una respuesta a la petición formulada —demora “desproporcionada” a juicio de la Corte— es incompatible con la Convención Americana (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 97).

⁶⁸ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párrs. 104-108.

⁶⁹ “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores usos y costumbres”, Corte IDH. *Caso Yatama* (2005). En el mismo sentido, ver *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 63; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 83.

recursos para su exigibilidad en el plano interno que cumplan con los criterios mínimos establecidos por la Corte.

No puedo dejar de mencionar el hecho de que los recursos para hacer exigibles los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación. Deberán adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas.

5. DERECHOS POLÍTICOS

El artículo 23 de la CADH dispone:

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

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

El artículo 24 dispone:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En la sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, se trató el tema de los derechos políticos de una comunidad indígena en el marco de un proceso electoral que la dejó fuera por estar limitada la participación a los partidos políticos, excluyendo otro tipo de organizaciones. Este caso permitió a la Corte abordar de una manera amplia el derecho a la participación política, fijando ciertos criterios generales y también cuestiones particulares sobre la participación de las comunidades indígenas en procesos de elección de autoridades.

El punto de partida para el análisis de la Corte es la igualdad y las obligaciones que tiene el Estado de garantizar el goce y ejercicio de los derechos

sin discriminación (art. 24 de la CADH). Desde este punto analiza el contenido y alcance de los derechos políticos.⁷⁰

A la luz del artículo 23 de la CADH la Corte señala que los derechos que allí se consagran son: “a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad”.⁷¹ Desarrollando la obligación del Estado de garantizar estos derechos, la Corte señala que: “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para [que] dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”.⁷²

La Corte ha desarrollado una visión amplia del derecho a la participación, aclarando que tiene una naturaleza dual, esto es, un derecho con dimensiones individuales y colectivas. El derecho a la participación política no se limita, pues, a la elección de las autoridades, sino que implica poder influir en el diseño e implementación de las decisiones colectivas, sea a través de la acción directa, sea por medio de representantes.

La Corte analiza cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar el goce de los derechos políticos en el marco de una sociedad democrática. Para ello vincula la efectividad de las medidas con la situación de hecho de sus destinatarios. Al efecto señala: “dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.⁷³

Es interesante el hecho de que la Corte entra a analizar las particularidades de la participación de las comunidades indígenas en procesos democráticos.⁷⁴ Señala la Corte que restringir la participación política exclusivamente a través de partidos, forma de organización que no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua, implica una restricción al derecho a la participación política, que al no estar dirigido a un “propósito útil y oportuno que la torne [a la medida de restricción] necesaria para satisfacer un interés público imperativo”, es una restricción ilegítima y, por tanto, violatoria de las obligaciones convencionales.⁷⁵

La Corte formula una consideración general sobre las restricciones que se impongan a organizaciones distintas a los partidos políticos:

⁷⁰ *Caso Yatama* (2005), párrs. 184-189.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 194.

⁷² *Ibidem*, párr. 195.

⁷³ *Ibidem*, párr. 201.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 202.

⁷⁵ *Ibidem*, párrs. 218-219.

cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.⁷⁶

Termina su análisis indicando cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar la participación de la comunidad indígena Yatama: “en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos...”. Después agrega ciertas condiciones específicas sobre la forma de la participación de las comunidades indígenas: “hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”.⁷⁷

Como puede verse la forma en que la Corte aborda este problema es consistente con la tesis que hemos sostenido en este artículo sobre lo que ha sido su jurisprudencia en temas indígenas, analizar el contenido y alcance de cada derecho teniendo presente en su análisis la situación de hecho y las particularidades culturales de las comunidades indígenas del continente.

6. REPARACIONES

El artículo 63.1 de la CADH dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En la jurisprudencia relativa a reparaciones destacan tres elementos: el realce que tiene el tema de la tierra, la vinculación de medidas reparatorias que busquen paliar la situación de vulnerabilidad económica y social de las comunidades indígenas y la consideración de aspectos culturales al momento de diseñar una política de reparaciones.

Sobre la relevancia de la tierra, destacan las medidas reparatorias en

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 220.

⁷⁷ Ambas citas corresponden a *Caso Yatama* (2005), párr. 225.

orden a demarcar y delimitar los territorios de propiedad indígena,⁷⁸ la entrega de tierras ancestrales o la entrega de tierras alternativas⁷⁹ y la adecuación de la legislación interna con el fin de hacer efectivos estos derechos más allá de los casos puntuales presentados a su conocimiento.⁸⁰ Sin duda estas medidas de reparación son las centrales en los casos relativos a derechos indígenas, lo que marca, una vez más, la relevancia de este tema al enfrentar la cuestión indígena en la región.

En segundo lugar, atendidas las particularidades de la situación en la que se encuentran gran parte de las comunidades indígenas en la región, en los casos en que la Corte ha debido resolver cuestiones vinculadas a comunidades indígenas ha dispuesto medidas que busquen paliar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las comunidades. Por una parte, ha dispuesto la entrega de suministros básicos para hacer frente a la situación de las comunidades, entre tanto se resuelven la entrega de tierras.⁸¹ Asimismo, con una mirada de más largo plazo, la Corte ha dispuesto la creación de “fondos” y “programas” de desarrollo comunitario, que le permitan a la comunidad contar con recursos para hacer frente a su situación de vulnerabilidad a más largo plazo.⁸²

En cuanto al tercer elemento al que hemos hecho referencia, el cultural, también ha sido tomado en consideración al resolver otros casos, en los cuales si bien no se veían alegatos de derechos indígenas, el elemento cultural estuvo presente a la hora de las reparaciones.

El primer caso en esta línea es el relativo a las reparaciones en el *Caso Aloeboetoe v. Surinam*,⁸³ el que se basaba en la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de siete personas pertenecientes a una comunidad indígena a manos del ejército de Suriname. La Corte, previo reconocimiento de responsabilidad por parte de Surinam, procedió a determinar las indemnizaciones conforme al artículo 63.1 de la CADH. Al momento de determinar a los titulares de las indemnizaciones se encontró con particularidades culturales propias de esta comunidad; en efecto, la Corte siguió el criterio que los titulares de las indemnizaciones debían ser, entre otros, los hijos, el cónyuge y los ascendientes de las vícti-

⁷⁸ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 164.

⁷⁹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 215-218; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párrs. 210-214.

⁸⁰ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 164; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 225; *Caso Yatama* (2005), párrs. 254, 259; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párrs. 234-235.

⁸¹ Ver el apartado sobre Reparaciones en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 221 y también en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 229.

⁸² *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 205 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 224.

⁸³ *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones* (1993).

mas, todos determinados de acuerdo al derecho local.⁸⁴ Así se encontró con que los potenciales herederos de las víctimas pertenecían a una comunidad indígena que se regía en sus relaciones familiares por su costumbre y no por la normativa de Surinam.⁸⁵ Ante la disyuntiva de qué derecho aplicar, la Corte optó por seguir el derecho consuetudinario de la comunidad, argumentando en que éste era el derecho eficaz en la región.⁸⁶

Un caso similar, fue el seguido contra Guatemala por la desaparición forzada del Sr. Bámaca Velásquez. En este caso, al momento de determinar si una hermana de la víctima debía ser considerada para los efectos indemnizatorios, se recurrió a “características de la cultura maya, *etnia mam* a la que pertenece la familia Bámaca Velásquez”⁸⁷ para justificar que no se diera a conocer su existencia hasta esa instancia reparatoria en el juicio. El fundamento de esta decisión fueron “las dificultades idiomáticas y de comunicación con la familia Bámaca Velásquez, que es una familia mam, ‘mucho más cerrada en la manera de comunicar ciertas cosas de su vida cotidiana’”⁸⁸

Otro aspecto relevante al momento de determinar derechos individuales desde la perspectiva cultural indígena es el caso de la determinación del destino de los restos mortales de personas detenidas y desaparecidas pertenecientes a comunidades indígenas. En el *Caso Bámaca Velásquez* la Corte tuvo en consideración “el respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, *etnia mam*, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez”,⁸⁹ para luego justificar esta postura en los antecedentes culturales de dicha *etnia* en cuanto a su cosmovisión de la muerte.⁹⁰

También la Corte ha tomado en consideración la estructura familiar a efectos de determinar la indemnización por muerte de uno de sus miembros. En el *Caso Bámaca*, al momento de determinar la indemnización por daños materiales con ocasión del asesinato del hijo mayor de una familia maya, *etnia mam*, la Corte tuvo en consideración “la costumbre maya de que el hijo mayor suele hacer aportes al sostenimiento de sus padres y hermanos”.⁹¹ Asimismo, se utiliza el mismo criterio para los efectos de determinar la indemnización por daño moral.⁹²

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 62.

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 54, 62-64.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 62.

⁸⁷ *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones* (2002), párr. 36.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 81.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 52.

⁹² “...dadas las particularidades de la cultura maya, *etnia mam*, para el núcleo familiar de Bámaca Velásquez la pérdida del soporte emocional y económico del hijo mayor significó grandes sufrimientos”, *Ibidem*, párr. 65.b).

Ahora, en el plano indemnizatorio, la Corte no ha tenido un criterio de pleno reconocimiento a la autonomía de las comunidades. En efecto, se ha buscado una solución híbrida, por ejemplo en el *Caso Mayagna Awas Tigni* se reconoce un titular colectivo del derecho a indemnización, pero no le da autonomía para decidir su uso.⁹³ En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, da un paso ya que reconoce a los líderes y dispone que las indemnizaciones que corresponden a la comunidad le sean entregadas a los líderes, pero en la principal medida, la creación del fondo de desarrollo comunitario, crea un Comité de Administración.⁹⁴

No vemos razón para haber ordenado una indemnización que no fuera el pago directo a la comunidad del monto total; la inversión de dichos montos debiera ser una decisión autónoma de la comunidad y sin necesidad de supervisión alguna. Este es un punto criticable de la sentencia ya que en él se trasunta una visión paternalista que debiera ser rechazada, en especial por un órgano internacional que en el mismo fallo ha propugnado por el respecto pleno y total de los derechos indígenas.

En conclusión, estos fallos de la Corte han tenido avances y retrocesos. El avance, haber ordenado medidas que benefician a toda la comunidad y haber considerado a la comunidad como titular de derechos; el retroceso, no haber reconocido autonomía a la comunidad para decidir el destino de la indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, J. y WILLIAMS, R. *The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, 14 Harv. Hum. Rts. J. 33, Spring (2001).

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA CITADA

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A, No. 9.

Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, No. 15.

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones (Artículo 63.1 Convención

⁹³ “[El] Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tigni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”, *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 167.

⁹⁴ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 225.

- Americana sobre Derechos Humanos*), sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, No. 91.
- Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 16 de febrero de 2001. Serie C, No. 74.
- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71.
- Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125.
- Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.

190 blanca

CAPÍTULO VI

“CASO SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY”: ¿Dos pasos adelante y uno atrás?

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Después de la guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay (1933-1936) se incrementó la ocupación no indígena del Chaco boreal iniciada en el siglo XIX. En el Paraguay se crearon estancias sobre territorios indígenas, incorporando como mano de obra a los miembros de comunidades indígenas que las habitaban tradicionalmente. Esto desencadenó la sedentarización de los mismos. A partir de ese momento las tierras han sido fraccionadas y transferidas a propiedades privadas, dificultando el acceso de la población indígena y produciendo un sustantivo cambio en su forma de subsistencia.

El año 1991 la Comunidad Sawhoyamaxa solicitó al Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) el reconocimiento de sus líderes y dos años más tarde se iniciaron los trámites para el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Comunidad (la comunidad estaba conformada por 407 personas divididas aproximadamente en 83 viviendas). Los líderes (en 1993) y la Comunidad (en 1998) fueron reconocidos por el ordenamiento jurídico paraguayo.

El año 1991 comenzó un proceso de reivindicación administrativo de tierras, dispersas en diferentes estancias ganaderas. Las tierras reivindicadas eran las que tradicionalmente poseían y que les permitía ejercer sus actividades de subsistencia (tierras “ancestrales”). La atención del problema de las tierras indígenas estaba a cargo del Instituto de Bienestar Rural (IBR) y el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI). Ante el IBR se reivindicó la entrega de 8.000 hectáreas alrededor de Sawhoyamaxa. El INDI determinó que esas tierras pertenecían a dominio privado. Además de ciertos trámites de verificación, la autoridad recomendó iniciar un diálogo entre el propietario de las tierras reivindicadas y los miembros de la Comunidad con la participación del IBR; el propietario alegó que se dañaría los intereses económicos de la empresa. La comunidad solicitó la ampliación del pedido de tierras y la adopción de la medida de no innovar porque el propietario había comenzado a depredar el lugar. El año 1999 la IBR declaró la clausura del expediente administrativo y remitió el expediente al INDI para que de-

cidiera la “expropiación o negociación”. A la fecha de presentación del caso ante la Corte no habían nuevas gestiones para solucionar la solicitud.

En el año 1997 se iniciaron acciones ante el Congreso para obtener la dictación de una ley que expropiara los territorios reclamados por la comunidad y fueran entregados al INDI, quien haría traspaso de los mismos a los peticionarios. Los proyectos no prosperaron en ninguna de las Cámaras del Congreso Paraguayo. La última gestión terminó el 2000.

Las condiciones de vida de los miembros de la comunidad son de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones de poseer cultivos y ganado propio y de practicar libremente actividades tradicionales de subsistencia ya que los propietarios no les permiten el acceso a sus territorios. Tienen escasez de agua potable y los estanques dados por el Estado no son proveídos de agua. Pocas viviendas poseen energía eléctrica. La escuela no posee una estructura adecuada y no cuentan con materiales suficientes; parte de los jóvenes asiste a la escuela no indígena de la zona. No cuentan con un centro de salud en sus asentamientos y las visitas de médicos son escasas y muchas veces van sin previo aviso cuando no hay gente; generalmente recurren a la medicina tradicional o a los remedios caseros. El hospital más cercano esta a 46 km. pero no hay medios de traslado y la falta de recursos económicos no permiten la compra de medicamentos. Tienen impedimentos graves para el registro de nacimientos, defunciones o cambios de estado civil así como cualquier otro documento de identificación. Dentro del contexto de estas precarias condiciones de vida y salud descritas, los miembros de la Comunidad son vulnerables a enfermedades y epidemias, y muchos han fallecido a causa de tétanos, neumonía y sarampión, graves cuadros de deshidratación, caquexia y enterocolitis, o supuestos accidentes de tránsito y trabajo sin ningún control estatal.

II. TEMAS QUE DEBÍA RESOLVER LA CORTE

A partir de los hechos expuestos, la Corte en este caso debía resolver las siguientes cuestiones:

- Reconocimiento de los líderes y de la comunidad
- Reconocimiento de tierras (reivindicación administrativa y legislativa)
- Condiciones de vida de la comunidad.

Para ello la Corte debió pronunciarse en su sentencia sobre los siguientes derechos convencionales:

- Para el tema del reconocimiento de los líderes y de la comunidad, así como del procedimiento de reivindicación de tierras, la Corte entró al análisis de los artículos 8 y 25 de la CADH.

- En el tema de la reivindicación de tierras, la Corte, además de formular algunos alcances sobre el procedimiento, entró al conocimiento del fondo del asunto, a través del análisis del artículo 21 de la CADH.
- Sobre las condiciones de vida de los miembros de la comunidad, la Corte se pronunció sobre los alcances de los artículos 4 y 5 de la CADH.
- Finalmente, aunque no fue un tema que le fuera planteado por las partes, la Corte agregó a su sentencia el estudio del artículo referido a la personalidad jurídica, artículo 3 de la CADH.

III. PROCEDIMIENTOS PARA RECONOCIMIENTO Y REIVINDICACIÓN

1. CUESTIONES GENERALES

El primer elemento relevante en esta parte es la aplicación del artículo 8 de la CADH al proceso administrativo. En este punto la Corte es consistente con su jurisprudencia constante sobre el alcance del debido proceso a los procedimientos administrativos, en la medida que en estos procedimientos “pueda[n] afectar los derechos de las personas” (~ 82).¹

En segundo lugar, la Corte se pronuncia acerca de qué entiende por una “protección efectiva” de los derechos cuando los titulares de los mismos pertenecen a algún pueblo indígena. En efecto, la Corte reitera lo que ha sido su jurisprudencia constante en la materia, en el sentido que una protección efectiva será aquella “que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (~ 83).

2. RECONOCIMIENTO LÍDERES

Sobre el procedimiento de reconocimiento de líderes la Corte no entra a conocer del asunto ya que, a su juicio, carece de competencia en razón del tiempo (~ 86).

3. RECONOCIMIENTO COMUNIDAD

Sobre el proceso de reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad Sawhoyamaxa, la Corte analiza el asunto a la luz de lo preceptuado en el artículo 8.1 de la CADH, esto es, el derecho a ser oído dentro de un “plazo razonable”. Para tomar la decisión acerca del plazo que tomó al

¹ Para facilitar la lectura se señala entre paréntesis se señalan los párrafos de la sentencia citados en el cuerpo del escrito.

Estado para reconocer la personalidad jurídica de la comunidad, la Corte aplica los estándares que ha establecido en su jurisprudencia constante, esto es, ver si al efecto concurren elementos que justifiquen una demora de 4 años y diez meses que tomó dicho procedimiento. Señala la Corte que atendido el hecho que dicho procedimiento tenía establecido un plazo en la legislación interna de 30 días, que su complejidad “era mínima” y que “el Estado no ha justificado la mencionada demora”, concluye que se ha violado el 8.1 de la CADH.

4. PROCESO REIVINDICACIÓN

Sobre el proceso de reivindicación de tierras, que a la fecha de la sentencia y contado desde que la Corte tiene competencia respecto del Paraguay, había durado más de 13 años, señala la sentencia que el Estado tiene responsabilidad por el retraso en la decisión ya que este se había producido por “demoras de las autoridades estatales” (~ 96). En todo caso, señala que una demora de más de 13 años en la tramitación de dicha solicitud “difícilmente puede ser calificad[a] como razonable” (~ 97).

Asimismo, la Corte se pronuncia acerca de las falencias que muestra el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras para comunidades indígenas en el Paraguay. Señala que a lo menos hay tres cuestiones que hacen de dicho procedimiento un mecanismo “inefectivo” para el fin dispuesto. En primer lugar, dicho procedimiento tiene un énfasis puramente económico, esto es, para decidir se basa en la “explotación racional” de las tierras, y por tanto, deja fuera del análisis otros aspectos relevantes en aquellos casos en que se producen reivindicaciones de tierra indígena, en particular, los elementos culturales (~ 104-105).

En segundo lugar, el procedimiento sólo contempla un rol de la autoridad como facilitadora de la negociación entre las partes en conflicto, sin posibilidades reales de decisión final. De esta forma, el procedimiento queda entregado a la voluntad de una de las partes en conflicto y “no en una valoración judicial o administrativa que dirima la controversia” (~ 106).

En tercer lugar, una cuestión ya no vinculada con el diseño del mecanismo, sino en su aplicación práctica. La Corte señala que el Estado, en el caso en estudio, no ha realizado suficientes estudios técnicos (~ 107). Esta es una cuestión referida a la actuación del Estado y no al diseño del procedimiento, por lo que no era necesario en el análisis referido al procedimiento administrativo.

Finalmente, termina su análisis la Corte con algunas referencias a las obligaciones generales del Estado, establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH. En relación con los artículos 1.1 y 2 a la luz de los artículos 8 y 25 de la CADH, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido que es una obligación de garantía del pleno goce y ejercicio de los derechos

“instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados” (~ 109).

En cuanto a la obligación del artículo 1.1 de la CADH, la Corte señala que esta norma impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos (~ 109).

En relación con el artículo 2, la Corte reitera que:

impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido (~ 110).

Por tanto, al no haber adoptado el Estado las medidas internas adecuadas con dicho fin, ha incumplido con su obligación convencional.

La Corte concluye que el procedimiento legal de reivindicación de tierras aplicado por el Estado en el caso “desconoció el principio de plazo razonable y se mostró completamente inefectivo”, por lo tanto se han violados los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la CADH (~ 112).

IV. DERECHO DE PROPIEDAD (ARTÍCULO 21)

1. PUNTO DE PARTIDA DEL ANÁLISIS

El artículo 21.1 de la CADH señala:

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

En algunos casos referidos a derechos indígenas la Corte se ha hecho cargo del tema del alcance del derecho a la propiedad garantizado en el artículo 21.1 de la CADH. Este es un tema relevante ya que tradicionalmente el derecho de propiedad se ha entendido como un derecho típicamente individual. De ahí la importancia que tiene la interpretación que ha hecho la Corte de este derecho a la luz de las especiales características del derecho de propiedad de la tierra para los indígenas.

La Corte ha interpretado el derecho de propiedad intentando darle un contenido a la luz de la noción de propiedad que se tiene hoy en las jurisdicciones nacionales y en el derecho internacional público y, además, apli-

cado a una situación donde los titulares del derecho poseen ciertas características particulares. En primer lugar, la Corte ha determinado que, conforme a las normas interpretativas aplicables (artículos 21 y 29.b de la CADH, además de los trabajos preparatorios de la Convención, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la propia legislación interna de Paraguay), la Corte podía comprender dentro de la protección del artículo 21 el derecho a la propiedad en el marco particular del derecho de “propiedad comunal” consagrado en la legislación interna de Paraguay (~ 117).² Asimismo, establece la Corte que bajo la protección del artículo 21.1 de la CADH se podrían amparar los recursos naturales y los elementos culturales (este último comprensivo de la particular relación entre la tierra y las comunidades) (~ 118).³

Una vez determinado el alcance del derecho de propiedad, la Corte ha formulado consideraciones respecto de la especial naturaleza del derecho de propiedad para las comunidades indígenas.⁴ En el *Caso Sawhoyamaya*, la Corte señala que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural (~ 118). De esta forma, el fallo recoge una visión del derecho a la tierra, no sólo como un derecho de propiedad, sino como una manifestación cultural.⁵

La Corte se hace cargo en su sentencia de una cuestión que es compleja desde el punto de vista de la teoría del derecho internacional de los derechos humanos: la noción de derechos colectivos. En efecto, una cuestión que no ha sido fácil de resolver en la discusión teórica sobre derechos hu-

² En el mismo sentido, ver *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párrs. 143-148; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 130.

³ En el mismo sentido, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 137.

⁴ “[E]ntre 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. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 149. En el mismo sentido se ha pronunciado en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 131, 135 y 137.

⁵ En este sentido ver *Minorías: existencia y reconocimiento*. Documento de trabajo presentado por el Sr. José Bengoa. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos-Grupo de Trabajo sobre las Minorías. Sexto período de sesiones, 22 a 26 de mayo de 2000, párrs. 57-58.

manos es la posibilidad de que sean considerados como tales, derechos en que el titular no es una persona natural sino que un colectivo. En la sentencia *Sawhoyamaxa*, la Corte tiene que entrar en este tema porque la base del reclamo del derecho de propiedad está formulada en relación con la propiedad comunitaria o grupal, donde el titular del derecho no son los miembros individuales del grupo, sino que la comunidad en su conjunto.

Para resolver el caso la Corte señala:

asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta 'no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad'. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas (~ 120).

Como puede verse la Corte tiene claro el problema sobre el alcance de la propiedad colectiva de la tierra, pero no es tan clara la solución. La salida propuesta por la Corte es de clara inspiración utilitarista. En efecto, no se pronuncia sobre la compatibilidad de una concepción colectiva de los derechos con la propia de la Convención, pero sí lo hace sobre los efectos que tendría su no reconocimiento sobre ciertos aspectos de la propiedad. En efecto, la solución implica mirar el tema de la propiedad desde sus atributos (uso y disposición) y no desde su naturaleza (derecho individual vs. derecho colectivo), cuestión que parece seguir pendiente en la jurisprudencia de la Corte.

2. PROBLEMA DEL CASO: RECONOCIMIENTO SIN POSESIÓN Y POSESIÓN DE UN TERCERO DE BUENA FE

En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* la Corte tuvo oportunidad de señalar las distintas consecuencias que tiene el reconocimiento de la propiedad indígena:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente

han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. (~ 128)

En el caso en estudio el tema central no estaba en el desconocimiento de la propiedad indígena, sino que en el hecho de que la posesión estaba en manos, no de la comunidad, sino que de un tercero (la cuarta de las hipótesis planteadas por el párrafo anterior).

Frente a esta situación la obligación principal del Estado es la devolución de las tierras (~ 130 y 135); sólo en caso que dicha reivindicación haya caducado (~ 131-134) o no sea posible, se podrán entregar tierras alternativas cumpliendo con ciertos requisitos mínimos (~ 135-144).

Sobre el límite temporal para la reivindicación de la tierra, la Corte ha señalado que esta alegación está relacionada con la existencia del vínculo cultural entre la comunidad y el territorio reclamado. En la medida que este vínculo siga vigente, la reivindicación lo estará; si este vínculo se pierde, la reivindicación también (~ 131). Es importante tener en consideración que la Corte aclara que en caso que dicho vínculo no se haya podido mantener, por razones de fuerza o amenaza, el derecho de reivindicación continuará vigente (~ 132-133). En el caso concreto, la Corte concluye que “los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya, a pesar de que han perdido la posesión y tienen prohibido ingresar a las tierras en reivindicación (*sic*), continúan realizando actividades tradicionales en ellas y aún consideran dichas tierras como propias” (~ 129) ... por tanto, su derecho de reivindicación sigue vigente (~ 130).

3. ACCIONES PARA EFECTIVIZAR EL DERECHO

Para la Corte es claro que “una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama” (~ 135). A su vez, establece que “cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión” (~ 135). Con ello la Corte se ve obligada a ver las circunstancias que pueden permitir que el Estado legítimamente entregue tierras alternativas a la comunidad.

En cuanto a la entrega de tierras alternativas, esta posibilidad surge porque la propiedad indígena no puede, en todos los casos, primar sobre la propiedad de terceros de buena fe que estén en posesión de los mismos te-

rritorios.⁶ En estas situaciones de conflicto entre la propiedad privada particular y la propiedad indígena, deberá haber una ponderación de los derechos en conflicto, a la luz de cada caso.

En el evento que el Estado, "por motivos objetivos y fundamentados" se vea impedido de entregar las tierras ancestrales, "deberá entregar[les] tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión" (~ 135).

En este sentido, la Corte ha analizado esta situación de conflicto a la luz de los requisitos que deben concurrir para que una restricción de derechos sea legítima. La Corte hace su análisis a partir de su jurisprudencia sobre las formas legítimas de restricción de derechos. Al efecto, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, señaló que para que sea posible restringir el derecho de propiedad deben concurrir los siguientes requisitos:

- las causas que permitan la restricción deben estar establecidas por ley;
- estas deben ser necesarias;
- las medidas deben ser proporcionales, y
- deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

En estas situaciones de conflicto entre la propiedad particular privada y la propiedad indígena hay dos elementos relevantes a la hora de decidir cuál derecho debe primar: la necesidad que en una democracia se fomente el pluralismo (lo que incluye la idea de respetar y preservar formas diversas de vida) y las particularidades culturales de la propiedad indígena (vinculada con aspectos culturales y también de sobrevivencia).

En efecto, a la hora de resolver el conflicto entre propiedades, el Estado deberá considerar, dentro del ejercicio de ponderación de derechos, el hecho que es valorable la pluralidad dentro de las sociedades, lo que incluye la adopción de medidas que garanticen que dicho pluralismo se mantenga. Además, deberá tener presente en el caso particular cómo la solución que se dé al conflicto puede afectar la sobrevivencia de dichas comunidades.

La consecuencia será que:

la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.⁷

⁶ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 144-149, 217.

⁷ *Ibidem*, párr. 148.

La Corte tiene conciencia que en ciertos casos, sin perjuicio de la especial consideración que debe tener con la propiedad indígena, este juicio de ponderación de derechos puede llevar a la conclusión que el traspaso de tierras a la comunidad indígena sea imposible y en dicho evento el Estado está obligado a entregar tierras alternativas o una justa indemnización (la Corte en esto sigue al Convenio 169 de la OIT, aunque una indemnización sin entrega de tierras parece poco consistente con la argumentación de la Corte en esta materia):

la elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.⁸

Sobre las explicaciones que puede dar el Estado para adoptar una medida de este tipo, en este caso la Corte tuvo oportunidad de analizar los fundamentos entregados por el Paraguay para justificar la imposibilidad de entregar las tierras ancestrales de la comunidad Sawhoyamaxa. El Estado entregó tres argumentos: que las tierras estaban siendo ocupadas por un tercero, que la propiedad estaba siendo explotada racionalmente y que los actuales poseedores estaban protegidos por un tratado bilateral de protección a la inversión de extranjeros.

La Corte descarta los tres argumentos: que haya un tercero en posesión no es un argumento admisible ya que, en todo caso de esta especie, habrá un tercero y, por tanto, si se aceptara este razonamiento, nunca habría un conflicto posible de ser resuelto a favor de una comunidad (~ 138). El argumento sobre la explotación racional de las tierras se descarta haciendo referencia a que la óptica económica no es la única que debe tenerse en consideración en estos casos (~ 139). Finalmente, la existencia de un tratado bilateral no puede ser invocada, en particular, teniendo en consideración que este acepta la posibilidad de expropiaciones y en especial, que todo tratado económico debe ser compatible con la Convención Americana, “tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia” (~ 140).

En este sentido, la sentencia *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, al igual que *Comunidad Indígena Yakye Axa* nos entrega nuevos elementos de análisis para la situación del derecho de propiedad sobre tierras indígenas. La particular situación de tierras ancestrales en poder de terceros es una cuestión relevante en toda la región, por tanto, los criterios que avanza la Corte en esta materia son un buen punto de partida para la discusión sobre la mejor forma de resolver esta cuestión a futuro; situación compleja y de difícil solución.

⁸ *Ibidem*, párr. 151.

V. DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 4)

El artículo 4.1 la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

1. CENTRALIDAD DEL DERECHO A LA VIDA Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO

En las sentencias de los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, la Corte formuló interesantes consideraciones sobre el contenido y alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención y, en particular, respecto de la situación de los miembros de comunidades indígenas.

La Corte parte su análisis destacando la especial naturaleza del derecho a la vida y las consecuencias que esta acarrea al momento de respetarlo y garantizarlo. Señala que este derecho "es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular". En atención a esta especial condición, la Corte determina que "no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida", lo que en concreto se traduce en que "este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna".⁹

Esta visión compleja del derecho a la vida, que implica para el Estado la obligación de abstenerse de tomar acciones que viole el derecho y la adopción de medidas positivas, está en concordancia con lo que ha sido la jurisprudencia constante de la Corte desde la dictación de la sentencia de fondo en el *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*.¹⁰ Si bien el derecho a la vida, tradicionalmente, se ha considerado satisfecho en la medida que el Estado, a través de sus agentes, no lo viole directamente; la Corte ha dado un alcance más amplio a este derecho y lo vincula directamente con medidas positivas y específicamente, con los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹

⁹ Todas las citas de este párrafo corresponden a *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 161.

¹⁰ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle"* (1999).

¹¹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 163.

La Corte, además, tiene en consideración las obligaciones del Estado en razón de las particularidades culturales del grupo titular del derecho. Señala que al no garantizar el derecho a la propiedad comunitaria, se “ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades”.¹²

2. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS MUERTES DE MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA

A diferencia del *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, en el cual sólo se consideró violado el derecho al acceso a condiciones de vida digna de los miembros de la comunidad, en la sentencia relativa al *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte sí consideró violado el derecho a la vida respecto de algunos integrantes de la comunidad muertos desde la entrada en vigencia de la Convención y de la competencia de la Corte, atribuyendo responsabilidad al Estado por dichos fallecimientos.

El razonamiento de la Corte es el siguiente: el Estado debe adoptar “todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida” conforme lo dispuesto en los arts. 4.1 y 1.1. de la CADH. Estas medidas apropiadas implican

crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho. (~ 153).

A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez” (~ 154).

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia merece algunos comentarios. Por una parte, es correcto el análisis en cuanto fija la obligación general de adoptar medidas positivas como parte de la obligación de garantía establecida en el art. 1.1 en concordancia con el art. 4 de la CADH (marco jurídico, investigación y sanción frente a casos

¹² *Ibidem*, párr. 168.

de violación del derecho a la vida y crear condiciones que permitan el acceso a condiciones de vida digna). Enseguida, señala que frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho a la vida (condiciones personales o situación generalizada), el Estado está en la obligación de adoptar ciertas medidas especiales ("deberes especiales") de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado.

Este razonamiento es particularmente interesante, ya que permite construir un buen argumento —a partir de la obligación de garantía— para que el Estado justifique la legitimidad de medidas que favorezcan particularmente a un grupo determinado, lo que en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido conocido como "medidas de acción afirmativa". Aquí la Corte hace una buena lectura, aunque no la explícita, sobre las consecuencias que tienen situaciones particulares de vulnerabilidad para justificar la adopción de medidas que busquen superar situaciones de discriminación, ya sea en condición de las características personales del sujeto de especial protección ("condición personal"), o bien, estructurales ("situación específica en que se encuentren").

Refuerza la Corte su argumentación sobre las medidas especiales a partir de la argumentación presentada por el Estado sobre una supuesta responsabilidad "compartida" en los fallecimientos toda vez que los familiares y líderes de la comunidad no concurrieron a los servicios de salud. Al efecto la Corte señala que frente a la situación de urgencia que vivía la comunidad el Estado "debió adoptar medidas que contribuyan a la prestación y suministro de tales bienes y servicios" y que "aceptar lo contrario sería incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana, la cual requiere que sus provisiones sean interpretadas y aplicadas de tal forma que los derechos en ella contemplados sean práctica y efectivamente protegidos" (~ 173). De esta forma, frente a casos urgentes el Estado no puede excusar su responsabilidad en haber adoptado medidas positivas, sino que además deberá acreditar que ha tomado medidas adicionales para la efectividad práctica de las medidas positivas adoptadas.

Esta obligación de adoptar medidas especiales, a juicio de la Corte, tiene límites:

es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. (~ 155)

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situa-

ción de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo (~ 155).

De esta forma, la Corte lo que hace es delimitar la responsabilidad del Estado. Si bien establece el criterio general acerca de cuáles son sus obligaciones —para todos los casos y específicas en ciertas situaciones particulares— también establece límites, no a la obligación de adoptar medidas, sino que a la responsabilidad internacional en que pueda incurrir en casos de omisión. Lo que la Corte está haciendo es fijar las condiciones sobre las cuales se puede construir la responsabilidad internacional del Estado por violaciones concretas al derecho a la vida.

En primer lugar, presta especial atención el *conocimiento* por parte del Estado de la situación de “riesgo real e inminente para la vida”. Esta exigencia tiene por objetivo delimitar la responsabilidad pertinente en casos de personas que deban ser objeto de protección en atención a sus condiciones particulares; este razonamiento es muy discutible para las situaciones o discriminaciones estructurales, ya que puede sostenerse que plantear el “desconocimiento” una situación de grave amenaza al derecho a la vida de todo un grupo es claramente una violación a la obligación de garantía en su faz preventiva. La solución correcta en estos casos parece ser dar vuelta la carga de la prueba; en efecto, frente a situaciones de discriminación estructural que provocan vulnerabilidad de las personas, el Estado deberá demostrar cómo todas las medidas que ha tomado tienen como fin y en la realidad han servido para superar esta situación.

En segundo lugar, las medidas consideradas son aquellas que están “dentro del ámbito de sus atribuciones”. Esto es difícil de entender cuando lo que se está determinando es la responsabilidad del Estado en su conjunto; en efecto, si la situación es tal que requiera de medidas especiales y estas no se adoptan, será el Estado el que incurra en responsabilidad más allá de cuál es la autoridad específica que ha fallado. Justamente lo que caracteriza a este tipo de responsabilidad es que hay una falla en el sistema estatal en su conjunto para hacerse cargo de situaciones de desigualdad en el acceso a las condiciones de vida digna.

La Corte reitera, aunque sin sus graves consecuencias, el razonamiento restrictivo sostenido en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* donde se impone una obligación adicional a la víctima, la cual es acreditar qué autoridad y dentro de qué competencia falló. Es claro que debiera ser el Estado quien demuestre que pese a haber tomado todas medidas el resultado de la muerte fue inevitable.

Finalmente, acerca de las “medidas previsibles”, a diferencia de lo que sostiene la Corte, lo central no es la previsibilidad de las medidas, sino que estas fueran las efectivas, esto es, aquellas conducentes a solucionar la

situación. El Estado está obligado a adoptar medidas efectivas, eso es lo que se espera de él. Por tanto, la "previsibilidad" parece ser un elemento superfluo como criterio de atribución de responsabilidad a la luz de la obligación de "efectividad" de las medidas.

Consecuencialmente, parece correcto el intento de la Corte de pretender fijar un cierto marco que permita atribuir responsabilidad del Estado en casos concretos de afectación al derecho a la vida por omisión de la obligación de garantía. Pero el esfuerzo argumental desarrollado por la Corte no parece el más apropiado.

3. APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES GENERALES AL CASO CONCRETO

Finalmente, la sentencia se pronuncia acerca de la efectividad de las medidas adoptadas por el Estado para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad de la comunidad Sawhoyamaxa y señala que si bien valora que se hayan tomado algunas, "considera que estas medidas no han sido suficientes ni adecuadas para revertir su situación de vulnerabilidad, dada la particular gravedad del presente caso" (~ 169).

A juicio de la Corte, la medida adecuada para enfrentar la situación de la comunidad era la entrega de tierras (~ 164). Además, frente a la grave situación de hecho que vivía la comunidad, era necesario adoptar medidas preventivas efectivas mientras se resolvía el fondo del asunto. El decreto de emergencia dictado por la autoridad (Presidente de la República), sin que fuera acompañado de una acción gubernamental efectiva, a juicio de la Corte, no es una medida adecuada, de aquellas que previsiblemente se pueden esperar de la autoridad en el ejercicio de sus funciones (~ 167-170).

Aplicando estos parámetros, la Corte determina la responsabilidad del Estado paraguayo por violación al artículo 4.1 de la CADH respecto de una serie de integrantes de la comunidad Sawhoyamaxa; muertes "atribuibles a la falta de prevención adecuada y adopción de suficientes medidas positivas por parte del Estado, el que estaba al tanto de la situación de la Comunidad y era razonable esperar que actuara" (~ 172).

Sin duda este razonamiento es un avance respecto al *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa*, en el cual, la Corte en voto dividido, erradamente, determinó que el Estado había violado el 4.1 en cuanto al acceso a condiciones de vida digna, pero determinó que no era posible atribuir responsabilidad al Estado por las muertes de los integrantes de dicha comunidad.¹³ En el referido *Caso Yakyé Axa* se estableció una ausencia de "elementos probatorios suficientes" para establecer la violación del derecho a la vida en ca-

¹³ Ver un interesante voto disidente de los jueces Cançado y Ventura en *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa* (2005), quienes sostienen esta contradicción en el voto de mayorías.

sos concretos. De esta forma, la Corte pretendía un estándar probatorio distinto al del derecho internacional y mucho más vinculado al del derecho penal, exigiendo a las víctimas la prueba de un nexo causal específico entre las muertes y la actividad de ciertas autoridades del Estado.

VI. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL (ARTÍCULO 5)

En el caso Sawhoyamaya las partes y la Corte se plantearon la cuestión sobre si las condiciones de vida de los miembros de la comunidad constituían una forma de violación al derecho a la integridad personal (art. 5 de la CADH). La Corte decidió que este tema había sido parte de su razonamiento en el análisis del derecho a la vida, por lo que no era necesario tratarlo nuevamente en este apartado (~ 185).

Este es un tema discutible, pero me quiero centrar en otro aspecto que fue omitido de la discusión y me parece una omisión grave de todos los involucrados en el caso.

El punto de partida es la distinción que ha planteado la Corte en cuanto a la situación de los familiares de las víctimas directas de violaciones de derechos humanos. La Corte ha determinado que los familiares de la víctima pueden ser víctimas directas respecto de aquellas violaciones que los han afectado personalmente. Esta es la aplicación de las normas comunes sobre responsabilidad; de acuerdo con éstas si se determina que los familiares han sido objeto de una afectación ilegítima de sus derechos, pueden ser sujetos de reparaciones directamente. Este ha sido el razonamiento de la Corte en diversos casos ha determinado que por la naturaleza de las violaciones, los familiares pueden haber visto afectado su derecho a la integridad personal;¹⁴ el mismo razonamiento ha usado la Corte para determinar la responsabilidad del Estado por el trato que se da a las víctimas al negarse a actuar diligentemente en el ámbito interno una vez que se ha producido una violación grave a la Convención.¹⁵

¹⁴ “En cuanto a los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, esta Corte ha señalado, en otras oportunidades, que éstos pueden ser, a su vez, víctimas. En el caso *sub judice*, la vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares [...] es consecuencia directa de la detención ilegal y arbitraria de éstos el día 21 de junio de 1991; de los malos tratos y torturas sufridos por éstos durante su detención, y de la muerte de ambos aproximadamente una hora después de haber sido detenidos, así como de la presentación oficial de los hechos como “un enfrentamiento con elementos subversivos”. Todo lo señalado generó en sus familiares inmediatos sufrimientos e impotencia ante las autoridades estatales, razón por la cual, en este caso, los familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, en violación del artículo 5 de la Convención Americana”, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004), párr. 118.

¹⁵ “En reiteradas oportunidades la Corte ha considerado que se ha violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas directas, por el sufrimiento adi-

Si el razonamiento de la Corte ha sido el que hemos señalado, no hay explicación para no haber considerado que los familiares de los miembros de la comunidad fallecidos por causas imputables al Estado no sean víctimas en su integridad psicológica. No debemos olvidar que las muertes eran perfectamente evitables con un mínimo de diligencia por parte del Estado. Pensemos un instante en lo que debe sentir una madre o un padre al ver morir a su hijo de pocos meses por falta de atención médica básica, estamos hablando de muertes por deshidratación, tétanos, etc. Pensemos en lo que siente una madre o un padre al ver morir a un hijo y que luego lo obliguen a abandonar el hospital con el otro hijo hospitalizado porque no tiene dinero para comprar remedios y el pequeño fallece a los pocos días. Finalmente, pensemos en una comunidad que ve morir a 19 de sus miembros por causas evitables y por directa responsabilidad del Estado.

Es incomprensible haber omitido un pronunciamiento en este sentido. Si estas situaciones no son propias de una violación a la integridad personal, cuesta imaginar cuáles sí lo son.

VII. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD (ART. 3)

Un tema interesante que abordó la Corte, aunque no se lo habían planteado las partes, es la violación del artículo 3 de la CADH ("toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad"). De los hechos se desprende que una parte importante de los miembros de la comunidad no habían sido registrados oficialmente y documentados por parte del Estado. Además el Estado había intentado utilizar esta omisión para poner en duda los fallecimientos de los miembros de la comunidad.

En primer lugar, la Corte fija el alcance del derecho, considerándolo un "parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer" (~ 188).

Enseguida fija la obligación del Estado: "procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares" (~ 189).

Una cuestión interesante es qué determina las características que debe tener dicho proceso de registro de personalidad: "debe ser accesible jurídica y geográfica para hacerlo efectivo" (~ 193). Ello podría traducirse como

cional que estos familiares han padecido como consecuencia de las circunstancias generadas por las violaciones perpetradas contra las víctimas directas y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, por ejemplo, respecto a la búsqueda de las víctimas o sus restos, así como respecto al trato dado a estos últimos", *Caso 19 comerciantes* (2004), párr. 210. En estos casos la Corte ha determinado violado el artículo 5 en relación con la obligación general del artículo 1.1 ambos de la CADH.

un procedimiento que tenga en consideración las particularidades del grupo a quien se pretende documentar, lo que incluye consideraciones culturales, entre otras.

VIII. REPARACIONES

El artículo 63.1 de la CADH dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La sentencia en su parte relativa a reparaciones destaca por tres cuestiones: el realce que tiene en estos casos el tema de la tierra, la vinculación de medidas reparatorias que busquen paliar la situación de vulnerabilidad económica y social de las comunidades indígenas y la persistencia de cierto prejuicio al momento de diseñar una política de reparaciones.

Sobre la relevancia de la tierra, destacan como medida central de la sentencia la entrega de tierras ancestrales o la entrega de tierras alternativas (~ 210-214)¹⁶ y la adecuación de la legislación interna con el fin de hacer efectivos estos derechos más allá de los casos puntuales presentados a su conocimiento (~ 234-235).¹⁷ Sin duda estas medidas de reparación son las centrales en los casos relativos a derechos indígenas, lo que marca, una vez más, la relevancia de este tema al enfrentar la cuestión indígena en la región. En este caso, la Corte da al Estado un plazo de tres años contados desde la notificación de la sentencia para entregar las tierras “física y formalmente”, para ello deberá “asegurar todos los fondos necesarios” (~ 215).

En segundo lugar, atendidas las particularidades de la situación en la que se encuentran gran parte de las comunidades indígenas en la región, en los casos en que la Corte ha debido resolver cuestiones vinculadas a comunidades indígenas ha dispuesto medidas que busquen paliar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las comunidades. Por una parte, ha dispuesto la entrega de suministros básicos para paliar la situación de las comunidades, intertanto se resuelven la entrega de tierras (~ 229).¹⁸ Asimismo, con una mirada de más largo plazo, la Corte ha dispuesto la creación de “fondos” y “programas” de desarrollo comunitario, que le permitan a la

¹⁶ En el mismo sentido, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 215-218.

¹⁷ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 164; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 225; *Caso Yatama* (2005), párrs. 254, 259.

¹⁸ Ver el apartado sobre Reparaciones en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 221.

comunidad contar con recursos para hacer frente a su situación de vulnerabilidad modificando de raíz la situación (~ 224).¹⁹

Ahora, en el plano indemnizatorio, la Corte no ha tenido un criterio de pleno reconocimiento a la autonomía de las comunidades. En efecto, se ha buscado una solución híbrida, por ejemplo en el *Caso Mayagna Awas Tigni* se reconoce un titular colectivo del derecho a indemnización, pero no le da autonomía para decidir su uso.²⁰ En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, da un paso ya que reconoce a los líderes y dispone que las indemnizaciones que corresponden a la comunidad le sean entregadas a los líderes, pero en la principal medida, la creación del fondo de desarrollo comunitario, crea un Comité de Administración.²¹

No veo razón para haber ordenado una indemnización que no fuera el pago directo a la comunidad del monto total; la inversión de dichos montos debiera ser una decisión autónoma de la comunidad y sin necesidad de supervisión externa. Este es un punto criticable de la sentencia ya que en él se trasunta una visión paternalista o maternalista que debiera ser rechazada, en especial, por provenir de un órgano internacional que en el mismo fallo ha propugnado por el respecto pleno y total de los derechos indígenas.

En conclusión, estos fallos de la Corte han tenido avances y retrocesos. El avance, haber ordenado medidas que benefician a toda la comunidad y haber considerado a la comunidad como titular de derechos; el retroceso, no haber reconocido autonomía a la comunidad para decidir el destino de la indemnización.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.

¹⁹ Ver *Ibidem*, párr. 205.

²⁰ "[El] Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tigni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana", *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 167.

²¹ El comité al que se refiere el párrafo anterior estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado, y uno designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado. Si dentro de los seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia el Estado y los representantes no hubieren llegado a un acuerdo respecto de la integración del comité de implementación, la Corte los convocará a una reunión para tratar este asunto", *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 225.

Caso 19 comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, No. 109.

Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, N 125.

Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.

CAPÍTULO VII

“CASO GOIBURU VS. PARAGUAY”: la justicia transicional en el banquillo de la Corte Interamericana

I. ANTECEDENTES GENERALES

La dictadura del General Stroessner en Paraguay comenzó con un golpe de Estado en 1954 y se prolongó por 35 años, hasta el golpe militar encabezado por su consuegro, el General Andrés Rodríguez. Poco después, Stroessner huyó hacia el Brasil. Dicha dictadura se caracterizó por la vigencia de un permanente estado de sitio que creó una sensación de inseguridad y temor en la población. Este gobierno se caracterizó también por una práctica sistemática de detenciones arbitrarias, detención prolongada sin juicio, torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, muertes bajo tortura y asesinato político de personas señaladas como “subversivos” o contrarias al régimen. Los tribunales de justicia normalmente se negaban a recibir y tramitar recursos de *habeas corpus* en relación con medidas decretadas por el Poder Ejecutivo bajo el estado de sitio.

Durante la década de los setenta, los gobiernos dictatoriales de América Latina, en especial los del Cono sur, inspirados en la “doctrina de la seguridad nacional”, iniciaron actividades interestatales coordinadas en aras de eliminar a quienes identificaban como sus enemigos, a los cuales denominaron “elementos subversivos”. Ésta alianza unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur y contó con el apoyo de la CIA, así como de otras agencias de inteligencia de los Estados Unidos de América, y fue denominada “Operación Cóndor”. La operación tenía por objetivo generar una defensa conjunta para perseguir a los miles de ciudadanos del Cono Sur que buscaron escapar a la represión de sus países de origen refugiándose en países fronterizos.

En el caso paraguayo, el Departamento de Inteligencia Militar estuvo a cargo de la coordinación operativa de lo relativo a la Operación Cóndor. La recolección de datos era realizada por funcionarios policiales infiltrados en organizaciones políticas, sociales, sindicales, centros estudiantiles y todo tipo de organismos públicos o privados. En el marco de esta operación de

represión internacional se detenía a ciudadanos de otros países sin enjuiciarlos, los sometían a apremios físicos, los dejaban interrogar por policías de su misma nacionalidad y los remitían clandestinamente a las cárceles de su país de origen o los “desaparecían” directamente. Lo interesante de esta Operación es que quedó detalladamente registrada a través de los llamados “Archivos del Terror” que fueron revelados a la opinión pública en 1992.

Es del caso que a mediados de la década de los años setenta en el Paraguay se inició un proceso represivo que duró tres años. En abril de 1976, la policía reveló la existencia de un supuesto movimiento político-militar subversivo y clandestino, llamado “Organización Política Militar” (OPM), y en pocos meses, miles de personas fueron privadas de su libertad para formular “averiguaciones” sobre su vinculación con la OPM.

En este período (1977) se producen las desapariciones forzadas de los señores Agustín Goiburú G., Carlos José Mancuello B. y de los hermanos Rodolfo y Benjamín Ramírez V. quienes fueron acusados por las autoridades de la época de planear un atentado contra la vida del General Stroessner. Estas desapariciones forzadas tienen características similares y se refieren a un único contexto, en el cual agentes del Estado paraguayo detuvieron ilegalmente, mantuvieron incomunicados, torturaron y desaparecieron a personas cuyas actividades políticas se oponían al régimen o eran designados como enemigos de tal.

Al término de la dictadura (1989), se activaron los procesos judiciales para determinar las responsabilidades de los crímenes cometidos en el Paraguay y, entre otros, los casos de los demandantes en este caso ante la Corte. A través de estos procesos se intentó juzgar y extraditar al General Alfredo Stroessner y del señor Sabino Augusto Montanaro, quienes se encontraban en Brasil y Honduras, respectivamente. Este proceso fue infructuoso y el encausado Alfredo Stroessner Matiauda falleció el 16 de agosto de 2006 en la ciudad de Brasilia, Brasil.

II. EL ANÁLISIS DE FONDO DE LA SENTENCIA

En la sentencia de fondo de este caso la Corte Interamericana (en adelante “la Corte”) tocó una serie de temas que merecen algún comentario. A efectos de esta presentación agruparé mis consideraciones en dos partes: las obligaciones del Estado frente a casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y algunos temas de discusión que surgen a partir de la sentencia.

1. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE A CASOS DE VIOLACIONES GRAVES (GROSS) Y SISTEMÁTICAS DE DERECHOS HUMANOS

En primer lugar me referiré a las consecuencias que se desprenden de la sentencia respecto de la obligación de garantía en casos relativos a viola-

ciones graves y sistemáticas de derechos humanos. Este es un punto interesante ya que el sistema de casos individuales está pensado para hacer frente a casos aislados de violaciones de derechos humanos, donde existe un estado de derecho y no hay una política de estado dirigida a violar derechos humanos, donde de producirse violaciones a las obligaciones internacionales es el Estado el primero en tener la oportunidad de reparar dicha infracción antes de ser arrastrado a un proceso internacional. En este sentido, el procedimiento contencioso ante la Corte tiene como objetivo central reparar a la víctima. Pero la realidad es siempre mucho más compleja y no ha sido extraño que la Corte Interamericana tenga que lidiar con casos en que los elementos propios de las violaciones individuales no están presentes, sino que al contrario, concurren elementos propios de violaciones masivas y sistemáticas. Existen otro grupo de casos, como en el que aquí se comenta, donde se presenta una tercera situación, la Corte se ve enfrentada a una mixtura de hechos: violaciones masivas y sistemáticas (desaparición forzada ocurrida en un pasado autoritario) y políticas de justicia transicional para enfrentar legados de violaciones de derechos humanos por parte de noveles democracias.

Este tipo de casos pone en tensión los objetivos del sistema de protección de derechos humanos, ya que obligan a los órganos de protección y, particularmente a la Corte Interamericana, a pronunciarse sobre hechos de diversa naturaleza y con desarrollos en distintos momentos históricos. Al mismo tiempo, obligan a este tribunal a enjuiciar políticas públicas en materia de derechos humanos, estableciendo ciertos mínimos que muchas veces son muy difíciles de cumplir para los Estados, no por falta de voluntad, sino por contextos políticos y jurídicos especialmente complejos.

Lo que haré a continuación es, precisamente, señalar cuáles son estos mínimos que a juicio de la Corte todo Estado está obligado a cumplir como parte de su obligación de garantía en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Para mayor claridad sobre los alcances de esta jurisprudencia de la Corte partiré por formular una breve reseña de lo que ha sido la jurisprudencia de la Corte respecto de la obligación de garantía; luego, analizaré la jurisprudencia del *Caso Goiburú* en esta materia, con algunas referencias a otros casos que permitan iluminar estos puntos. Finalmente, cerraré con algunas consideraciones críticas.

Como sabemos, el artículo 1.1 de la CADH dispone:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a *respetar* (énfasis añadido) los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* (énfasis añadido) su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a jurisdicción, sin discriminación...

A la luz de lo dispuesto, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en el catálogo convencional. La obliga-

ción de respeto consiste en cumplir con la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación.

La obligación de garantía, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas de goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Esta obligación ha sido desarrollada por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana. Al respecto, la Corte ha señalado:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹

Además, la obligación de garantía conlleva obligaciones para el Estado en aquellos casos en que se han producido violaciones de los derechos. En efecto, según la Corte, el Estado tiene el *deber de actuar en el ámbito interno* de forma tal que se determine la verdad de las violaciones graves de derechos humanos, se juzgue y sancione a los responsables y se repare a las víctimas. Todo ello en el entendido que las situaciones de impunidad pueden inducir a futuras violaciones de derechos humanos.²

Es sabido que la Corte ha tenido ocasión de referirse a la obligación de garantía como respuesta ante violaciones graves de derechos humanos desde su primera sentencia contenciosa. De esta forma, se ha transformado en jurisprudencia constante la obligación del Estado de garantizar —en caso de violaciones graves de derechos humanos— mediante la investigación de los hechos y la sanción de los responsables. Lo interesante en la jurisprudencia 2006 es la resolución de dos casos que involucran violaciones masivas y sistemáticas —*Goiburú vs. Paraguay*³ y *Almonacid vs. Chile*⁴ y el

¹ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), párr. 166.

² Este razonamiento ha sido una constante desde el *Caso Godínez Cruz vs. Honduras* (1989), párr. 185 primera parte.

³ *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay* (2006). Este caso trata sobre la desaparición forzada en el marco de la acción coordinada entre las fuerzas de seguridad del cono sur denominada 'Operación Cóndor'.

Para facilitar la lectura, en el texto, entre paréntesis, se indican los párrafos de este caso. a pie de página se indican otras sentencias que son útiles para entender el desarrollo argumental de este estudio.

⁴ *Caso Almonacid Arellano y otros* (2006). El caso Almonacid trata sobre la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, con motivo de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

análisis que hace la Corte sobre las particularidades que las constituyen y la respuesta y obligaciones de los Estados frente a procesos de transición.

En el *Caso Goiburú* la Corte parte su análisis señalando las especiales características de las violaciones graves y sistemáticas:

La Corte considera que la preparación y ejecución de la detención y posterior tortura y desaparición de las víctimas no habrían podido perpetrarse sin las órdenes superiores de las jefaturas de policía, inteligencia y del mismo jefe de Estado de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de las policías, servicios de inteligencia e inclusive diplomáticos de los Estados involucrados. (...) [No obstante], se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de "terrorismo de Estado" (~ 66).

Así, las violaciones graves y sistemáticas tienen particularidades que determinan la respuesta del Estado para cumplir con su obligación de garantía. Destaca la Corte, como elemento central, el compromiso del Estado como un todo en la ejecución de una política de violaciones de derechos humanos.

A continuación revisaré algunas medidas que el Estado debe adoptar para garantizar los derechos humanos y que la Corte ha desarrollado con detalle en su jurisprudencia, a saber: *i)* obligación de investigar como carga del Estado; *ii)* obligación de tipificar como medida de prevención; y *iii)* obligación de cooperación internacional en casos de crímenes de especial gravedad.

i) La Corte se ha encargado de reiterar la obligación que tiene el Estado, como parte del deber de garantía, de *investigar las violaciones graves de derechos humanos*. Un aspecto central en esta materia es quién tiene la carga de activar la investigación. La Corte es clara en señalar que esta es una obligación del Estado y no de las víctimas. La obligación es tanto procedimental (obligación de activar la investigación), como sustantiva (ésta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales):

... Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos

derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida” (~ 88).⁵

Esta posición de la Corte es atractiva porque destaca dos cuestiones que pueden ser controvertidas. La primera es que la investigación en ciertos casos de violaciones graves de derechos humanos —tales como ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas— no es una cuestión que quede entregada a la actividad o inactividad de las víctimas, sino que es una obligación del Estado y por tanto esta actividad de investigación queda fuera de posibles consideraciones de oportunidad dentro del proceso penal. En segundo lugar, que el fundamento de la Corte para justificar esta obligación del Estado es la protección de los derechos que se ven directamente violados y no la afectación de derechos procesales (arts. 8 y 25), como podría desprenderse de una lectura poco atenta de algunas sentencias de la Corte.

En la sentencia *Goiburú*, la Corte señala:

De manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales —del Estado— y particulares —penales de sus agentes o particulares—, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo (párr. 131).

Llama la atención que en la sentencia se califica el “acceso a la justicia” como una norma imperativa de derecho internacional. No hay duda que esta calificación tiene consecuencias complejas que la Corte debe tener presentes. Si es una norma imperativa, ¿implica que el Estado debe cumplirla en todo caso, respecto de toda persona acusada y cualquiera sea el contexto? La respuesta a esta pregunta puede ser central en las discusiones sobre el rol de la justicia punitiva en contexto de transiciones a la democracia. Los procesos de transición a la democracia se han caracterizado por tener serios problemas en el campo de la justicia punitiva. Aunque la sentencia no es clara, parece estar refiriéndose a lo que ha calificado la Corte como violaciones “graves” de derechos humanos. Ayuda a clarificar este punto la jurisprudencia de la Corte en otros casos, en particular, en el *Caso Almona-*

⁵ En el mismo sentido, *Caso Masacre de Pueblo Bello* (2004), párr. 143; *Caso del Penal Miguel Castro Castro* (2006), párr. 256.

cid la Corte se encarga de aclarar que en los casos relativos a "crímenes de lesa humanidad" surge la obligación de investigar y sancionar a los responsables.

Incluso si se delimita la obligación a los casos "más graves", la Corte debiera aclarar si el contexto particular de los procesos de transición a la democracia modifica en algo esta obligación de juzgar y sancionar. El tema es a qué tienen derechos las víctimas, ¿sólo a acceder a la justicia? o ¿también a un cierto nivel de justicia? En este sentido nos podemos preguntar si acceder a la justicia implica ciertos mínimos de sanciones, un cierto umbral de juzgamiento de responsabilidades, etc. No podemos olvidar que podemos estar juzgando crímenes cometidos hace décadas en el marco de una política estatal de violaciones de derechos humanos.

Otra cuestión relevante y que la Corte trata en el marco de las reparaciones es la obligación del Estado de "remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes" (~ 165). Por tanto, los Estados están limitados para adoptar medidas de perdón y clemencia frente a violaciones graves de derechos humanos, lo que es especialmente relevante en el marco de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

En cuanto al derecho a la verdad, si bien la Corte ha señalado que la verdad judicial es un derecho, esto no descarta los esfuerzos por establecer la verdad histórica. En este sentido, en el *Caso Goiburú* la Corte apoya los esfuerzos del Estado por constituir una Comisión de Verdad que permita el esclarecimiento de los hechos ocurridos en el pasado reciente. Asimismo, la Corte, en el ámbito de la verdad judicial establece un sistema de seguimiento de los esfuerzos por esclarecer los hechos y sancionar a los responsables y señala que los resultados deben ser públicamente divulgados para que la sociedad en su conjunto y no solo las víctimas, conozcan la verdad sobre estos hechos:

El Estado debe informar a la Corte cada seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto y, en particular, sobre los resultados obtenidos. Asimismo, dichos resultados deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera que la sociedad paraguaya pueda conocer la verdad acerca de los hechos del presente caso (~ 165).

ii) Una segunda cuestión relevante es la *obligación estatal de tipificar* ciertas conductas como una forma de garantizar los derechos convencionales. Si bien ésta siempre ha sido una cuestión presente en la jurisprudencia de la Corte,⁶ durante el 2006 se ha avanzado en la necesaria concordancia

⁶ Ver, NASH, 2004: 42-43.

que debe existir entre la tipificación interna de ciertos ilícitos y el contenido mínimo que se desprende de la normativa y jurisprudencia internacionales.

En el *Caso Goiburú*, la Corte señala:

... un análisis de los mismos permite observar que el Estado las tipificó de manera menos comprensiva que la normativa internacional aplicable. El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. (...) Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar” (~ 92).

Algunos puntos que merecen destacarse. Por un lado, el derecho internacional no sólo establece la obligación general de tipificar, sino que además constituye un “estándar mínimo” sustantivo que el Estado está obligado a cumplir y que comprende incluso elementos mínimos que la legislación penal interna debe efectivamente incorporar. Por otro lado, llama la atención la fe que deposita la Corte en la persecución penal como medida de protección de los derechos humanos. Sin duda estos elementos ponen en tensión visiones sobre el uso del derecho penal como medio para lograr la garantía de derechos y, en ese sentido, debieran ser objeto de una discusión más profunda. A partir de estos fallos de la Corte ha comenzado una fuerte discusión acerca de la visión neopunitivista de la Corte. Si los derechos humanos deben ser garantizados efectivamente, no es tan claro que la consecuencia lógica de esto sea el uso de la acción penal por parte del Estado. Parece no haber un paso suficientemente lógico entre una cuestión y otra, por lo que se requeriría de una mayor argumentación de la Corte en estas materias.

iii) Una tercera cuestión que debe ser destacada es el *papel de la comunidad internacional* como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos.

Según la Corte, en aquellos casos de violaciones graves de derechos humanos —donde se hayan “infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de tortura y de desapariciones forzadas de personas”— se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para perseguir la responsabilidad penal de los responsables. El fundamento para esta actividad internacional estaría en el hecho que este tipo de crímenes “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”; lo cual pone a la Corte en línea con justificaciones eclécticas del derecho internacional, donde concurren elementos

normativos que obligan a los Estados mediante actos soberanos y principios o valores de la comunidad internacional en su conjunto (~ 128).

Además, en el caso concreto, ante las violaciones graves de derechos humanos involucradas surge "la necesidad de erradicar la impunidad" y "se presenta ante la comunidad internacional (...) un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos" (~ 131). De esta forma, según se desprende de la jurisprudencia de la Corte, la comunidad internacional tiene responsabilidad en la erradicación de la impunidad. Esto supone una concepción de los derechos humanos que no sólo tiene como destinatario a los Estados donde se han producido violaciones de derechos humanos, sino que a la comunidad internacional en su conjunto. Seguir esta concepción amplia de derechos humanos, que no se limite únicamente a destinatarios determinados exclusivamente por su conducta violatoria de las obligaciones asumidas soberanamente, sino que también involucre a otros Estados e incluso a la comunidad internacional en su conjunto, puede tener importantes implicancias en campos tales como las condiciones de vida y la exigencia de medidas concretas para erradicar situaciones de vulnerabilidad.

Siguiendo esta línea argumental, podrían dirigirse a la comunidad internacional o ciertos países concretos alegaciones de reformas al sistema financiero o de organización del comercio internacional, entre otras, basadas en obligaciones de derechos humanos y no en base a la solidaridad internacional o la cooperación, como ha sido hasta hoy el debate económico internacional. Sin duda esta es una sentencia que será bienvenida por las visiones cosmopolitas del derecho internacional.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS REFERIDAS A LA CARACTERIZACIÓN QUE HACE LA CORTE SOBRE LAS VIOLACIONES MASIVAS Y SISTEMÁTICAS Y SU VINCULACIÓN CON PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN

El *Caso Goiburú* nos permite formular algunas apreciaciones críticas a la forma en que la Corte enfrentó el tema de las obligaciones de los Estados en casos de violaciones masivas y sistemáticas. La Corte hace un aporte interesante al destacar algunos de los aspectos propios de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (compromiso del Estado, gravedad del tipo de violaciones, entre otros), pero me parece que dicha caracterización no es suficiente, ya que omite un aspecto central para el diseño de políticas públicas sobre derechos humanos en casos de transición. La omisión está en que este tipo de violaciones, por su magnitud, por la complejidad de las responsabilidades involucradas, por la cantidad de víctimas, por el tipo de derechos afectados, genera un escenario de gran complejidad para las democracias que las suceden y por ello algunas de las cuestiones

centrales en materia de derechos humanos deben ser replanteadas o al menos se requiere de una mayor reflexión.

El tema de la transición desde sistemas autoritarios a sistemas democráticos de gobierno no es una cuestión nueva para el derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, el desarrollo de la normativa internacional y de los mecanismos de protección de los derechos humanos han estado estrechamente vinculados con el tema de enfrentar casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.⁷ Lo particular de esta materia ha sido el desarrollo que este campo ha tenido a partir del inicio de los procesos de transición a la democracia en América Latina a mediados de los ochenta y luego su expansión a Europa Oriental en la década de los noventa y a parte de África y Asia en años recientes.⁸

Las sociedades pueden vivir diversos momentos en su historia y uno de los más complejos es el paso desde regímenes autoritarios a sistemas democráticos. Las violaciones de derechos humanos pasan a ser un tema que debe enfrentarse por la sociedad en su conjunto, pero el camino para hacerlo estará marcado por diversos factores. Los objetivos serán reparar los daños y prevenir la repetición de estos hechos en el futuro; para ello, los medios serán el conocimiento de la verdad e impartir justicia, así como el diseño de una política de reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos.⁹ Los instrumentos para lograr estos objetivos han sido variados, la verdad ha sido buscada a través de mecanismos no jurisdiccionales, principalmente “comisiones de verdad” con distintas características; en el campo de la justicia los esfuerzos se han centrado en nuestra región en la justicia punitiva; las reparaciones se han buscado a través de medidas tomadas desde el Estado.

Frente a estos objetivos generales, la práctica comparada ha reconocido la existencia de otro elemento central en el diseño de una estrategia nacional en materia de transición a la democracia: la consolidación de un sistema democrático. En efecto, este objetivo general ha pasado a ser un criterio de corrección en los procesos democráticos y por tanto ha servido para guiar y limitar las políticas públicas en materia de verdad y justicia.¹⁰

Me parece que es este el contexto completo que debe tener presente la Corte al analizar este tipo de casos. Es posible sostener que en los procesos de transición a la democracia los Estados están obligados a cumplir con sus compromisos internacionales a la luz de una realidad particular, las especiales características de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. La situación propia de los procesos de transición a la demo-

⁷ MEDINA y NASH, 2003.

⁸ KRITZ, 1995; una versión actual del debate, en GONZÁLEZ, 2007: 103-112.

⁹ ZALAUQUETT, 1992: 1425-1438.

¹⁰ Teitel, 2003: 69-94.

cracia no es una eximente frente a las obligaciones en materia de derechos humanos, sino que constituye el contexto en el que estas obligaciones deben ser cumplidas. De esta forma, tomamos distancia de aquellos que sostienen que las obligaciones internacionales simplemente deben ser "cumplidas" más allá del contexto particular de las transiciones¹¹ y también de aquellos que sostienen que los procesos de transición constituyen una realidad tal en la que los Estados pueden decidir qué obligaciones cumplir y cómo lo hacen.¹²

En este sentido hay un componente político, en una acepción amplia del término, de relevancia. A juicio de la Corte este componente no puede ser una excusa para no cumplir con las obligaciones del Estado. La Corte parece tener claro este contexto y sostiene que si bien los procesos de transición son períodos complejos para toda sociedad que se ve enfrentada a lidiar con violaciones graves en su pasado reciente, las obligaciones internacionales son un marco obligatorio. En este sentido, la Corte ha señalado que la complejidad de una situación nacional no es motivo para no cumplir con los compromisos internacionales:

la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.¹³

Este criterio ha sido reiterado, en relación con el derecho a la verdad, en los siguientes términos:

No obstante, sin desconocer lo anterior [los resultados de la Comisión de Verdad y Reconciliación y de la Comisión de Prisión Política y Tortura], la Corte considera pertinente precisar que la "verdad histórica" contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes.¹⁴

Al tomar este camino, la Corte obliga a plantear las consecuencias de su postura: en el ámbito de la justicia ¿esta debe ser entendida siempre como justicia penal? ¿La justicia penal debe ser aplicada siempre y en todo caso,

¹¹ Orentlicher, 1991; una opinión algo más matizada en Méndez (2001): 303-329.

¹² Tomuschat, 1999: 1-25; de Greiff, 2004.

¹³ *Caso Masacre Pueblo Bello* (2006), párr. 146.

¹⁴ *Caso Almonacid* (2006), párr. 150.

sin consideraciones de tipo político? ¿Se debe perseguir penalmente a todos los responsables, sin límite?

Vuelvo sobre algo planteado antes en relación con el acceso a la justicia como norma *ius cogens*, ¿implica acceder al sistema de justicia o implica ciertos mínimos? ¿Hay una sanción a la que tengan derecho las víctimas? ¿Hay un mínimo de sanción que impide la impunidad? ¿Es compatible este derecho con cualquier forma y grado de perdón y clemencia?

En cuanto al conocimiento de la verdad, ¿es posible pensar que la verdad judicial es factible para todos los casos de violaciones de derechos humanos en el contexto de dictaduras? ¿La sociedad en su conjunto también podría reclamar un derecho a la verdad colectiva a través de mecanismos distintos a los de verdad judicial? ¿Es compatible un sistema que Comisiones de Verdad que establezca responsabilidades con las garantías de un debido proceso?

En el ámbito de las reparaciones, ¿cómo enfrentar las reparaciones de las víctimas sin generar procesos de desagregación entre víctimas con sentencia y víctimas sin sentencia internacional? ¿Es posible resolver el tema de las reparaciones caso por caso o es necesario el diseño e implementación de una política de reparaciones? ¿Cuáles son los mínimos de una política pública de reparaciones? ¿Puede la Corte señalar los mínimos de una política de este tipo? ¿Qué medidas de no repetición son efectivas en este tipo de situaciones?

En este sentido me parece que la postura de la Corte es tremendamente atractiva, pero abre espacio a una serie de dudas que en un tema tan complejo deben ser aclaradas. Las sentencias dictadas en esta materia avanzan en una serie de planteamientos, pero aún quedan pendientes una serie de cuestiones que seguramente la Corte deberá enfrentar en el futuro.

3. APORTES DE LA SENTENCIA Y RESURRECCIÓN DE VIEJOS TEMAS EN DISCUSIÓN

No hay duda que la sentencia hace un aporte al considerar que la desaparición forzada es un crimen contra el *ius cogens*. La Corte en este caso da un interesante paso en el análisis de las desapariciones forzadas. En su sentencia no se limita a la caracterización de las desapariciones forzadas como un ilícito complejo, sino que va más allá y califica la prohibición de la desaparición forzada de personas y la obligación de investigarlas y sancionarlas como una obligación imperativa de derecho internacional. De esta forma, la Corte busca ampliar la base material de las normas *ius cogens* incorporando una nueva prohibición como violaciones de normas imperativas de derecho internacional. Además, entrega elementos de justificación que nos permiten ir dando un contorno algo más definido a dicha categoría normativa.

Veamos el razonamiento de la Corte. Parte señalando que la figura de la desaparición forzada debe ser tratada "integralmente [...] como una forma compleja de violación de derechos humanos, llevan a este Tribunal a analizar en forma conjunta los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en el presente capítulo" [~ 81]. Reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que la desaparición forzada constituye "hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos" [~ 82]. La Corte va más allá y califica este ilícito como un "delito de lesa humanidad" [~ 83]. Esto elementos, sumados a la profusa legislación internacional sobre la materia, le permite a la Corte señalar que "la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*" [~ 84].

De ahí que la Corte concluye:

Según fue señalado anteriormente (*supra* párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos —constituyendo ambos crímenes contra la humanidad— lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores (~ 128).

Como puede verse hay una insinuación por parte de la Corte de cuál es el elemento material que permite considerar a un cierto derecho como parte de las normas imperativas. La Corte señala que: "estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional". Si bien este es un paso, es insuficiente. No queda para nada claro cuáles son estos valores o bienes trascendentes de la comunidad internacional, ni quién los califica como tales. En este sentido, se sigue llenando la institución de las normas imperativas de "hechos", pero no se dan criterios claros que nos permitan determinar su alcance y naturaleza.

Un punto interesante de la sentencia es que ella ha dado pie a que se retome una vieja discusión en la Corte, principalmente entre dos jueces que

formulan sendos votos concurrentes en el caso. La discusión está centrada en dos puntos: la existencia de crímenes de Estado y la responsabilidad agravada del Estado.

Sin ningún ánimo de resolver esta contienda, que se enmarca en una discusión mucho más amplia propia del derecho internacional público y en particular en el proceso de codificación de la responsabilidad internacional de los Estados,¹⁵ es pertinente formular un par de comentarios. Me parece que para que esta especial calificación de los actos del Estado sea legítima debe resolver dos cuestiones: tener algún efecto práctico y no provocar una distorsión en el sistema de derechos humanos.

Sobre el efecto práctico, creo que es posible encontrar uno en el ámbito de las reparaciones. Debe tenerse en consideración en esta materia, los esfuerzos desplegados por el juez Cançado Trindade para ampliar la perspectiva de las reparaciones indemnizatorias a la luz de la consideración de un nuevo criterio de valoración: la “responsabilidad agravada del Estado”.¹⁶ Al asumir el criterio de que en ciertas circunstancias la responsabilidad del Estado no es la ordinaria, sino que por el contexto en que se realizan las violaciones (el caso de las violaciones graves (gross) y sistemáticas) o la actitud de su respuesta ante la insistencia de justicia y verdad por parte de las víctimas y sus familiares) esta responsabilidad se agrava, se permitiría ampliar la reparación material de carácter indemnizatorio con un contenido punitivo. Parece que a través del daño moral puede encontrar cauce la indemnización punitiva, sin necesidad de crear una nueva categoría indemnizatoria en la jurisprudencia de la Corte. Lo importante, en consecuencia, es que la Corte le dé un sentido a esta calificación y no quede sólo como una calificación irrelevante y sin efectos prácticos, en cuyo caso sería mejor abandonarla.¹⁷

Tampoco me parece que esta calificación como “agravada” de la acción ilícita del Estado traiga como consecuencias distorsiones en el sistema convencional. La crítica fundada en el hecho que con esta calificación de la responsabilidad del Estado se estaría haciendo una jerarquía de los derechos humanos y sus violaciones no me parece correcta. No olvidemos que la propia Corte ha desarrollado toda su jurisprudencia sobre la obligación del Estado de “investigar, reparar y sancionar” a los responsables de violaciones de derechos humanos sobre la base que esta acción estatal debe implementarse respecto de las violaciones “graves” de derechos humanos y no

¹⁵ Crawford, 2004.

¹⁶ Voto razonado juez Cançado Trindade *Caso Masacre Plan de Sánchez* (2004), párrs. 24-28; Voto razonado juez Cançado Trindade, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004), párrs. 37-44.

¹⁷ En un caso reciente, en la etapa de reparaciones se menciona la responsabilidad “agravada”, pero no se sacan consecuencias directas, ver *Caso Molina Thiessen - reparaciones* (2004), párr. 41.

respecto de cualquier violación. Sin duda que esto no provoca una jerarquía, sino que reconoce que la forma en que se producen ciertas violaciones no pueden quedar en la impunidad. Lo mismo ocurre con la responsabilidad agravada del Estado, esta es una respuesta legítima en casos —como el de *Goiburú*— donde todo el aparato del Estado incurrió en hechos ilícitos, generándose lo que la Corte ha llamado un "terrorismo de Estado". Además, todo el sistema de derechos humanos está basado en la idea de que existen derechos absolutos y otros que pueden ser objetos de restricción; asimismo, está presente la idea de que hay ciertos derechos que tienen carácter de normas *ius cogens* y nada de esto distorsiona la coherencia del sistema.

Por tanto, la responsabilidad agravada del Estado no es sino el reconocimiento de ciertas particularidades que pueden adoptar las violaciones de derechos humanos y en nada afecta a la coherencia del sistema y puede ser una calificación útil a efectos de reparar dichas violaciones.

DOCTRINA

- CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*. Dykenson S.L., 2004.
- GREIFF, P. de, "Reparations Efforts in International Perspective; What Compensation Contributes to the achievement of Imperfect Justice", publicado *Repairing the Unforgivable: Reparations and Reconstruction in South Africa*, Charles Villa-Vencio and Erik Doxtader, eds. (Cape Town: David Phillips, 2004).
- GONZÁLEZ, E., "Tendencias en la búsqueda de la Verdad", En *anuario de Derechos Humanos, 2007*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2007.
- KRITZ, N.J. *Transitional Justice*, Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 1995.
- MÉNDEZ, J., "La justicia penal internacional, la paz y la reconciliación nacional", en *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. IIDH*, 2001.
- NASH, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, 2004.
- MEDINA, C. y NASH, C., "Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina", en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, No. 1, diciembre, 2003.
- TEITEL, R., "Transitional Justice Genealogy", en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003.
- ORENTLICHER, *Settling Accounts: The Duty to Punish Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 Yale L.J. 2537 (1991).
- TOMUSCHAT, C., "Individual reparations claims in instances of grave human rights violations: the position under General International Law", en *State responsibility and the individual. Reparation in instances of grave violations of human rights*, A. Randelzhofer y C. Tomuschat J. (eds.), Kluwer International Law, 1999.

ZALAUQUETT, "The Mathew O. Tobriner Memorial Lecture. Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations", en *Hastings Law Journal*, Vol. 43, agosto, 1992, No. 6, University of California/Hastings College of the Law.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 28 de julio de 1988. Serie C, No. 4.
- Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentencia 20 de enero de 1989. Serie C, No. 5.
- Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, No. 105.
- Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C, No. 108.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.
- Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160.

CAPÍTULO VIII

ACIERTOS Y DESACIERTOS
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
(2004-2007)

I. ANTECEDENTES GENERALES

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte”) fue establecida en el sistema interamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH” o “Convención” o “Convención Americana” o “Pacto de San José”).¹ Sus funciones son dos: *a*) resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a la Convención por parte de un Estado parte, y *b*) emitir opiniones consultivas.

Conforme lo preceptuado en el artículo 63 de la Convención, la Corte establecerá si ha habido una violación de alguno de los derechos o libertades consagrados en la Convención Americana; además, determinará la forma en que el Estado debe restituir la situación al estado anterior a la comisión del ilícito y, en caso de que esto no sea posible, determinará la forma en que se reparará el mal causado. En el artículo 68.1 de la Convención las partes se comprometen a cumplir con las decisiones de la Corte en todo caso en que intervengan.

Por su parte, el artículo 64 de la Convención permite a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y, en lo que les compete, a los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. Permite también a los Estados miembros solicitar una opinión sobre la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas con los instrumentos internacionales mencionados.

Desde el año 2004 el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile me ha encargado realizar una reseña

¹ La Convención Americana de Derechos Humanos se adoptó en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica.

de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para su Anuario de Derechos Humanos (los años 2006 y 2007 trabajé los textos con Claudia Sarmiento, investigadora del Centro de Derechos Humanos). Fruto de estas reseñas se ha ido desarrollando un cuerpo de comentarios que me parecen pueden ser de utilidad para la discusión sobre la jurisprudencia de este tribunal. Estas reseñas buscan resaltar aquellos aspectos de la jurisprudencia de la Corte que pueden ser de interés, ya sea porque abordan algún aspecto poco desarrollado, sistematizan uno ya conocido o porque adopta posiciones respecto de temas que puedan ser de relevancia más allá del caso que se resuelve. Si bien estas reseñas estaban desarrolladas originalmente en forma cronológica, aquí he decidido revisar su contenido y presentarlas de una manera distinta. Se dividen en dos grandes aspectos: desarrollo de situaciones generales que tienen un contenido transversal (material o relativo a ciertos grupos) y derechos específicos. En cada caso, se busca poner la jurisprudencia en su contexto de forma tal que al lector le sea más simple ver los aspectos relevantes que han motivado la reseña.

II. SITUACIONES GENERALES

1. LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA

El artículo 1.1 de la CADH dispone:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a jurisdicción, sin discriminación...

A la luz de lo dispuesto, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en el catálogo convencional. La obligación de respeto consiste en cumplir con la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación.

La obligación de garantía, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas de goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Esta obligación ha sido desarrollada por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana. Al respecto, la Corte ha señalado:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se

manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²

Además, la obligación de garantía conlleva obligaciones para el Estado en aquellos casos en que se han producido violaciones de los derechos. En efecto, según la Corte, el Estado tiene el deber de actuar en el ámbito interno de forma tal que se determine la verdad de las violaciones graves de derechos humanos, se juzgue y sancione a los responsables y se repare a las víctimas. Todo ello en el entendido que las situaciones de impunidad pueden inducir a futuras violaciones de derechos humanos.³

En su jurisprudencia del 2006 la Corte ha tratado con profundidad los alcances de la obligación de garantía señalada. Esto es interesante ya que las obligaciones generales establecidas en el artículo 1.1 (respeto, garantía y no discriminación) y, en particular, la obligación de garantizar, son útiles para la interpretación del alcance de cada derecho convencional y constituyen la base para determinar si el Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional en un caso concreto.⁴

A continuación trataremos dos aspectos específicos que surgen de la jurisprudencia: *a)* la obligación de garantía respecto de personas que se encuentran en situaciones especiales de vulnerabilidad, ya sea por una condición personal o por una situación específica; y *b)* la obligación de garantía como respuesta a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

La Corte se preocupa de los alcances de la obligación de garantizar cuando el titular de los derechos convencionales se encuentra en una situación de vulnerabilidad dada por alguna condición personal o por una situación específica que lo afecta. Si bien su análisis lo ha realizado fundamentalmente en relación con el derecho a la vida, su razonamiento puede ser extendido a todos los derechos convencionales.

En primer lugar, la Corte establece como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular

² *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), párr. 166.

³ Este razonamiento ha sido una constante desde el *Caso Godínez Cruz vs. Honduras* (1989), párr. 185 primera parte.

⁴ "... las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención" (*Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006), párr. 83).

y, por tanto, “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección...”⁵

Según la Corte, frente a casos en que las personas se encuentren en condición de vulnerabilidad el Estado debe adoptar “todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho [a la vida]”, conforme lo dispuesto en los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH. Estas “medidas apropiadas” implican:

crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.⁶

A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.⁷

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia merece algunos comentarios. Es interesante porque fija la obligación general de adoptar medidas positivas como parte de la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1, en concordancia con los artículos que establecen derechos específicos en la CADH. Enseguida, señala que frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho a la vida (condiciones personales o situación específica), el Estado debe adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado. Nos parece que este es el argumento adecuado para fundar la obligación del Estado de adoptar medidas especiales frente a situaciones de discriminación.⁸

Pero la Corte es conciente de que no es imputable al Estado toda afectación de derechos de personas en una situación de vulnerabilidad.⁹ A su

⁵ *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2006), párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

⁶ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), párr. 153. El caso trata sobre el reclamo del derecho de propiedad ancestral y sobre las consecuencias de no acceder a ella; consecuencias que se vinculan con el estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria que amenaza la supervivencia e integridad de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya.

⁷ *Ibidem*, párr. 154. En el mismo sentido, refiriéndose a la condición de las personas con discapacidad mental, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006), párr. 103.

⁸ Sobre el alcance del debate sobre las medidas especiales en el derecho internacional de los derechos humanos, ver Bayefsky, 1990: 1-34; Palacios, 2006: 39-43.

⁹ “[E]s claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situa-

juicio, para que el Estado viole esta obligación y pueda ser internacionalmente responsable, deben concurrir ciertos requisitos:

[P]ara que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.¹⁰

Sin embargo, una crítica que puede formularse a este razonamiento es que no parece necesario determinar las atribuciones de la autoridad y la razonabilidad de las medidas, sino que el criterio debiera ser la efectividad de éstas como parte de una actividad global del Estado.

En materia de límites a la responsabilidad del Estado es interesante el razonamiento de la Corte en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, ya que aquí ha sido el propio Estado quien ha creado la situación de vulnerabilidad. Señala la Corte:

Sin embargo, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. (...) De este modo, al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso (párr. 126).

Esto tiene consecuencias muy relevantes en ciertos casos en los cuales es perfectamente posible argumentar que el Estado, con sus políticas o con la omisión de éstas, ha generado “situaciones de riesgo” económico o social para sus habitantes y, por tanto, tiene la obligación de adoptar medidas suficientes para “la desactivación concreta y efectiva” del riesgo, esto es, poner fin a sus efectos.

La Corte ha tenido ocasión de referirse a la obligación de garantía como respuesta ante violaciones graves de derechos humanos desde su primera sentencia contenciosa.¹¹ De esta forma, se ha transformado en jurisprudencia constante la obligación del Estado de garantizar —en caso de violacio-

ción de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), párr. 155. En el mismo sentido, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2006), párr. 123.

¹⁰ Ambas citas corresponden a *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 155.

¹¹ Me refiero al *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) en que tuvo que resolver un caso relativo a desaparición forzada de personas.

nes graves de derechos humanos— mediante la investigación de los hechos y la sanción de los responsables. Lo interesante en la jurisprudencia 2006 es la resolución de dos casos que involucran violaciones masivas y sistemáticas —*Goiburú Vs. Paraguay*¹² y *Almonacid Vs. Chile*—¹³ y el análisis que hace la Corte sobre las particularidades que las constituyen y la respuesta y obligaciones de los Estados frente a procesos de transición.

En el *Caso Goiburú* la Corte parte su análisis señalando las especiales características de las violaciones masivas y sistemáticas:

La Corte considera que la preparación y ejecución de la detención y posterior tortura y desaparición de las víctimas no habrían podido perpetrarse sin las órdenes superiores de las jefaturas de policía, inteligencia y del mismo jefe de Estado de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de las policías, servicios de inteligencia e inclusive diplomáticos de los Estados involucrados. (...) [No obstante], se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de 'terrorismo de Estado' (párr. 66).

Así, las violaciones masivas y sistemáticas tienen ciertas particularidades que determinan la respuesta del Estado para cumplir con su obligación de garantía. Destaca, sin duda, como elemento central el compromiso del Estado como un todo en la ejecución de una política de violaciones de derechos humanos.

Si bien los procesos de transición son períodos complejos para toda sociedad que se ve obligada a lidiar con violaciones graves en su pasado reciente, las obligaciones internacionales son un marco obligatorio. En este sentido, la Corte ha señalado que la complejidad de una situación nacional no es motivo para no cumplir con los compromisos internacionales:

[L]a Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atravesaba y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus

¹² *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay* (2006). Este caso trata sobre la desaparición forzada en el marco de la acción coordinada entre las fuerzas de seguridad del cono sur denominada 'Operación Cóndor'.

¹³ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006). El caso Almonacid trata sobre la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, con motivo de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.¹⁴

Este criterio ha sido reiterado, en relación con el derecho a la verdad, en los siguientes términos:

No obstante, sin desconocer lo anterior [los resultados de la Comisión de Verdad y Reconciliación y de la Comisión de Prisión Política y Tortura], la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes.¹⁵

En esta misma línea de análisis, a continuación revisaremos algunas medidas que el Estado debe adoptar para garantizar los derechos humanos y que la Corte ha desarrollado con detalle en su jurisprudencia 2006, a saber: (i) obligación de investigar como carga del Estado; (ii) obligación de tipificar como medida de prevención; y (iii) obligación de cooperación internacional en casos de crímenes de especial gravedad.

(i) La Corte se ha encargado de reiterar la obligación que tiene el Estado, como parte del deber de garantía, de investigar las violaciones graves de derechos humanos. Un aspecto central en esta materia es quién tiene la carga de activar la investigación. La Corte es clara en señalar que esta es una obligación del Estado y no de las víctimas. La obligación es tanto procedimental (obligación de activar la investigación) como sustantiva (ésta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales):

... Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida.¹⁶

Esta posición de la Corte es atractiva porque destaca dos cuestiones que pueden ser controvertidas. La primera, es que la investigación en ciertos casos de violaciones graves de derechos humanos —tales como ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas— no es una cuestión que quede

¹⁴ *Caso Masacre Pueblo Bello*, párr. 146.

¹⁵ *Caso Almonacid*, párr. 150.

¹⁶ *Caso Goiburú* (2006), párr. 88. En el mismo sentido, *Caso Masacre de Pueblo Bello* (2006), párr. 143; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006), párr. 256.

entregada a la actividad o inactividad de las víctimas, sino que es una obligación del Estado y por tanto, esta actividad de investigación queda fuera de posibles consideraciones de oportunidad dentro del proceso penal. En segundo lugar, que el fundamento de la Corte para justificar esta obligación del Estado es la protección de los derechos que se ven directamente violados y no la afectación de derechos procesales (arts. 8 y 25) como podría desprenderse de una lectura poco atenta de algunas sentencias de la Corte.

En la sentencia *Goiburú*, la Corte señala que “[L]a impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales —del Estado— y particulares —penales de sus agentes o particulares—, complementarias entre sí”.¹⁷ Y además, califica el “acceso a la justicia” como una norma imperativa de derecho internacional. No hay duda que esta calificación tiene consecuencias complejas que la Corte debe tener presentes. Si es una norma imperativa ¿implica que el Estado debe cumplirla en todo caso, respecto de toda persona acusada y cualquiera sea el contexto? La respuesta a esta pregunta puede ser central en las discusiones sobre el rol de la justicia punitiva en contexto de transiciones a la democracia.

(ii) Una segunda cuestión relevante es la obligación estatal de tipificar ciertas conductas como una forma de garantizar los derechos convencionales. Si bien esta siempre ha sido una cuestión presente en la jurisprudencia de la Corte,¹⁸ recientemente se ha avanzado en la necesaria concordancia que debe existir entre la tipificación interna de ciertos ilícitos y el contenido mínimo que se desprende de la normativa y jurisprudencia internacionales.

En el *Caso Goiburú*, la Corte señala:

... un análisis de los mismos permite observar que el Estado las tipificó de manera menos comprensiva que la normativa internacional aplicable. El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. (...) Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar.¹⁹

Algunos puntos que merecen destacarse. Por un lado, el derecho internacional no sólo establece la obligación general de tipificar, sino que ade-

¹⁷ *Caso Goiburú* (2006), párr. 131.

¹⁸ Ver, NASH, Claudio, 2004: 42-43.

¹⁹ *Caso Goiburú* (2006), párr. 92.

más constituye un “estándar mínimo” sustantivo que el Estado está obligado a cumplir y que comprende incluso elementos mínimos que la legislación penal interna debe efectivamente incorporar. Por otro lado, la fe que deposita la Corte en la persecución penal como medida de protección de los derechos humanos. Sin duda estos elementos ponen en tensión visiones sobre el uso del derecho penal como medio para lograr la garantía de derechos y, en ese sentido, debieran ser objeto de una discusión más profunda.

(iii) Una tercera cuestión que debe ser destacada es el papel de la comunidad internacional como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos.

Según la Corte, en aquellos casos de violaciones graves de derechos humanos —donde se hayan “infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de tortura y de desapariciones forzadas de personas”— se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para perseguir la responsabilidad penal de los responsables (*idem*). El fundamento para esta actividad internacional estaría en el hecho que este tipo de crímenes “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional” (*idem*); lo cual pone a la Corte en línea con justificaciones eclécticas del derecho internacional, donde concurren elementos normativos que obligan a los Estados mediante actos soberanos y principios o valores de la comunidad internacional en su conjunto.²⁰

Además, en el caso concreto, ante las violaciones graves de derechos humanos involucradas surge “la necesidad de erradicar la impunidad” y “se presenta ante la comunidad internacional (...) un deber de cooperación interestatal para estos efectos”.²¹ De esta forma, según se desprende de la jurisprudencia de la Corte, la comunidad internacional tiene responsabilidad en la erradicación de la impunidad. Esto supone una concepción de los derechos humanos que no sólo tiene como destinatario a los Estados donde se han producido violaciones de derechos humanos, sino que a la comunidad internacional en su conjunto. Seguir esta concepción amplia de derechos humanos, que no se limite únicamente a destinatarios determinados exclusivamente por su conducta violatoria de las obligaciones asumidas soberanamente, sino que también involucre a otros Estados e incluso a la comunidad internacional en su conjunto, puede tener importantes implicancias en campos tales como las condiciones de vida y la exigencia de medidas concretas para erradicar situaciones de vulnerabilidad. De esta forma, podrían dirigirse a la comunidad internacional o a ciertos países concretos alegaciones de reformas al sistema financiero o de organización del comercio internacional, entre otras, basadas en obligaciones de derechos humanos y no en base a la solidaridad

²⁰ Las citas corresponden a *Caso Goiburú* (2006), párr. 128

²¹ *Caso Goiburú*, párr. 131.

internacional o la cooperación, como ha sido hasta hoy el debate económico internacional. Sin duda esta es una sentencia que será bienvenida por las visiones cosmopolitas del derecho internacional.

2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Una materia de vital trascendencia que ha emergido en el sistema internacional de derechos humanos es la responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos. Uno de los sistemas que más han aportado a este tema es precisamente el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Sobre el fundamento de la responsabilidad internacional, en el derecho internacional público clásico ha primado la idea de que la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado, a través de un tratado o del derecho consuetudinario.

Los elementos que componen el hecho ilícito internacional serían los siguientes:

- existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión;
- dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia en el *Caso La Última Tentación de Cristo*,²² la Corte Interamericana estableció que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño.²³

Un caso relevante en el 2005 fue *Caso Masacre Mapiripan*,²⁴ en cuya sentencia de fondo, a la luz del reconocimiento de responsabilidad formulado por Colombia y la discusión sobre la responsabilidad por los actos cometidos por las fuerzas paramilitares, la Corte hizo un interesante resumen de su jurisprudencia sobre la responsabilidad internacional del Estado, que ordena una serie de cuestiones que estaban dispersas en diversos

²² *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (2001).

²³ "Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado", *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (2001), párr. 72. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver Voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

²⁴ *Caso de la Masacre de Mapiripan* (2005).

fallos de dicho Tribunal. Trataremos *a)* el carácter de la Convención Americana; *b)* la Convención Americana como derecho especial en el campo del Derecho Internacional Público; *c)* responsabilidad del Estado y el incumplimiento de la obligación internacional; *d)* responsabilidad del Estado y la atribución de responsabilidad por actos de privados; y *e)* cuándo puede ser invocada la responsabilidad internacional.

■ *Sobre el carácter de la Convención Americana*

La Corte formula un llamado de atención sobre “el carácter especial de la Convención Americana en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Esta especialidad de la Convención Americana estaría dada porque ésta, al igual que los demás tratados sobre la materia, “se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes” (~ 104).²⁵

Enseguida la Corte vincula esta especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos con la necesidad de una particular interpretación de los mismos, señalando “la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a [sic] asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”; lo que no sólo es aplicable para las normas sustantivas, sino que también para las normas procesales (~ 105).

Finalmente, la Corte destaca que la interpretación de los tratados de derechos humanos debe tener en consideración que estos “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” y que esta interpretación evolutiva, tiene un claro fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Concluye la Corte señalando que “al interpretar 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” (~ 106).

■ *La Convención Americana como derecho especial en el campo del Derecho Internacional Público*

Si la responsabilidad internacional emana de la infracción de una obligación internacional, es necesario tener claridad sobre cuáles son las nor-

²⁵ Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Masacre Mapiripán* al cual corresponden los textos entre comillas.

mas que obligan al Estado en el ámbito de la Convención Americana. Al efecto la Corte señala que “las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma”. De esta forma, la Convención Americana constituye “*lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el Derecho Internacional general”. De ahí la Corte concluye también que el análisis del segundo elemento de la responsabilidad (la atribución de responsabilidad) “debe[n] ser efectuado[s] a la luz de la propia Convención” (~ 107).

Ahora, atendida la naturaleza de ciertas violaciones de derechos humanos, es posible que concurren otras obligaciones del Estado que la Corte debe tener en consideración para determinar si ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones. Al efecto, en el caso que motiva la sentencia, la Corte se enfrenta a la cuestión de determinar si debe tener en consideración “la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II)”. Al respecto la Corte distingue entre aquellas obligaciones pasivas del Estado (en relación con el derecho a la vida, no matar arbitrariamente a través de sus agentes) y aquellas obligaciones positivas que implican “impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas” (~ 114).

La Corte resuelve esta cuestión señalando que “las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de dicho instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido”. La Corte aclara que no le corresponde a ella determinar si el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por violación de estas normas (escapa de su competencia material), pero sí que “dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención”, en la medida que esta normativa humanitaria establece “la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en el presente caso” (~ 115).

■ *Responsabilidad del Estado y el incumplimiento de la obligación internacional*

Respecto de qué conductas son las que pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado, la Corte señala que esta puede estar

fundada en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”,²⁶ y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado” (~ 110).

Con esta postura la Corte se pone en línea con las tendencias que consideran que la responsabilidad del Estado es objetiva y no es necesario que concurren elementos subjetivos en el accionar del Estado, ni proceder a determinaciones individuales de responsabilidad, por lo que “es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones” (~ 110).

■ *Responsabilidad del Estado y la atribución por actos de privados*

Atendidos los hechos que motivan la sentencia, la Corte entra a determinar los elementos que deben concurrir para hacer responsable al Estado por actos de particulares. En primer lugar, se determina el alcance de las obligaciones de la CADH: “los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona”. A partir de esta aseveración general, la Corte señala que: “esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”. Sobre esta base, está en condiciones de hacer el vínculo entre los actos de los privados y la responsabilidad del Estado: “la atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención” (~ 111).

Con esta fórmula, la Corte se mantiene en los cánones tradicionales del Derecho Internacional Público, exigiendo una cierta actividad u omisión contraria de sus obligaciones de garantía del Estado para poder hacer recaer responsabilidad sobre sus hombros.

■ *Cuándo puede ser invocada la responsabilidad internacional*

Una cuestión interesante que aborda la Corte en esta sentencia es la determinación de cuándo se produce la responsabilidad internacional y cuándo esta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que “la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser

²⁶ La Corte cita sus fallos *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004), párr. 71; *Caso Juan Humberto Sánchez* (2003), párr. 142; *Caso “Cinco Pensionistas”* (2003), párr. 163.

exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios” (párr. 113).

Pareciera que con esta postura se abre una posible discusión acerca de la responsabilidad internacional a la luz de los criterios que se han establecido en el ámbito internacional público. Es claro que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno (obligación compleja según el derecho internacional público). Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado, y con ello se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos en el ámbito interno (obligación de investigar, sancionar y reparar), determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno.

3. DERECHOS DE LAS MUJERES

El sistema interamericano de derechos humanos y en particular la Corte Interamericana tenían una deuda pendiente con el tema de las violaciones de derechos humanos a las mujeres. No hay duda alguna que una serie de casos que había conocido el sistema pudieron haber sido analizados desde una perspectiva de género y esto no ocurrió. De ahí que un caso que no fue presentado como un caso de violación de derechos humanos de las mujeres, por una correcta interpretación por parte de la Corte pasa a ser un caso emblemático en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana: *Caso del Penal Miguel Castro Castro*.²⁷

Hay dos cuestiones que me interesa destacar de este fallo. Por una parte que la Corte se haya arrogado competencia para conocer la Convención de Belém de Para y, por otra, las consecuencias hermenéuticas que trae aparejado que la titular de derechos afectados sea una mujer.

Lo primero es la cuestión de la competencia material. En este caso la Corte declaró violada la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —“Convención de Belém do Pará”²⁸ (en adelante Convención Belem do Pará). Lo anterior implica que la Corte estableció su competencia para conocer de la violación de este tratado, cuestión que no se encontraba definida hasta el momento. Además, es

²⁷ *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006). El caso del Penal Miguel Castro Castro trata los hechos relativos a la ejecución del “Operativo Mudanza 1” dentro penal durante el cual el Estado produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 internos, y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos. Los hechos también se refieren al supuesto trato cruel, inhumano y degradante experimentado por las presuntas víctimas con posterioridad al “Operativo Mudanza 1”.

²⁸ La Convención Interamericana Para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer “Convención De Belém Do Pará”. Adoptada el 9 de junio de 1994.

el primer caso en que la Corte reconoce y falla sobre una violación de derechos humanos que tiene como causa, precisamente, la condición de mujer de la víctima.

El artículo 12 de la Convención Belém do Pará establece que:

cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como se ve, la remisión a las normas y requisitos de procedimiento de la Convención Americana —además del Estatuto y el Reglamento de la Comisión— que establece el artículo transcrito no permitía concluir categóricamente e inequívocamente si la Comisión, en el supuesto que decidiera que un Estado violó el artículo 7 de la Convención Belém do Pará, tenía competencia para enviar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, el artículo tampoco establecía claramente si la Corte era competente para declarar la violación de la referida Convención.

La indeterminación del propio texto de la Convención Belém do Pará y la ausencia de una interpretación autorizada de la Corte, motivó distintos tipos de lecturas alrededor del artículo 12. Por una parte, se esgrimía que la Comisión podía enviar casos en que se hubiere violado el artículo 7 de la Convención Belém do Pará, pues el mismo artículo 12 alude a las normas sobre procedimiento de la Convención Americana, que incluyen la posibilidad de la Comisión de remitir casos a la Corte Interamericana. Es decir, si dicho reenvío al procedimiento de la Convención no se realizaba limitando expresamente las atribuciones de la Comisión, no resultaba lícita una interpretación restrictiva de los derechos y su protección.²⁹ Sin embargo, por otra parte, se podía interpretar que la omisión de la posibilidad de remitir casos a la Corte respondía a la decisión soberana de los Estados de limitar el conocimiento de violaciones de la Convención Belém do Pará al procedimiento ante la Comisión. En esta última hipótesis, resultaría indispensable un reconocimiento expreso para que la Corte pudiera ejercer su competencia contenciosa respecto de dicho tratado.³⁰

El *Caso Penal Miguel Castro Castro* zanjó este debate, pues la Corte de-

²⁹ CADH. Artículo 29.

³⁰ El debate antes presentado puede encontrarse en Medina, 1998: 117-134. Igualmente, en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *Caso Penal Miguel Castro Castro* (2006), párrs. 15 y siguientes.

claró, *inter alia*, que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su artículo 1.1 y en conexión con los artículos 7.b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Además de ello, la Corte utilizó la Convención Belém do Pará a los efectos de interpretar el artículo 5 de la Convención Americana (derecho a la integridad personal).

La importancia de este caso radica en que la Corte aplica un instrumento que visibiliza el fenómeno de la violencia contra las mujeres. Si bien el derecho internacional de los derechos humanos siempre ha contado con instrumentos y mecanismos que permiten investigar, sancionar y reparar la violación de los derechos humanos de las mujeres, la violencia contra ellas no siempre fue percibida como una violación de uno o varios derechos humanos.³¹ Para avanzar en la superación de este problema, fue necesario hacer visible que la violencia contra las mujeres atenta contra el goce de sus derechos humanos por medio de un tratado que aborda el tema en forma específica.

En este orden de cosas, la Corte, antes de analizar la violación de los artículos invocados por la Comisión y la representante común de los peticionarios, expuso una serie de factores que aumentan la gravedad de los hechos, de forma tal de presentar el contexto histórico en que éstos se desarrollaron (~ 200 al 202).³² Reconoció, como un hecho propio de dicho contexto, que durante la época del conflicto interno peruano las mujeres fueron afectadas por la violencia de manera distinta a los hombres. Particularmente, que la violencia se efectuó en forma planificada o dirigida contra las mujeres y que, en otros casos, las afectó en mayor grado (~ 223). Pero la Corte no se limitó a describir este hecho sino que indicó con meridiana claridad que la violencia sexual contra las mujeres —en el contexto del conflicto armado— es un “medio de castigo y represión” (~ 224). La Corte cita el Informe Final la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, el cual señala que “los actos de violencia sexual contra las mujeres tenían como objetivos castigar, intimidar, presionar, humillar y degradar a la población” (~ 225).

La Corte reconoce que situaciones aparentemente neutras pueden, sin

³¹ Sin perjuicio de lo cual, ciertamente podemos afirmar que su vida, integridad personal, libertad y otra serie de derechos se veían vulnerados por el ejercicio de la violencia contra ellas. Para una crítica a la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y los derechos humanos de la mujer, ver Charlesworth, 1994: 58 - 84.

³² Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Penal de Castro* (2006) al cual corresponden los textos entre comillas.

embargo, afectar a hombres y mujeres en forma distinta y por tanto, requerirán de tratos que reconozcan las legítimas diferencias de cada persona y otorguen un trato basado en ellas. Este reconocimiento de las condiciones y necesidades propias de las mujeres permite que ciertas políticas y conductas de los Estados que se presentan como neutras, pero que en la práctica provocan efectos perjudiciales para ellas, constituyan formas de discriminación y violencia. En los hechos, la Corte, por ejemplo, distinguió que obligar a un hombre a arrastrarse sobre su vientre no era una conducta igualable en cuanto a sus efectos que requerir el mismo comportamiento a una mujer embarazada (~ 290). La Corte supera así la miopía de un parámetro formal de igualdad y no discriminación, presuntamente neutral, pero profundamente masculino, para dar pie a otro que reconoce las diferencias legítimas entre las personas y que demanda acciones positivas por parte del Estado.

Nos parece que la superación de la violencia contra las mujeres requiere de la adopción, entre otras acciones, de políticas públicas destinadas a modificar las barreras culturales que amparan los estereotipos o roles sexuales que fomentan la discriminación y violencia contra ellas y, por otra parte, de acciones dirigidas a investigar, sancionar y reparar dichas conductas. La importancia de reconocer que la omisión del deber de investigar del Estado constituye un incumplimiento de sus obligaciones convencionales, radica en que en nuestro continente existe un patrón de impunidad con relación a la violencia contra las mujeres.³³ Mientras no se perciba como una conducta social y jurídicamente inaceptable dentro de nuestras sociedades, continuará ocurriendo sin que podamos contar con efectivas garantías de no repetición.³⁴

La Corte Interamericana interpretó el artículo 5 de la Convención, a la luz de la Convención de Belém do Pará y la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.³⁵ Al momento de determinar el contenido y alcance del derecho a la integridad personal de las mujeres víctimas de la violencia en el penal Miguel Castro Castro, la Corte tuvo en cuenta que la violencia contra las mujeres (a) se dirigió en su contra como una forma de control y (b) que en ciertos casos el trato otorgado resultó particularmente gravoso.

■ *La violencia sexual como una forma de control*

En relación a la violencia sexual contra las mujeres como una forma de control (~ 224), la Corte identificó que la desnudez forzada y la indefensión

³³ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en Las Américas*, OEA/Ser L.V/II. Doc 68, 20 de Enero de 2007.

³⁴ CIDH, *Caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes*, Informe N° 54/01, Brasil, 16 de abril de 2001.

³⁵ Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1979.

frente al ataque constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes (~ 306), y que la violación es una forma de tortura (~ 312). La Corte realizó una interpretación de la violación de las mujeres que tiene en cuenta los graves perjuicios y efectos que los ataques contra la indemnidad sexual generan en ellas, abandonando una perspectiva restrictiva de la violación que se limita a la penetración vaginal (~ 306 y 310). En los hechos, consideró que la inspección vaginal³⁶ que se realizó a una de las internas por varios sujetos encapuchados, tuvo por objeto vejar a la víctima y, por otra parte, que los efectos que provocó resultaron de calificada gravedad. Ambos elementos, a juicio de la Corte, permiten concluir que la violación es una forma de tortura contra las mujeres.

■ *El trato neutral y los daños agravados para las mujeres*

En relación a los malos tratos que resultan agravados por la condición de mujer de la víctima, la Corte reconoció que la desatención de las particularidades de su salud sexual y reproductiva constituyó tratos crueles, inhumanos y degradantes, pues estas omisiones generan daños agravados para las víctimas (~ 319). En concreto, la Corte abordó la situación de las mujeres embarazadas desde una visión holística del proyecto de maternidad deseada y los ciclos menstruales de las internas. Al utilizar el criterio de las condiciones particulares de la víctima, especificó cómo las golpizas y la falta de atención médica, particularmente pre y post natal, afectó a las mujeres embarazadas en forma más gravosa que al resto de la población penal (~ 332).

Además, la Corte señaló que la imposibilidad de relacionarse con sus hijos e hijas también configuró una violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de las internas que eran madres, puesto que los largos periodos de aislamiento a los que se vieron sometidas impidieron disfrutar de esta clase de vínculo (~ 330). Este razonamiento de la Corte debe criticarse, no porque no exista un vínculo entre madres, hijos e hijas que el Estado deba resguardar, sino porque desconoce que este vínculo también existe frente a los padres, respecto de los cuales no reconoció una violación del artículo 5 de la Convención. Esta decisión de la Corte refuerza el estereotipo social de *mujer madre*, al desconocer que la crianza de las y los hijos debe ser un proceso común entre padres y madres. Si buscamos superar las barreras culturales que mantienen los tradicionales estereotipos de las mujeres, la Corte debe reconocer que mujeres y hombres, madres y padres, tienen iguales responsabilidades y derechos en el cuidado y crianza de sus hijas e hijos.

4. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

La privación de libertad es una medida legítima que puede adoptar el Estado, en la medida que cumpla con ciertas condiciones tanto en lo que

³⁶ CIDH. *Caso 10.506*, Informe N° 38/96, Argentina, 15 de octubre de 1996.

dice relación con su dictación, como con la finalidad que persiga y con la forma en la que se implemente.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 7.5 de la Convención, la prisión preventiva sólo es legítima en la medida que ésta sea aplicada durante un plazo razonable. Respecto de aquellas personas que han sido condenadas, la Convención señala que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5.6 CADH). Si bien esta es una realidad muy lejana en el sistema carcelario latinoamericano, es claro cuál es el sentido que debe darse a toda reforma en el sistema y hacia dónde debieran apuntar todas las medidas que se tomen en el ámbito carcelario.

Las personas privadas de libertad son titulares de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención, sin perjuicio de que el goce de alguno de ellos esté temporalmente restringido. La restricción legítima de la libertad no implica que la persona pierda el derecho a gozar y ejercer otros derechos y libertades fundamentales, sin perjuicio que algunos de ellos se vean indirectamente afectados. Es una obligación del Estado garantizar que toda norma que restrinja el goce y ejercicio de los derechos humanos debe ser conducente y proporcional para conseguir el objetivo que le es propio (art. 30 CADH) y será obligación de las autoridades encargadas de su implementación limitar al máximo los efectos, que quizás pudiéramos llamar colaterales, respecto de las personas en situación de privación de libertad.

En la sentencia del *Caso Instituto de Reeducación del Menor*³⁷ la Corte plantea la vinculación entre las condiciones de privación de libertad con las obligaciones del artículo 5 de la CADH. A su juicio, si estas condiciones de vida material no satisfacen ciertos estándares mínimos, pueden afectar la “salud mental” de las personas reclusas y, de esta forma, provocar responsabilidad internacional del Estado por afectación a la integridad psíquica de las personas.³⁸ En el *Caso Tibi*,³⁹ la Corte reitera el razonamiento y señala que la situación personal de las personas privadas de libertad se enmarca en el ámbito del art. 5.2 de la CADH y por tanto, se consagra el derecho de toda persona “a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal”,⁴⁰ derecho que se encuentra íntimamente ligado con las condiciones

³⁷ *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”* (2004), seguido en contra de Paraguay, relativo a las condiciones penitenciarias en una cárcel para menores de edad. En esta se produjeron una serie de incendios que costaron la vida de algunos de los niños privados de libertad en dicho centro.

³⁸ *Ibidem*, párr. 168.

³⁹ *Caso Tibi* (2004), seguido en contra de Ecuador por la detención de un ciudadano francés acusado de narcotráfico.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 150. En el mismo sentido ver *Caso Bulacio* (2003), párr. 126; y *Caso Cantoral Benavides* (2000), párr. 87.

de vida del detenido.⁴¹ El Estado, en atención a su condición de garante de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad y como responsable final de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos.⁴²

Formuladas estas consideraciones generales, corresponde analizar ciertas cuestiones particulares que la Corte entra a conocer en sus sentencias, las cuales son la prohibición de ciertos castigos, la separación entre procesados y condenados, el derecho a atención médica de las personas privadas de libertad y la obligación de investigar en caso de denuncia de malos tratos o torturas sufridas por los detenidos.

La Corte reitera en el *Caso Instituto de Reeducción del Menor* la prohibición no sólo de cierta clase de castigos, como el aislamiento, maltrato e incomunicaciones, sino que sostiene que constituye una violación del artículo 5 el solo hecho de verse bajo la amenaza de sufrir dichas formas de castigo; ampliando de esta forma los medios a través de los cuales el Estado puede incurrir en responsabilidad.⁴³

En relación con la obligación establecida en el artículo 5.4 del Pacto de San José, la Corte señala en el *Caso Tibi*, que “[en el caso] no había un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario en donde estuvo recluso el señor Tibi y que por esta razón se vio en la necesidad de convivir con sentenciados y quedó expuesto a mayor violencia” y por tanto, la “falta de separación de reclusos descrita” implica una violación del artículo 5.4 de la CADH.⁴⁴

Respecto de la obligación del Estado de brindar atención médica a los detenidos, la Corte establece en la sentencia del *Caso Tibi*, algunas particularidades de este derecho. Entiende que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5 de la CADH, “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera”. De la misma forma, el Estado debe garantizar que “los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal”.⁴⁵ En su análisis, la Corte, va más allá y señala expresamente que una deficiente atención médica de un detenido, en caso de requerir de un “tratamiento o atención médica adecuada y oportuna”, implica una violación del artículo 5 de la CADH.⁴⁶

⁴¹ *Caso Tibi* (2004), párr. 150. Ver en este sentido, *Caso Cantoral Benavides* (2000), párrs. 85 al 89; y *Caso Loayza Tamayo* (1997), párr. 58.

⁴² *Caso Tibi* (2004), párr. 150. En el mismo sentido ver *Caso Lori Berenson* (2004), párr. 102; *Caso Bulacio* (2003), párr. 126.

⁴³ *Caso Instituto de Reeducción del Menor* (2004), párr. 167.

⁴⁴ *Caso Tibi* (2004), párr. 158.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 156. En el mismo sentido, ver *Caso Bulacio* (2003), párr. 131.

⁴⁶ *Caso Tibi* (2004), párr. 157.

Finalmente, la Corte se refiere a la obligación del Estado de investigar aquellos casos en que pueda estarse ante una situación de malos tratos o de tortura.⁴⁷ Funda dicha obligación en el artículo 1.1 en concordancia con el artículo 5, ambos de la CADH, ya que “el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana”.⁴⁸ Al efecto, el solo hecho que la persona privada de libertad presente lesiones en el período en que ha estado bajo custodia directa del Estado es “motivo suficiente para que las autoridades competentes iniciaran, de oficio, una investigación sobre lo ocurrido a éste”.⁴⁹

5. NIÑOS Y NIÑAS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido estableciendo ciertos parámetros respecto de los derechos de los niños a la luz de la CADH.⁵⁰ En primer lugar, ha quedado asentada la idea de que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a la Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.⁵¹ En segundo lugar, la Corte ha señalado los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.⁵²

Si bien estos eran avances interesantes, aún estaba pendiente concretar algunos de los aspectos relativos a la forma correcta de interpretar el artículo 19 de la CADH, que la sentencia dictada en el *Caso Instituto de Reeducación del Menor* aborda en mayor profundidad.

Primeramente, la Corte formula una declaración general, señalando que los niños son titulares de todos los derechos humanos, al igual que los adultos, y que el artículo 19 de la CADH debe entenderse “como un derecho

⁴⁷ Por todos, ver *Caso Penal Castro y Castro* (2006), párrs. 343-348.

⁴⁸ *Caso Tibi* (2004), párr.159.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 159.

⁵⁰ *Caso Villagrán Morales y otros* (1999); en el mismo sentido, ver OC-17.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 194; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004), párr. 166.

⁵² *Caso Villagrán Morales y otros* (1999), párr. 196.

adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”.⁵³

Metodológicamente es interesante el *Caso Instituto de Reeducación del Menor* en dos sentidos. Primero, porque en su análisis de los derechos violados por el Estado de Paraguay, la Corte utilizó el artículo 19 precitado para analizar cada uno de los derechos en estudio, particularmente, los artículos 4, 5 y 7 de la misma Convención.⁵⁴ Esta es la forma correcta de leer el artículo 19, en cuanto éste lo que hace es fijar un plus respecto de las obligaciones del Estado, en cuanto a la necesidad de adoptar medidas especiales que protejan los derechos consagrados en el propio texto de la Convención. Segundo, porque usó para fijar el contenido y alcance de las obligaciones del Estado una serie de instrumentos internacionales de que era parte el Estado demandado y que a través de una interpretación integral le permite una lectura amplia de las obligaciones respecto de los niños que le lleva a sostener que los niños, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son titulares de derechos tanto de naturaleza civil y política, como económica, social y cultural, en particular, en lo que dice relación con su derecho a la vida y a la integridad personal.⁵⁵

Un tema relevante en el sentencia es el relativo a las obligaciones que tienen los Estados que han ratificado la CADH de adecuar su legislación en materia de justicia de menores de edad, todo ello en conformidad con lo preceptuado en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma. Las obligaciones que los Estados adoptan en materia de derechos humanos comprenden la obligación de adecuar su legislación⁵⁶ y, en el caso particular de la justicia para menores de 18 años, implica adecuar los estándares procesales penales a las obligaciones establecidas tanto en la propia CADH como en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sobre el alcance de las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconoce que estas les corresponden a todas las personas por igual, y además, el artículo 19 de la misma obliga al Estado a consagrar estos derechos en todo proceso, ya sea administrativo o judicial, en los que se discuta algún derecho de un niño, tomando las medidas necesarias para su efectividad.⁵⁷

⁵³ *Caso Instituto de Reeducación del Menor* (2004), párr. 147. Ver en el mismo sentido, *OC-17*, párr. 54; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004), párr. 164.

⁵⁴ *Caso Instituto de Reeducación del Menor* (2004), párr. 148.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 149.

⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 205-206. En el mismo sentido, ver *Caso “Cinco Pensionistas”* (2003), párr. 165; *Caso Baena Ricardo y otros* (2001), párr. 180; *Caso Cantoral Benavides* (2000), párr. 178.

⁵⁷ *Caso Instituto de Reeducación del Menor* (2004), párr. 229. En el mismo sentido ver, *OC-17*, párrs. 95 y 98.

Otra cuestión relevante, en materia de proceso penal que afecta a los menores de 18 años, es su privación de libertad. A juicio de la Corte, de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, toda vez que debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. La aplicación de medidas sustitutorias tiene por finalidad asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción investigada.⁵⁸ En el caso que la medida de privación de libertad sea procedente, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁹

Respecto de las obligaciones especiales que tiene el Estado para con los niños privados de libertad, la Corte realiza su análisis a la luz del derecho a la vida y a la integridad personal, debidamente complementado con el artículo 19 de la CADH. En cuanto al derecho a la vida la Corte señala que “cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”.⁶⁰ Pero la Corte va más allá y vincula el derecho a la vida con la preocupación que el Estado debe desarrollar respecto de las “circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad”.⁶¹ Vincula la Corte estas “circunstancias de la vida” con los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que incluyen, en el derecho a la vida, la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

De esta forma, el Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida.⁶² De ahí que la Corte haya vinculado la idea de “vida digna” con las obligaciones positivas que debe adoptar el Estado para garantizar efectivamente dicho derecho.⁶³ El fundamento de estas medidas especiales está dado en la cir-

⁵⁸ *Caso Instituto de Reeducción del Menor* (2004), párr. 230.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 231.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 160. En el mismo sentido ver *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury* (2004), párrs. 124, 163-164, y 171; *Caso Bulacio* (2003), párrs. 126 y 134; y *Caso Villagrán Morales y otros* (1999), párrs. 146 y 191; *OC-17*, párrs. 56 y 60.

⁶¹ *Caso Instituto de Reeducción del Menor* (2004), párr. 160.

⁶² *Ibidem*, párrs. 161, 173 y 174. Ver en el mismo sentido, *OC-17*, párrs. 80-81, 84, y 86-88; *Caso Villagrán Morales y otros* (1999), párr. 196.

⁶³ *Caso Instituto de Reeducción del Menor* (2004), párr. 176.

cunstancia “que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida”.⁶⁴

En cuanto a las obligaciones respecto de la integridad personal, la Corte hace especial referencia al artículo 5.5 de la Convención Americana que obliga a los Estados a mantener a los niños privados de libertad separados de los adultos.⁶⁵ No actuar de esta forma, exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad.⁶⁶

Finalmente, parece importante llamar la atención respecto a las consideraciones que ha tenido la Corte a la vista al momento de determinar la responsabilidad del Estado por su falta de previsión en el incendio que se produjo en la cárcel del Estado demandado y que motivó la presentación del caso. En primer lugar, se establece que el Estado debe tomar medidas suficientes “para enfrentar la posibilidad de un incendio” y contar con “todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para un evento de esta naturaleza”.⁶⁷ Esta falta de prevención, por los efectos que produjo en la muerte de los niños privados de libertad, “equivale a una negligencia grave que lo hace responsable de la violación del artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y respecto de los niños, leído también a la luz del artículo 19 de la misma Convención, en perjuicio de los internos...”.⁶⁸

6. PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

En el *Caso Ximenes Lopes*⁶⁹ la Corte tuvo ocasión de tratar el tema de las personas con discapacidad mental con cierto detalle. Nos parece relevante esta sentencia ya que aquí se aplica la idea que sostiene la Corte sobre la necesidad de adoptar “medidas especiales” para garantizar los derechos de personas que por determinada condición se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Una cuestión general que aborda la Corte es el vínculo que se presenta en la práctica entre las situaciones de vulnerabilidad y pobreza de ciertos

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 172.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 172.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 175.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 178.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 179.

⁶⁹ El caso *Ximenes Lopes* trata sobre las condiciones inhumanas y degradantes, así como la muerte durante la hospitalización, del señor Damião Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental, a manos de los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes (en adelante “la Casa de Reposo Guararapes” o “el hospital”), además de la falta de investigación y garantías judiciales en la investigación.

sectores de la sociedad y los problemas de discapacidad mental. Frente a esta situación, la obligación general que tiene el Estado de garantizar los derechos implica también la de adoptar “aquellas [medidas] necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición” (~ 104).⁷⁰

Nos centraremos, principalmente, en tres aspectos: la autonomía individual, las medidas especiales en que se traduce la obligación de garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental, y las particulares características que adopta el derecho a la integridad personal respecto de este grupo humano.

♦ La Corte establece la obligación de respetar la autonomía individual de los enfermos, obviamente considerando que en su situación este derecho puede estar sujeto a limitaciones. No obstante, la Corte considera que existe una presunción a favor de la autonomía y por tanto, que deberá acreditarse en cada caso si las personas están impedidas de dar a conocer su voluntad. Sólo en dicho evento, el consentimiento requerido para autorizar —por ejemplo, tratamientos o internación— se traslada a otras personas (familiares, representantes legales o autoridad competente) (~ 128 y 130). Sin duda, este análisis implica un cambio de paradigma respecto de la visión tradicional frente a la situación de las personas con discapacidad mental, a la vez que realza la idea de autonomía dentro de la Convención.

Asimismo, este paradigma se refuerza con las impresiones restrictivas de la Corte sobre el uso de la sujeción como parte del tratamiento médico de personas con discapacidad mental. La Corte entiende por “sujeción” cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento” (~ 133). Señala a su vez que “la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico” y determina que para compatibilizar dicha medida con la Convención “debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos” (~ 134). Esta mirada restrictiva reafirma la importancia del derecho a la autonomía, con relevancia práctica en nuestra región donde la utilización de la sujeción es, lamentablemente, extendida.

♦ En cuanto a los deberes especiales de garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental la Corte señala dos: deber de cuidar y

⁷⁰ Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Ximenes Lopes* al cual corresponden los textos entre comillas.

deber de regular y fiscalizar. El deber de cuidado es propio de toda situación en que una persona se encuentra bajo el control del Estado (~ 138), en particular aquellas que reciben tratamiento de salud (~ 139). Y frente al caso de personas sujetas a discapacidad mental, al estar internadas en instituciones psiquiátricas, esta obligación adquiere “máxima exigencia” (~ 140).

Por otra parte, el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (~ 89 y 90). Por tanto, “el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas” (~ 141). Este razonamiento resulta interesante y es posible de trasladar a otros casos en que el Estado ha delegado sus funciones a privados, tales como educación, cárceles, entre otras.

♦ Respecto del derecho a la integridad personal de las personas con discapacidad mental, la Corte señala:

es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación (~ 106).

Esta afirmación tiene consecuencias concretas. Es relevante señalar que de ella se desprende la necesidad de un especial control por parte del Estado de las instituciones de salud públicas y privadas como una forma efectiva de prevenir abusos por parte del personal encargado de los tratamientos psiquiátricos.⁷¹

Asimismo, para la Corte, las condiciones personales son un elemento determinante para calificar ciertas acciones como violaciones al derecho a la integridad personal:

las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características

⁷¹ “Todas las anteriores circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación” (*Caso Ximenes Lopes* (2006), párr. 108).

pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos (~ 127).

Por esta razón, algunas medidas podrían no ser consideradas una afectación a la integridad personal respecto de cualquier sujeto, pero sí en el caso de personas con discapacidad mental. Esto es muy importante, ya que según el acercamiento tradicional debe construirse un parámetro general sobre qué es una determinada violación de derechos humanos y aplicarlo a cada caso. Pero la Corte varía el criterio y establece que el parámetro que debe ocuparse es subjetivo, y dependerá de la condición personal del sujeto afectado si una acción es violatoria del derecho particular.

De esta forma, la Corte avanza en un nuevo paradigma para tratar a las personas con discapacidad mental, asumiendo su condición de sujeto de derechos, determinando que su situación personal obliga al Estado a adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos y, en definitiva, acen- tuando la responsabilidad estatal.

* * *

Si miramos este conjunto de temas generales que se han reseñado, surge una cuestión que parece central en esta etapa jurisprudencial: la interpretación que realiza la Corte de la Convención a la luz de las particularidades de cada uno de estos grupos. En este sentido, parece evidente que la Convención debe ser interpretada en su contexto, esto es, si nos encontramos ante un grupo que es objeto de una situación de discriminación estructural, la lectura de los derechos y libertades convencionales y las medidas que se dispongan para resolver dicha situación debe hacerse desde la lógica del principio de igualdad y no discriminación. Tal como se señala al hablar de la obligación de garantía y sus consecuencias en materia de responsabilidad, cada derecho debe ser analizado a la luz de las obligaciones generales para saber si el Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional, pero esas obligaciones generales se deben aplicar en casos concretos, respecto de titulares concretos con ciertas particularidades que no pueden ser ignoradas y por tanto, el modelo de referencia para determinar la conducta del Estado tiene un fuerte componente subjetivo. Esto es particularmente relevante en contextos pluralistas, donde conviven diversas situaciones y grupos humanos que no pueden ser tratados bajo un solo modelo o paradigma de titular de derechos.

Todo este proceso de reinterpretación de los derechos a partir de sus titulares implica una perspectiva de análisis tremendamente útil a la hora de enfrentar situaciones de violaciones estructurales como las que he señalado en este libro que son un elemento propio de la realidad de nuestra re-

gión. Por ello, me parece que la jurisprudencia de la Corte en estas materias no es sino una expresión de la búsqueda de una perspectiva que permita enfrentar efectivamente la realidad de discriminación de nuestra región y garantice, por tanto, un efectivo goce y ejercicio de los derechos convencionales. Si bien aún hay aspectos que pueden y deben ser mejorados, pero la óptica adoptada parece ser la correcta.

III. DERECHOS Y LIBERTADES

A continuación una reseña respecto de la jurisprudencia de la Corte para el período 2004-2007 respecto de algunos derechos particulares. La selección de estos derechos y casos ha estado dada fundamentalmente porque se abordan temas que habían estado ausentes en la jurisprudencia anterior de la Corte, o bien, porque adoptan la Corte alguna posición que innova en lo que venía siendo su jurisprudencia constante. Si bien los derechos están tratados en el orden que al efecto fija la Convención, la jurisprudencia relevante es de diversos años y por lo tanto no se sigue un orden cronológico, sino que temático.

1. DERECHO A LA VIDA

Dispone el artículo 4.1 de la CADH:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

El derecho a la vida tradicionalmente ha sido entendido como un derecho típicamente de abstención, esto es, un derecho que se considera satisfecho en la medida que el Estado a través de sus agentes no lo viole directamente. La Corte ha dado un alcance más amplio a este derecho y lo vincula directamente con medidas positivas y con los derechos económicos, sociales y culturales.

En la sentencia del *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*,⁷² relacionada con la situación de una comunidad indígena en el Paraguay y la afectación, entre otros, del derecho a la tierra y el derecho a la vida, la Corte formuló interesantes consideraciones en el ámbito del derecho a la vida y en particular, respecto de la situación de los miembros de comunidades indígenas. Estos criterios son aplicables en toda la región, incluido Chile.

Analizaremos *a)* algunos aspectos generales del derecho a la vida que la Corte ha destacado; *b)* las obligaciones positivas y su vinculación con la idea de “vida digna”, en términos generales y, en particular, en la situación

⁷² *Caso Yakye Axa*, (2005).

de grupos indígenas; c) medidas especiales respecto de grupos vulnerables, específicamente, niños y ancianos.

La Corte parte su análisis destacando la especial naturaleza del derecho a la vida y las consecuencias que esta acarrea al momento de respetarlo y garantizarlo. En primer lugar la Corte señala que este derecho “es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular”. En atención a esta especial condición, la Corte determina que “no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida, lo que en concreto se traduce en que “este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna” (~ 161).⁷³

La Corte señala que una de las consecuencias del derecho a la vida es que el Estado, en su condición de garante, está obligado a “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”. Esta obligación implica “adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria” (~ 162).

Interesante es el paso siguiente que da la Corte, al analizar en el caso concreto cómo se aplica esta idea de una “vida digna” y las medidas que son exigibles respecto del Estado, en particular, por las condiciones de vida y particularidades culturales de sus titulares (todos miembros de una comunidad indígena).

En primer lugar, la Corte señala que debe determinar “si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación”. Pero su análisis va más allá y hace un vínculo con la “especial vulnerabilidad a la que fueron llevados (los miembros de la comunidad indígena), afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva” (~ 163).

A juicio de la Corte esta situación debe ser analizada a la luz del “*corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren

⁷³ Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* al cual corresponden los textos entre comillas.

los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁷⁴ y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT” (~ 163).

Asumiendo lo que es una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte vincula el derecho a la vida con el derecho a la salud y formula consideraciones interesantes respecto del alcance que puede tener el control internacional en estas materias.

Señala la Corte, “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”. Ahora, respecto de las particularidades que adquiere esta situación en el caso de los pueblos indígenas, señala: “en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia” (~ 167).

La Corte, además, tiene en consideración la actividad del Estado en razón de las particularidades culturales del grupo en cuestión. Señala, en primer lugar, que al no garantizar el derecho a la propiedad comunitaria, se “ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades” (~ 168).

Finalmente, la Corte se pronuncia acerca de la efectividad de las medidas adoptadas por el Estado y señala que si bien valora que se hayan tomado algunas, “considera que estas medidas no han sido suficientes ni adecuadas para revertir su situación de vulnerabilidad, dada la particular gravedad del presente caso” (~ 169).

Es interesante el razonamiento de la Corte en varios aspectos. En primer lugar, es potencialmente relevante la vinculación que hace la Corte de las condiciones de vida (“vida digna” según la sentencia) de las comunida-

⁷⁴ El Paraguay ratificó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 3 de junio de 1997. El Protocolo entró en vigencia internacional el 16 de noviembre de 1999.

des indígenas y la necesidad de que esta sea analizada a la luz de una serie de instrumentos internacionales que amplían la protección. Parece que este podría ser un razonamiento aplicable a otras situaciones de grupos vulnerables en la región, lo que permitiría una protección de derechos económicos, sociales y culturales a través de la propia Convención Americana. En segundo lugar, parece interesante el vínculo entre el derecho a la vida y el derecho a la salud; la postura de la Corte es un paso más en el tratamiento unificado de los derechos humanos, como derechos efectivamente interdependientes. En tercer lugar, es relevante la permanente atención que presta la Corte a las particularidades culturales de los grupos indígenas a la hora de fijar el contenido y alcance de los derechos. Finalmente, no puede dejar de mencionarse el llamado de atención que formula la Corte sobre la necesidad de que las medidas para garantizar los derechos sean efectivas y no meramente formales.

Respecto de la situación de los niños, la Corte reitera la necesidad de que se adopten medidas especiales para asegurar los derechos de los niños ya que el Estado “debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”. Esto se traduce en el caso concreto en la “obligación, *inter alia*, de proveer a los niños de la Comunidad de las condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra su Comunidad por la falta de territorio, no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida” (~ 172).

Respecto de las personas de avanzada edad, la Corte señala que “es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud”. Concreta la Corte las medidas señalando que “el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables”. Finalmente, hace referencia a la cuestión cultural propia de esta comunidad indígena “en este caso, se debe tomar en consideración que en la Comunidad indígena Yakyé Axa la transmisión oral de la cultura a las nuevas generaciones está a cargo principalmente de los ancianos” (~ 175).

La idea de que existen ciertos grupos etarios respecto de los cuales el Estado debe prestar una especial atención y adoptar las medidas efectivas para garantizar sus derechos, parece un criterio apropiado para justificar medidas especiales de protección. Si bien esto es normativamente claro en el caso de los niños (artículo 19 de la CADH), en el caso de los ancianos la argumentación de la Corte es un avance.

Por otra parte, en el *Caso Zambrano Vélez*, la Corte tuvo la oportunidad de analizar la legitimidad del uso de la fuerza en el contexto del estado de excepción imperante en el Ecuador.

El uso de la fuerza como una forma de contención social no es ajeno a

nuestro continente. Las manifestaciones sociales representan desafíos para los Estados que deben, por una parte, respetar y garantizar los derechos humanos de cada una de las personas involucradas en estos actos, y por otra, mantener la paz social. Las implicancias del uso desproporcionado de la fuerza por parte de los agentes estatales, pueden ser gravísimas, por lo que resulta fundamental restringir y regular en la mayor medida posible su uso. En este sentido, el análisis que realiza la Corte de los requisitos para el uso legítimo de la fuerza son elocuentes:

- excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad;
- existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza;
- planificación del uso de la fuerza, capacitación y entrenamiento a los miembros de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales;
- control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza.⁷⁵

La Corte es enfática en señalar que la inobservancia de estos requisitos convierte la privación de la vida con ocasión de un uso ilegítimo de la fuerza en una muerte arbitraria (~ 84).

La Corte indica que el uso de la fuerza, por parte de los agentes estatales, debe ser excepcional, planeado y limitado por las autoridades y que “sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control” (~ 83). Añadió que,

en un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el ‘absolutamente necesario’ en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler (~ 84).

Respecto del marco normativo, en el diseño y ejecución de las políticas de represión o contención, el Estado debe distinguir entre resguardar la seguridad interior y exterior de la Nación. Esta distinción es manifiesta cuando pensamos en la composición y fines de las policías y de los Ejércitos. Tal y como señala la Corte, el uso y sentido de la violencia es distinto en uno y otro escenario. En este sentido, “en situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras” (~ 85).

⁷⁵ *Caso Zambrano Vélez* (2007), párr. 82 y siguientes. Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Zambrano Vélez* al cual corresponden los textos entre comillas.

En relación con la planificación del uso de la fuerza, compartimos con la Corte la idea de que una adecuada capacitación de los y las funcionarios de las fuerzas policiales resulta vital si queremos que exista un uso legítimo y proporcionado de la fuerza por parte de los agentes del Estado. Son las y los operadores policiales quienes, al enfrentarse en la práctica a situaciones límites, deben poseer el criterio suficiente para distinguir cuándo y en qué grado utilizar la fuerza letal (~ 87). Por otra parte, creemos que es necesario agregar un elemento a considerar en esta capacitación: clarificar la improcedencia de utilizar la fuerza sobre la base de ciertas categorías sospechosas: color de piel, condición socio económica, sexo, entre otras.

Respecto del requisito de control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza, la Corte señala que “la prohibición general a los agentes del Estado de privar de la vida arbitrariamente sería ineficaz si no existieran procedimientos para verificar la legalidad del uso letal de la fuerza ejercida por agentes estatales. [...] Una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva” (~ 88). Este requisito no es sino es una consecuencia lógica de la obligación de garantizar el derecho a la vida.

2. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El tema de la prohibición de la tortura ha pasado a ser un tema relevante en el sistema internacional. Si bien es claro que en el sistema internacional la prohibición de la tortura es considerada una norma absoluta, que no admite limitación legítima, y además ha sido elevada a categoría de norma imperativa de derecho internacional (ver *supra*, caso *Goiburú*) luego de los eventos que dieron origen a la llamada “lucha contra el terrorismo” ha surgido un debate profundo sobre los alcances de esta prohibición. En el sistema interamericano se ha dado un paso que debe ser visto con cuidado: diferenciar conceptualmente las diferentes formas de afectación del derecho a la integridad personal, sea tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes. En el *Caso Bueno Alves*,⁷⁶ la Corte analizó los elementos constitutivos de la tortura. Si bien este tribunal ha tenido oportunidad en el pasado de revisar violaciones al derecho a la integridad personal⁷⁷, esta es

⁷⁶ *Caso Bueno Alves vs. Argentina* (2007). Este caso trata sobre los ataques a la integridad del Señor Bueno Alves en un interrogatorio conducido por agentes del Estado en el marco de un procedimiento de carácter civil entre particulares.

⁷⁷ En nuestro continente los gobiernos autoritarios de las postrimerías del siglo XX desarrollaron e implementaron políticas y prácticas contrarias a los derechos humanos en aras de neutralizar a la población civil o los grupos que consideraban peligrosos para sus intereses. Entre estas prácticas se encontraban las más diversas y graves formas de tortura y penas o

la primera vez que sistematiza los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito.⁷⁸

El artículo 5.2 de la Convención establece que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, sin señalar cuáles son los elementos que permiten configurar una conducta u otra.

En esta sentencia se señala cuáles son los elementos de la tortura y los actos cometidos por agentes del Estado que configuraron esta conducta prohibida. Para estos efectos, la Corte utilizó como fuente de interpretación del artículo 5 de la Convención Americana y lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).⁷⁹ Con estas fuentes a la vista señaló que:

[...] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: *a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito* (párr. 79).⁸⁰

Estos requisitos son los que habitualmente cita la doctrina y jurisprudencia internacional para efectos de conceptualizar la tortura y distinguirla de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.⁸¹ Resulta manifiesto que esta sentencia contribuirá a la certeza jurídica, pues clarifica los elementos que la Corte considera constituyen un acto de tortura. A continuación reseñaré algunas de las dudas que surgen del análisis de la Corte.

Respecto del primer elemento, la intencionalidad, indicó que “[...] los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito”.⁸²

tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Vg. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006); *Caso Barrios Altos vs. Perú* (2001); *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay* (2006); *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988).

⁷⁸ Hasta la sentencia en el *Caso Bueno Alves*, la Corte no distinguía en forma precisa los elementos constitutivos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero utilizaba en su argumentación los elementos o categorías que otros sistemas de protección. Al respecto ver *Caso Tibi vs. Ecuador* (2004), párr. 149; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (2005), párr. 221.

⁷⁹ *Caso Bueno Alves* (2007), párr. 78. El artículo 2 de la CIPST dispone: “[p]ara los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin [...]”. Este no es el primer caso en que la Corte se atribuye competencia y aplica la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En la misma sentencia del *Caso Bueno Alves* (2007) la Corte hace referencia a *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (2006), párr. 156; *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), párr. 126, y *Caso Tibi vs. Ecuador*, párr. 144. Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar La Tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁸⁰ Destacado mío.

⁸¹ Al respecto ver N. RODLEY, 2003: 138-210.

⁸² *Caso Bueno Alves* (2007), párr. 81.

Para satisfacer este requisito, la Corte exige que, tras la conducta lesiva, exista una intención o ánimo del agente Estado y excluye la posibilidad de considerar como tortura un acto que sea resultado de la negligencia grave o del caso fortuito.

Si bien este es un requisito ampliamente aceptado, resulta pertinente analizar el impacto que este requisito puede tener en el ejercicio de demandas de las víctimas ante el sistema interamericano. El punto de preocupación es el probatorio. Si bien la rigurosidad en un juicio de atribución de responsabilidad penal de un particular es, no solo deseable, sino exigible en virtud del principio de legalidad; en la adjudicación de responsabilidad del Estado el criterio es diferente y no puede ser confundido. En estos casos se debe exigir una respuesta efectiva del Estado ante la gravedad de los sufrimientos padecidos por la víctima, ocasionados por una gente del Estado o con su consentimiento y en las acciones emprendidas por el Estado para reparar dicha afectación, y no en la intencionalidad del autor concreto de la conducta. Una interpretación estricta de este requisito puede impactar negativamente en la efectiva y eficaz protección de las víctimas. De esta forma, la cuestión pareciera resolverse a través de las reglas de imputación de responsabilidad y no como un requisito particular de esta actuación (tortura).

En relación a los “severos sufrimientos físicos y mentales”, resulta interesante destacar la forma en la que se aborda este elemento:

[...] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.⁸³

La Corte, a efectos de analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima.⁸⁴ Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca. El análisis de la situación del titular de derecho concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos de la Convención. Una calificación centrada sólo en los elementos objetivos del acto tiene un grave problema ya que ignora las particularidades individuales y termina por establecer estándares vinculados a elementos objetivos donde el parámetro se fija a partir de un paradigma que

⁸³ *Caso Bueno Alves* (2007), párr. 83. (destacado mío).

⁸⁴ Esta forma de ponderación también se encuentre en el *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*.

permite formas de trato desigual y discriminatorio a partir de prejuicio o estereotipos que surgen desde las visiones predominantes en un momento histórico determinado.⁸⁵

Sobre la finalidad la Corte indicó que “los maltratos tuvieron como finalidad *específica* forzar la confesión del señor Bueno Alves”.⁸⁶ La Corte establece un umbral de exigencia en el cual debe existir una orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito, como es el de obtener una confesión, no nos encontraremos ante tortura. Resulta importante destacar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de la CAPST, los ataques que se perpetren pueden realizarse “con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”.⁸⁷ Esta última causal es formulada en términos tan amplios que parece fútil detenerse en este elemento a la hora de determinar un caso como tortura.

Entre los elementos que menciona la Corte no se hace referencia a la calidad del autor de las torturas. Lo anterior puede deberse a que la CIPST no hace referencia a este elemento en la definición de la tortura, sino en su artículo 3 al referirse a quienes pueden ser responsables de la tortura.⁸⁸ En el caso en comento, los autores de la tortura eran funcionarios del Estado, por lo que no generó mayores problemas al momento de establecer la responsabilidad internacional del Estado.⁸⁹

Finalmente, no podemos dejar de destacar que la Corte reitera en este

⁸⁵ El mejor ejemplo de este peligro es el *caso Griego*, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que “[U]na cierta dureza de tratamiento de los detenidos, tanto por la policía y las autoridades militares es tolerada por la mayoría de los detenidos e incluso esperada por ellos. Esta dureza puede tener la forma de palmadas o golpes de mano en la cabeza o en la cara. Esto subraya el hecho de que el punto hasta el cual los prisioneros y el público aceptan la violencia física como no necesariamente cruel o excesiva varía según las diferentes sociedades y aún entre diferentes grupos de la misma” (van Dijk, 2006: 412-413). Un buen uso de este criterio puede verse en la Corte Europea, caso *Tyrer vs. United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978.

⁸⁶ *Caso Bueno Alves* (2007), párr. 82 (destacado mío).

⁸⁷ Destacado mío.

⁸⁸ Artículo 3: “Serán responsables del delito de tortura: a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

⁸⁹ Ahora bien, en la sentencia del *Caso Ximenes Lopes* (2006), la Corte condenó al Estado por la violación del artículo 5 cometida por funcionarios de un Hospital privado en contra de uno de sus pacientes que padecía esquizofrenia, relativizando este requisito del art. 3 CIPST. Se funda la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de la obligación de garantía: “por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo

caso la prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, consagrada en el artículo 5.2 de la Convención Americana:

[...] la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.⁹⁰

Es importante que la Corte persista en este tipo de declaraciones en atención al hecho que con posterioridad a los atentados a las Torres Gemelas del 11 de Septiembre, la prohibición absoluta de la tortura ha sido cuestionada y se han generado intensos debates respecto de conductas que pretenden excluirse de esta prohibición.⁹¹

3. LIBERTAD PERSONAL

El artículo 7 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes”, ver *Caso Ximenes Lopes* (2006), párr. 150.

⁹⁰ *Caso Bueno Alves* (2007), párr. 76.

⁹¹ En este sentido son ilustrativos los casos de la Prisión de Abu Gurayb —más conocida por la trascripción Abu Ghraib— y la base naval estadounidense de Guantánamo.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Esta norma regula, entre otras cuestiones, la forma en que es legítima la restricción a la libertad personal en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que comprende toda reclusión, ya sea por razones médicas o de disciplina (incluyendo la disciplina dentro de las fuerzas armadas), entre otras.

Dicho artículo, en su inciso 2, consagra una norma de carácter general que dispone que nadie puede ser privado de su libertad física sino por las causas y las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas. El inciso siguiente estipula que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

El requisito de legalidad implica que los Estados sólo podrán restringir legítimamente el derecho a la libertad personal mediante una norma con categoría de ley⁹² que regule las causales que permitan dicha restricción, así como los procedimientos para llevarla a cabo.⁹³ La privación de libertad exige, asimismo, la ausencia de arbitrariedad, tanto de la ley que regula su procedencia como de su ejecución por parte de los agentes competentes. Por tanto, las causales que permiten la privación de libertad como los procedimientos estarán sometidos a este límite.

En el *Caso Servellón García y otros*,⁹⁴ la Corte tuvo ocasión de analizar con detalle los límites a la actividad policial para controlar el delito mediante

⁹² La Corte ha establecido que ley es una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”, *OC-6/86*, párr. 38).

⁹³ “Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad” (*Caso Gangaram Panday* (1994), párr. 47).

⁹⁴ *Caso Servellón García y otros vs. Honduras* (2006). Este caso trata la detención y posterior ejecución extrajudicial perpetrada por agentes del Estado contra un grupo de jóvenes detenidos en el contexto de medidas de detención colectivas y programadas contra grupos que se identificaban como delincuentes.

Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Servellón García y otros* al cual corresponden los textos entre comillas.

detenciones colectivas y programadas.⁹⁵ En su sentencia se hace cargo de dos cuestiones centrales: *a)* ¿qué requisitos deben concurrir para que una persona sea privada de libertad mediante detenciones colectivas y programadas? y *b)* ¿Qué particularidades posee la lucha contra la delincuencia dirigida a menores de 18 años?

◆ El análisis de la Corte respecto de la restricción del derecho a la libertad personal parte por establecer que "... con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público" (~ 87). Sin embargo, a continuación establece el riesgo eventual de esta actividad de control estatal, señalando que "... un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida" (~ 87).

Siguiendo la línea de análisis, la Corte sostiene que las medidas de privación de libertad no sólo deben ser dictadas de acuerdo con la legislación interna, sino que también deben pasar un test de razonabilidad y proporcionalidad de forma tal que no sean arbitrarias a la luz de cada situación, lo que implica que "deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia" (~ 90).

Estos requisitos son plenamente aplicables en el caso de detenciones colectivas. En estos casos, la Corte comparte con el Estado la idea de que las detenciones colectivas pueden ser necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, pero en dichos eventos es necesario que "el Estado cuent[e] con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial" (~ 92).

Esta consideración de la Corte es central y busca conjugar dos importantes cuestiones. Por una parte, reconoce la necesidad de tomar medidas efectivas para controlar el orden público y la seguridad pública, lo cual legitima acciones como la detención colectiva o las detenciones programadas.

⁹⁵ La Corte sólo se había pronunciado con relación a la práctica de razzias policiales a la luz del caso *Bulacio* (*Caso Bulacio* (2003)).

Por otra parte, establece claros límites a esta actividad ya que obliga al Estado a proceder con estas detenciones colectivas sólo en la medida que pueda acreditar que las personas afectadas han incurrido en una causal de privación legítima de libertad a la luz de la legislación interna y de la propia Convención, a la vez que también exige la existencia de un control de la autoridad judicial. Si miramos detenidamente los requisitos señalados, el razonamiento de la Corte parece ocioso. En efecto, si bien en una primera lectura pareciera que la Corte establece una excepción a las restricciones legítimas a la libertad personal, lo cierto es que ello no es así dado que las detenciones programadas masivas deben reunir los mismos requisitos de forma y fondo que cualquier privación de libertad compatible con la Convención.

Por tanto, no hay una excepción ni un razonamiento menos estricto en este tipo de detenciones. Si el Estado dispone restricciones a la libertad personal que no cumplen con los requisitos que la propia Convención establece, incurre en una violación de ella.⁹⁶

♦ Sobre las particularidades de la privación de libertad de adolescentes. En el caso analizado el Estado había dirigido su actividad contra grupos de jóvenes a quienes se hacía responsables de la situación de inseguridad que vivía el país (~ 110). A este respecto la Corte señala:

La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas (~ 112).

De este párrafo se desprenden algunas cuestiones que merecen ser destacadas. El Estado no puede estigmatizar a ningún grupo como responsable de la violencia que puede vivir la sociedad, pero en particular debe cuidarse de no hacerlo con los jóvenes. El Estado debe controlar la actuación de sus agentes, que no debe guiarse bajo dicho paradigma discriminatorio. Además, debe evitar que esa estigmatización irradie sus efectos a la sociedad en general, con el correlativo riesgo de crear un clima en contra de los jóvenes propicio para la violación de sus derechos.

Si bien estas apreciaciones de la Corte son correctas, parecen insufi-

⁹⁶ “Las detenciones programadas y colectivas, las que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna” (*Caso Servellón García* (2006), párr. 96).

cientes. En efecto, el Estado no sólo no debe fomentar estas visiones, sino que conforme a su obligación de garantía, debe proponer acciones efectivas para modificarlas, incluso llevando adelante iniciativas que transformen los patrones culturales que promuevan esta estigmatización. Asimismo, si el Estado es consciente que esta situación crea un clima de violencia, debe adoptar “medidas especiales” para proteger a los jóvenes y no sólo debe evitar que los agentes actúen sobre la base de dicho estigma. Estas medidas especiales de protección deben incluir la actividad de privados,⁹⁷ pues su inactividad frente a campañas de privados en este sentido puede provocar responsabilidad internacional.

4. DERECHOS A UN RECURSO EN PROCESO PENAL

Artículo 8 numeral 2, letra h de la CADH:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Conforme lo dispuesto en los artículos 8.2.h) de la CADH, en los juicios criminales existe el derecho para el inculpado de recurrir del fallo ante un tribunal superior, garantía que se aplica a todo juicio criminal, por pequeña que sea su envergadura. La disposición exige, entonces, que el ordenamiento jurídico nacional establezca un recurso contra el fallo de primera instancia, el que debe ser conocido por un tribunal superior, es decir, de mayor jerarquía. La disposición es también aplicable respecto de juicios criminales que tengan procedimientos especiales, como, por ejemplo, juicios de que conoce en primera instancia un tribunal superior como consecuencia del fuero personal del acusado.

En el *Caso Castillo Petruzzi y otros*, la Corte sostuvo que el derecho a recurrir del fallo exigía que el tribunal superior “reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto”, lo que no sucedía en el caso por tratarse de un tribunal de segunda instancia que formaba parte de la estructura militar y, por lo tanto, no tenía la independencia necesaria ni constituía el “juez natural” que debía conocer de la revisión.⁹⁸

Un recurso puede implicar la revisión completa de los hechos y el derecho, o puede implicar una revisión de la aplicación de las normas que evalúan la prueba y de las normas substantivas, o puede consistir en una revisión del derecho, pero limitada a ciertos aspectos del proceso. Es éste

⁹⁷ Nos parece que en este caso es plenamente aplicable el razonamiento utilizado por la Corte para justificar “medidas especiales” que fue analizado en la primera parte de este artículo.

⁹⁸ *Caso Castillo Petruzzi y otros* (1999), párr. 161.

un punto delicado de resolver, porque hay que tener en consideración que una de las garantías del acusado consiste en que las pruebas se presenten en un juicio público, ante la presencia del juez, y que el principio de inmediación, que permite al juez formarse una impresión propia de las pruebas, es un aspecto importante de confiabilidad de las bases fácticas en que se funda la sentencia.

En el *Caso Herrera Ulloa* la Corte tuvo oportunidad para pronunciarse sobre los alcances del derecho establecido en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana. La Corte señala que este derecho permite que “una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica” y “busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.⁹⁹ De esta forma, la Corte ha interpretado este derecho en un sentido amplio, entendiendo que este derecho está vinculado tanto con los vicios de una decisión penal, como los errores que pudieran ocasionar perjuicio a los intereses de una persona.

Siguiendo con la idea de la efectividad de los derechos consagrados por la Convención, la Corte señala que este derecho “no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculgado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso”, sino que “es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto”; todo ello en el entendido que “el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia”.¹⁰⁰

Pasa luego la Corte a señalar cuáles son los criterios que nos permiten conocer si un recurso es eficaz. El recurso “debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”. Al respecto, la Corte reconoce que “los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso”, pero estos “no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”, de forma tal que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”.¹⁰¹

Sobre la función del tribunal o juez superior que debe conocer del re-

⁹⁹ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 158.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 159. Sobre la unidad del proceso penal, ver *Caso Castillo Petrucci y otros* (1999), párr. 161.

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 161. En el mismo sentido, ver *Caso Baena Ricardo y otros* (2001), párr. 77; *Caso Maritza Urrutia* (2003), párr. 117; y *Caso Juan Humberto Sánchez* (2003), párr. 121.

curso, la Corte ha señalado que “tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen”.¹⁰² En lo procesal, la posibilidad de acceder al recurso “debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”.¹⁰³

En lo que nos parece el criterio de mayor relevancia para el análisis de los recursos internos, la Corte ha señalado cuál es el criterio básico que debe cumplir un recurso penal para ser compatible con la Convención: “lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.¹⁰⁴ En este sentido, refiriéndose en concreto al caso en estudio, pero a través de esto fijando los alcances de su interpretación acerca del derecho en cuestión, la Corte considera que no satisface el derecho a un recurso si la legislación interna no permite “que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de *todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior*”.¹⁰⁵

De esta forma, la Corte ha entendido este recurso en forma amplia, lo que parece no adecuarse con los estándares restrictivos de nuestra nueva legislación procesal penal en materia de recursos. Esta situación debiera exigir una revisión de nuestra legislación antes de vernos expuestos a una sentencia condenatoria en el sistema internacional.

5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Artículo 13 de la CADH:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la

¹⁰² *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 163.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 164.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párr. 165.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 167 (itálicas nuestras).

difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Respecto del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, contemplado en el artículo 13 de la CADH, la Corte ha establecido una sólida y uniforme doctrina. Sobre el contenido del derecho la Corte ha destacado que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.¹⁰⁶

De esta forma, la Corte ha distinguido una dimensión individual y una social. La dimensión individual comprende el derecho a hablar o escribir, así como el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; cualquier restricción al derecho a divulgar opiniones, implica un límite al derecho a expresarse libremente.¹⁰⁷ La dimensión social, por su parte, comprende su derecho a tratar de comunicar a otras personas los puntos de vista personales, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias; en este sentido, según la Corte, para los ciudadanos es igualmente importante difundir las propias ideas, como conocer las ideas e informaciones de otros.¹⁰⁸

A juicio de la Corte “ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”.¹⁰⁹

En cuanto a la relevancia de la libertad de pensamiento y expresión en una sociedad democrática, la Corte ha señalado, en concordancia con la

¹⁰⁶ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 77. En el mismo sentido, *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 108; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 64; *La colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 30.

¹⁰⁷ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 78; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 109; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 65.

¹⁰⁸ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 79; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 110; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 66.

¹⁰⁹ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 80; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 111; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 67.

jurisprudencia comparada, que: “sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.¹¹⁰

No podemos dejar de mencionar un fallo contra Chile, referente a medidas de censura previa. En él, la Corte ha señalado que “el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”.¹¹¹

En dos sentencias dictadas el 2004 se trataron algunas cuestiones novedosas y de gran relevancia para nuestra región. Las trataremos en el siguiente orden: el rol de los medios de comunicación y periodismo en relación con la libertad de pensamiento y expresión; la importancia de la libertad de pensamiento y expresión en el marco de una campaña electoral y, finalmente, algunos alcances sobre las restricciones a la libertad de pensamiento y expresión.

Respecto de los medios de comunicación social en la sentencia del *Caso Herrera Ulloa*¹¹² la Corte formula un doble alcance; por una parte destaca su “rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones”¹¹³ y, por otra, les asigna responsabilidad en el sentido que como “instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan”.¹¹⁴

Concretamente, en referencia al periodismo, la Corte señala que este es la “manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad”.¹¹⁵ Siendo los periodistas quienes ejercen profesional-

¹¹⁰ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 87; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 116.

¹¹¹ *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 70. Esta sentencia se tradujo en un proceso de adecuación de la legislación interna chilena en materia de libertad de expresión que culminó con una reforma constitucional.

¹¹² *Caso Herrera Ulloa* (2001), seguido en contra de Costa Rica por la condena a un periodista por reproducir informaciones aparecidas en Europa respecto de las actuaciones de un funcionario del Estado que comprometía posibles actos de corrupción.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 117. En el mismo sentido, ver *Caso Ivcher Bronstein* (2001), párr. 149.

¹¹⁴ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 117.

¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 118. En el mismo sentido ver *OC-5/85*, párr. 71.

mente la comunicación social, el ejercicio del periodismo “requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención”.¹¹⁶

En consideración al rol que los periodistas juegan en la sociedad y al importante papel que cumplen para el goce de la libertad y el debate público, la Corte sostiene que “es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad”.¹¹⁷

En el *Caso Canese*,¹¹⁸ la Corte sostiene que “en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral”. Para sostener esto la Corte tiene en consideración los siguientes elementos: *a)* la formación de la opinión pública de los electores, *b)* el fortalecimiento de la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y *c)* el análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.¹¹⁹

La Corte desarrolla los alcances del debate democrático en el contexto de la formación de la opinión ciudadana en un proceso electoral en los siguientes términos:

“el debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como sentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar.”¹²⁰

Ahora, la Corte, a efectos de poder analizar la naturaleza de las opiniones que se vierten en el proceso electoral, tiene en consideración la distinción formulada en el *Caso Herrera Ulloa*, respecto de opiniones privadas y las opiniones de interés público,¹²¹ calificando aquellas que tienen relación con actos de corrupción como opiniones que “atañen a asuntos de interés público”.¹²²

¹¹⁶ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 118. En el mismo sentido, ver *OC-5/85*, párrs. 72 y 74.

¹¹⁷ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 119.

¹¹⁸ *Caso Canese* (2004), seguido en contra de Paraguay, por la condena dictada en contra de un candidato a la presidencia por las denuncias formuladas respecto de otro candidato por presuntos actos de corrupción, todo en el marco de un proceso presidencial.

¹¹⁹ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 88. En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos en el *Case of Incal v. Turkey*, judgment of 9 June, 1998, Reports 1998-IV, para. 46 (citado en *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 89).

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 90.

¹²¹ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 125.

¹²² *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 92.

Con estos elementos a la vista, la Corte sostiene que los medios de comunicación que recogen las críticas de un candidato a la presidencia respecto de un contendor, en la medida que “a) estaba ejercitando su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una contienda electoral, b) en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, c) sobre asuntos de interés público, al cuestionar la capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la Presidencia de la República”,¹²³ no hicieron sino contribuir “a que el electorado cuente con mayor información y diferentes criterios previo a la toma de decisiones”.¹²⁴

La Corte destaca en su jurisprudencia que “el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto; este puede ser objeto de restricciones”, una de las cuales puede ser la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Para que sea procedente esta restricción deben concurrir ciertos requisitos: “1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”, ello con el objeto de que esta restricción no se transforme en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.¹²⁵

Sobre la “necesidad”, la Corte ha establecido que esta “dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”.¹²⁶ En el caso concreto de la libertad de expresión “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.¹²⁷

Al momento de analizar las restricciones compatibles con la Convención, la Corte vuelve sobre un tema relevante: “distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político”.¹²⁸ Para la Corte: “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las

¹²³ *Ibidem*, párr. 94.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 94.

¹²⁵ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 120.

¹²⁶ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 96; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 121 y 123; *OC-5/85*, párr. 46.

¹²⁷ *OC-5/85*, párr. 46, citado en *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 121.

¹²⁸ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 125. En esta materia la Corte sigue los criterios establecidos por la Corte europea en *Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 February, 2002, párr. 39; *Case of Lingens v. Austria*, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, párr. 42.

actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”.¹²⁹

En aspectos más específicos sobre las restricciones, la Corte se hace cargo de un tema de mucha relevancia para el debate sobre la libertad de expresión y es cómo resolver este conflicto cuando entra en conflicto con el derecho al honor de las personas. De conformidad con el artículo 11 de la CADH toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, de forma tal que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. De ahí que sea perfectamente legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección.¹³⁰

La Corte ha dicho que, sin perjuicio de las consideraciones acerca del mayor escrutinio al que deben estar expuestos los funcionarios públicos, esto no implica de “modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”.¹³¹

Aclarado lo anterior y siguiendo los parámetros fijados por la Corte Europea,¹³² la Corte Interamericana ha señalado que “tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”. Funda este trato particular en que las personas “que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.¹³³ De esta forma, será la actividad la que determinará el escrutinio,

¹²⁹ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 127; *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 97. Ver en el mismo sentido, *Caso Ivcher Bronstein* (2001), párr. 155. También puede consultarse en el sistema europeo, *Eur. Court H.R., Case of Feldek v. Slovakia*, Judgment of 12 July, 2001, para. 83; *Eur. Court H.R., Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Judgment of 8 July, 1999, para. 60.

¹³⁰ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 101.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 100; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 128.

¹³² *Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 February, 2002, para. 39; *Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria*, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, para. 42.

¹³³ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 103; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 129.

razón por la cual, incluso privados que desarrollen actividades de interés público deberán estar sujetos a este mayor escrutinio.¹³⁴

Con base en estas consideraciones, a juicio de la Corte, en este tipo de casos debe determinarse si la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto de un supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática.¹³⁵ A su juicio, en estos casos es necesario “ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”.¹³⁶

En el *Caso Canese* si bien la Corte formula estas apreciaciones, al momento de decidir no tuvo en consideración el conflicto de derechos planteado, sino que resolvió por la vía de considerar que la sanción impuesta como “medida ulterior de responsabilidad” había sido excesiva, y por tanto, ella se constituía en una violación al artículo 13 de la CADH al no corresponder a una sanción proporcional.¹³⁷

En el *Caso Herrera Ulloa*, habiendo hecho un razonamiento similar en términos de reconocer la necesidad de proteger el honor de los funcionarios, consideró violado el artículo 13 de la Convención toda vez que la restricción impuesta, al establecer requisitos muy rígidos para hacer operativa la *exceptio veritatis*,¹³⁸ implicaban un tipo de restricción que excede aquellas compatibles con el Pacto de San José.

6. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

Artículo 16 de la CADH:

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

¹³⁴ *Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 103.

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 104.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 105.

¹³⁷ *Ibidem*, párrs. 107 y 108. El sr. Canese fue condenado civil y penalmente y se le impusieron restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses.

¹³⁸ *Caso Herrera Ulloa* (2004), párrs. 132-135.

En el *Caso Cantoral Huanamí y otra*,¹³⁹ la Corte tuvo oportunidad de tratar algunos aspectos del derecho de asociación y sus alcances en materia de derecho a la libertad sindical.

La Corte parte su análisis fijando el contenido y alcance del derecho a la libertad de asociación. Sobre el contenido del derecho señala que este comprende “el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho” (~ 144). En cuanto a los alcances del derecho, señala que este comprende para el Estado obligaciones negativas y otras de carácter positivo. En su faz negativa este derecho comprende “goza[r] del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad”¹⁴⁰ (~ 144). En su faceta positiva comprende la obligación del Estado “de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad”.¹⁴¹ Como lo ha determinado anteriormente,¹⁴² “la Corte considera que el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical” (~ 144).

Luego la Corte analiza el vínculo entre el artículo 16 (asociación) y la obligación de garantía del artículo 1.1 ambos de la CADH, en cuanto a la obligación del Estado de investigar los crímenes de los dirigentes sindicales. El razonamiento de la Corte es el siguiente: el derecho a la libertad sindical debe ser garantizado de forma tal que su titular pueda ejercer dicho derecho sin ser sujeto de violencia. Si esto no es así, el derecho de asociación se verá afectado ya que las organizaciones verán disminuida su capacidad de agruparse. Concretamente, a juicio de la Corte, la libertad sindical debe ejercerse en un contexto de respeto de los “derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona” (~ 146). Ahora, en caso que dicha obligación no se cumpla y se produzca un atentado a la vida de los dirigentes sindicales, el Estado está en la obligación de “investigar con la debida diligencia y en forma efectiva” dichos crímenes. Agrega la Corte que dicha obligación surge toda vez que “la no investigación de dichos hechos tiene un efecto amedrentador que impide el ejercicio libre de los derechos sindicales. Dicha debida diligencia se acentúa en contextos de violencia contra el sector sindical” (~ 146).

Este razonamiento merece algunos comentarios. En primer lugar, nos parece necesario destacar el vínculo que establece la Corte entre el derecho

¹³⁹ *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz* (2007). Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Cantoral Huamaní y otra* al cual corresponden los textos entre comillas.

¹⁴⁰ La propia Corte cita en este sentido sus sentencias en los casos *Caso Baena y otros* (2001), párr. 156 y también *Caso Huilca Tecse vs. Perú* (2005), párr. 69.

¹⁴¹ En este sentido cita *Caso Huilca Tecse* (2005), párr. 76.

¹⁴² *Caso Huilca Tecse* (2005), párr. 77.

individual a la libertad de asociación y la “capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses”. La única forma razonable de explicar que la Corte incluya en su razonamiento los intereses de las “agrupaciones” en el análisis de un derecho individual, es que esta es la forma en que el derecho a la libertad de asociación cumple con sus objetivos propios de carácter colectivo. En este sentido, la Corte hace un esfuerzo interesante por desarrollar la obligación de garantía del derecho de libertad sindical más allá del goce y ejercicio individual del derecho, tomando nota de que es un derecho que tiene una faceta colectiva en cuanto a su ejercicio.

En segundo lugar, no resulta del todo claro cuál es la fuente de la obligación de investigar el asesinato de los dirigentes que surge del párrafo 146 en análisis. Lo natural es que dicha obligación surja de la violación al derecho a la vida y no necesariamente de la afectación del derecho a la libertad sindical. La Corte viene haciendo desde hace tiempo un esfuerzo por clarificar que la obligación de investigar y castigar las violaciones de derechos humanos está vinculada con la afectación de ciertos derechos (vida, integridad personal) cuando se dan en un cierto contexto de impunidad o que la propicie. De esta forma, el razonamiento de la Corte sólo tendría sentido como parte del contexto de impunidad que se daría en un área determinada de la sociedad (trabajadores organizados) si no se investiga y sanciona a los responsables de los crímenes contra sus dirigentes. Por ello el párrafo 148 de la sentencia tiene sentido ya que vincula estas ejecuciones con el efecto amedrentador que surtió en otros dirigentes.¹⁴³ Es decir, este efecto amedrentador no es una violación en sí del derecho a la libertad sindical de un grupo indeterminado de trabajadores (“los trabajadores del movimiento sindical minero peruano”), sino que es el contexto que justifica una forma particular de cumplimiento de la obligación de garantía por parte del Estado, en relación con el artículo 4 de la CADH. Por ello, si la Corte hubiera hecho estos alcances al tratar la obligación de garantía en su análisis de la violación del artículo 4, no habría tenido necesidad de hacerlo en este apartado y habría dado consistencia a su jurisprudencia sobre este punto.

7. DERECHOS POLÍTICOS

El tema de los derechos políticos es relevante por dos razones. Por una parte, la Corte desde el 2004 se ha pronunciado en cuestiones que tienen

¹⁴³ “Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución de Saúl Cantoral Huamaní y Consuelo García Santa Cruz tuvo un efecto amedrentador e intimidante en los trabajadores del movimiento sindical minero peruano. En un contexto como el del presente caso, tales ejecuciones no restringieron sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor, es decir, se afectó la libertad de los trabajadores mineros para ejercer este derecho. Por otra parte, dicho efecto intimidante se acentúa y hace mucho más grave por el contexto de impunidad que rodea al caso” (*Caso Cantoral Huamaní* (2007), párr. 148).

que ver con su visión sobre cuestiones sustantivas de los sistemas democráticos¹⁴⁴ y ahora vuelve a hacerlo dando nuevos pasos en su construcción teórica. Por otra parte, en la sentencia que reseñamos, se agregan interesantes observaciones sobre el derecho a la participación de grupos indígenas.

El artículo 23 de la Convención Americana ordena que:

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

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En la sentencia del *Caso Yatama*,¹⁴⁵ se trató el tema de los derechos políticos de una comunidad indígena en el marco de un proceso electoral que la dejó fuera por estar limitada la participación a los partidos políticos, excluyendo otro tipo de organizaciones. Este caso permitió a la Corte abordar de una manera amplia el derecho a la participación política, fijando ciertos criterios generales y también cuestiones particulares sobre la participación de las comunidades indígenas en procesos de elección de autoridades.

El punto de partida para el análisis de la Corte es la igualdad y las obligaciones que tiene el Estado de garantizar el goce y ejercicio de los derechos sin discriminación. Desde este punto analizará el contenido y alcance de los derechos políticos (~ 184 al 189). A continuación trataremos a) el alcance de los derechos políticos en una sociedad democrática; b) el contenido de los derechos políticos; c) la obligación de garantizar y las medidas correspondientes; y d) la participación política de organizaciones indígenas.

La Corte comienza destacando el vínculo directo que existe entre los derechos inherentes a la persona, las garantías de estos derechos y el Estado de Derecho, donde cada uno de estos elementos “se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Recuerda que “incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos” (~ 191).

¹⁴⁴ Ver NASH, 2005: 67-71.

¹⁴⁵ *Caso Yatama* (2005). Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Yatama* al cual corresponden los textos entre comillas.

Además, la Corte reitera lo que ha expresado sobre el sistema democrático representativo como “determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constitutivo de “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano” (~ 192). En este sentido, la Corte vincula los derechos políticos con el fortalecimiento de la democracia y del pluralismo político.

Estas consideraciones de la Corte son especialmente relevantes desde un punto de vista de la teoría democrática y de la teoría de los derechos humanos. En un plano general es importante la apreciación formulada sobre la interdependencia de los derechos, sus garantías y el Estado de Derecho. En este sentido, es claro en la jurisprudencia de la Corte que los derechos y sus garantías no son neutrales en relación con el Estado de Derecho, sino que son un elemento definitorio del mismo. No es posible pensar en un Estado de Derecho sin goce y ejercicio de los derechos humanos y sin un sistema de garantías efectivo, lo que constituye una visión sustantiva del Estado de Derecho y no meramente procedimental. La idea formulada por la Corte sobre un Estado de Derecho que garantice los derechos se vincula con la concepción de un Estado Democrático de Derecho, donde la actividad del Estado se define tanto por su respeto de los derechos, como por su efectiva garantía de los mismos.¹⁴⁶

Otro elemento destacable es el pronunciamiento que formula la Corte a favor de la democracia representativa. En este sentido la Corte se suma a lo que ha sido una constante en el sistema interamericano de derechos humanos, una clara opción por un sistema democrático en particular, que ha sido definido como “democracia representativa”.¹⁴⁷

A la luz del artículo 23 de la CADH la Corte señala que los derechos que allí se consagran son: “a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad” (~ 194). Desarrollando la obligación del Estado de garantizar estos derechos, la Corte señala que: “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para [que] dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación” (~ 195).

Debe ser destacado el hecho de que la Corte haga explícito un tema que muchas veces parece ser olvidado por quienes formulan distinciones entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales:

¹⁴⁶ Sobre los alcances del Estado Democrático de Derecho, ver FERRAJOLI, 2003.

¹⁴⁷ Comisión IDH, resolución N° 01/90, *Casos 9768, 9780 y 9828 (México)*, publicada en Informe Anual de Derechos Humanos 1989-1990, OEA/ser.L/V/II. 77rev.1, de 17 de mayo de 1990.

un derecho típicamente político implica necesariamente la adopción de medidas positivas por parte del Estado, quien está en la obligación de generar las condiciones y también diseñar los mecanismos “óptimos” para el ejercicio de este derecho.

La Corte destaca las dimensiones individuales y colectivas de la participación política, ambas destinadas a “intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa” (~ 196). Concretamente, “el ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política” (~ 197).

Pasa la Corte a determinar el alcance de los derechos a votar y a ser elegidos. En relación con el derecho al voto, señala: “el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán” (~ 198). En relación con el derecho a ser elegido, dispone: “la participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello” (~ 199).

La Corte profundiza su análisis sobre el diseño de la participación en una sociedad democrática y formula algunos alcances sobre el acceso a las funciones públicas, a la luz del derecho a la igualdad (artículo 24 de la CADH). Señala que:

el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación (~ 200).

De esta forma, la Corte ha desarrollado una visión amplia del derecho a la participación, aclarando que tiene una naturaleza dual, esto es, un derecho con dimensiones individuales y colectivas. El derecho a la participación política no se limita, pues, a la elección de las autoridades, sino que implica poder influir en el diseño e implementación de las decisiones colectivas, sea a través de la acción directa, sea por medio de representantes. En este sentido el Estado en una sociedad democrática y participativa está obligado a diseñar un modelo de toma de decisiones que respete las dimensiones individuales y colectivas del derecho a la participación política y, en particular,

que genere las condiciones para que dicha participación se dé en condiciones de real igualdad.

La Corte analiza cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar el goce de los derechos políticos en el marco de una sociedad democrática. Para ello parte por fijar el marco normativo en el cual debe hacerse el análisis:

la Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio más allá de la dictación de leyes y con especial atención a las condiciones reales de su ejercicio (~ 201).

Agrega la Corte una cuestión fundamental, la cual es la vinculación de la efectividad de las medidas con la situación de hecho de sus destinatarios. Al efecto señala: “dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales” (~ 201).

La Corte reconoce que los derechos políticos pueden estar sujetos a ciertos requisitos para su ejercicio, esto es, son susceptibles de ciertas limitaciones. En todo caso, aclara que la reglamentación de estos derechos debe estar sujeta a “los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática”. En concreto, la Corte señala que “la observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones”. Para que la medida restrictiva sea legítima, ésta “debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue” (~ 206).

Un tema que preocupa a la Corte es el establecimiento de ciertos estándares mínimos para participar en el proceso político. La Corte no deja entregada a la discrecionalidad del Estado esta cuestión y fija ciertos elementos que deben ser garantizados, sin los cuales se afectaría ilegítimamente el derecho a la participación. Señala que “los Estados pueden establecer es-

tándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa”. En concreto, garantizar la celebración de “elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo”. En este sentido señala que el Estado puede verse en la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la participación de ciertos grupos que por condiciones de hecho o condiciones culturales se encuentren en una situación de desventaja para participar en la toma de decisiones colectivas (~ 207).

Sobre el principio de legalidad en el marco de procesos electorales, la Corte dispone que la legislación electoral debe ser clara en el diseño del proceso electoral y, en particular, en materia de sanciones que puedan implicar quedar al margen de un proceso electoral (~ 211 y 212).

Un aspecto particular que la Corte desarrolla a la luz de los hechos del caso son los límites a los requisitos para ser elegido. Estos no pueden ser tan rigurosos que en la práctica impidan la participación y, en particular, la participación a candidatos vinculados con partidos políticos, no parece compatible con una sociedad democrática participativa (~ 208 y 209). A mayor abundamiento, la Corte establece la obligación del Estado de diseñar el proceso de participación política de forma tal de permitir que grupos se expresen y participen plenamente en los procesos políticos a través de formas diferentes a la de los partidos políticos (~ 215).

Sobre esta actividad política a través de organizaciones dirigidas a dicho fin, la Corte, en primer lugar, señala que éstas deben tener “propósitos compatibles con el respeto de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana” (~ 216). Luego recuerda que el artículo 16 de la Convención Americana establece que el ejercicio del derecho a asociarse libremente “sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás” (~ 216). Aplicando este criterio a organizaciones diferentes a los partidos políticos, señala que “la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos en el párrafo anterior, es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa” (~ 217).

Esta es una cuestión que debiera ser objeto de un análisis detenido en el ámbito de la ciencia política. Es común la idea de que la calidad de la democracia depende de los partidos políticos. Parece adecuado matizar esta apreciación. La participación es el eje central en una sociedad democrática y esta debe desarrollarse a través de la sociedad civil, pero canalizada más

allá de los partidos políticos.¹⁴⁸ La participación debe encauzarse por distintas vías y en esto es central entender que dicho proceso de construcción de una sociedad deliberativa debe darse en condiciones de igualdad de impacto (la relevancia de cada voto en el proceso de elección), sino que también en la igualdad de influencia, esto es, “la diferencia que establece no sólo de por sí [quien vota], sino también guiando o induciendo a otros a votar o a elegir como él”.¹⁴⁹ lo que implica que cada organización pueda efectivamente influir en la toma de decisiones y para ello el diseño del modelo político debe permitir dicho ejercicio.

Es interesante el hecho de que la Corte, aplicando estas consideraciones a la situación concreta que le plantea el caso, entra a analizar las particularidades de la participación de las comunidades indígenas en procesos democráticos (~ 202).

Señala la sentencia que restringir la participación política exclusivamente a través de partidos, forma de organización que no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua, implica una restricción al derecho a la participación política, que al no estar dirigido a un “propósito útil y oportuno que la torne [a la medida de restricción] necesaria para satisfacer un interés público imperativo”, es una restricción ilegítima y, por tanto, violatoria de las obligaciones convencionales (párrs. 218-219).

La Corte formula una consideración general sobre las restricciones que se impongan a organizaciones distintas a los partidos políticos

cualequier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos (~ 220).

Termina su análisis indicando cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar la participación de la comunidad indígena Yatama, “en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos...”. Después agrega ciertas condiciones específicas sobre la forma de la participación de las comunidades indígenas: “hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre

¹⁴⁸ Sobre los cambios en las formas de participación en las sociedades latinoamericanas, ver GARRETÓN, 2001.

¹⁴⁹ DWORKIN, 2003: 210.

que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención” (~ 225).

Algunos comentarios sobre estos párrafos finales. En primer lugar, la forma en que la Corte aborda este problema es consistente con lo que ha sido su jurisprudencia en temas indígenas: analizar el contenido y alcance de cada derecho teniendo presente en su análisis la situación de hecho y las particularidades culturales de las comunidades indígenas del continente. En segundo lugar, el considerando que se cita en el párrafo anterior termina con una frase sugerente acerca del respeto de los valores, usos y costumbres y formas de organización “siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”, con lo que la Corte insinúa lo que sería su postura en un conflicto latente en el continente acerca de la relación entre los derechos humanos y ciertas prácticas culturales incompatibles con los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana.

8. DERECHO A LA NACIONALIDAD

La relación entre los derechos humanos y las políticas migratorias es una cuestión que ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte.¹⁵⁰ Los criterios que pueden extraerse de la jurisprudencia consultiva son relevantes y ahora se ven enriquecidos con un caso contencioso que permite a la Corte una visión integral sobre el tema de las migraciones y los límites a las políticas de estado en este campo.

El artículo 20 de la CADH dispone:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

La Corte ha dictado una sentencia interesante en el *Caso Niñas Yean y Bosico*,¹⁵¹ relativa a la situación de los inmigrantes haitianos en República Dominicana. Este caso abordó algunas cuestiones que pueden ser de especial interés en materia migratoria para muchos países de la región. Nos referiremos en particular a: *a)* el concepto de nacionalidad y su importancia; *b)* el doble aspecto de la nacionalidad; *c)* los ámbitos de competencia del Estado y los límites a las políticas públicas en este campo.

Inicia su análisis señalando que entiende por nacionalidad: “la expre-

¹⁵⁰ Ver la opinión consultiva de la Corte relativa a los trabajadores migrantes, OC-18/03.

¹⁵¹ *Caso de las Niñas Yean y Bosico* (2005). Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Niñas Yean y Bosico* al cual corresponden los textos entre comillas.

sión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado”.¹⁵² Agrega que la nacionalidad es un “derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención” (~ 136). Sobre su importancia afirma que “permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos” (~ 137).

Enseguida recuerda su jurisprudencia en la que ha establecido que:

el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. [...] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana.¹⁵³

Según entiende la Corte, el derecho a la nacionalidad implica dos aspectos. Por una parte “dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado”, esto es, la nacionalidad como un ámbito de protección de la persona. Por otra parte, la nacionalidad también implica un derecho del que la persona no puede ser privado arbitrariamente “porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo” (~ 138).

Esta visión de la nacionalidad es relevante ya que se transforma en un derecho con una naturaleza especial, puesto que establece un vínculo entre el Estado y la persona que lo hace titular de la protección del Estado y también, este mismo vínculo confiere ciertos derechos políticos y civiles que tienen su base en esta condición, por tanto, es una cierta condición que permite la titularidad de derechos.

Según entiende la Corte la determinación de la nacionalidad es una cuestión que regulan los Estados, pero no en forma discrecional, sino que sujeta a ciertas limitaciones. Al efecto señala que los límites a dicha facultad serían “por un lado, por su deber de brindar a los individuos una pro-

¹⁵² La Corte al efecto cita a la Corte Internacional de Justicia, *Caso Nottebohm* (Liechtenstein vs. Guatemala), segunda fase. Sentencia de 6 de abril de 1955, publicado en ICJ Reports 1955, pág. 23.

¹⁵³ La Corte en su párrafo 138 cita su jurisprudencia en la opinión consultiva *OC-4/84*, párrs. 32-33.

tección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”¹⁵⁴ (~ 140).

En cuanto a la protección igualitaria y efectiva de la ley, señala que los Estados “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”. Además, la obligación del Estado también implica el deber de los Estados de “combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas” (~ 141).

De esta forma, la Corte aclara que el Estado debe tomar todas aquellas medidas efectivas para hacer frente a esta situación: medidas de abstención que eviten una violación directa, medidas positivas para generar condiciones de goce y ejercicio de los derechos y medidas especiales para asegurar la igualdad de las personas en el ejercicio del derecho a la nacionalidad.

Sobre el tema de la apatridia, la Corte está especialmente preocupada de que no se creen las condiciones para que las personas caigan en dicha calidad. Se busca restringir las “prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas”. Esta preocupación de la Corte se funda en el hecho que “la apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad”. Esta vulnerabilidad compromete “el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares [en el caso de las niñas] se vio imposibilitado” (~ 142).

Es interesante el acercamiento de la Corte a este tema. Si vemos los límites que establece la sentencia como relevantes en este ámbito (discriminación y apatridia), podemos señalar que la discriminación es un principio del derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a todo análisis de los derechos. En esto no hay mayor novedad. En lo que sí existe un aporte es en el tema de los apátridas. La Corte establece un límite a las políticas de estado en materia de migrantes por los efectos que esta puede tener en la creación de una situación particular (apatridia). Ahora, para que este pueda ser un límite legítimo a las políticas estatales, es necesario que esta situación sea contraria a la Convención Americana. En este sentido, si bien la creación de apátridas no está expresamente prohibida por la Convención

¹⁵⁴ Establecidos, entre otros, en Convención Americana para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1; Convención Americana Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3.

Americana, es claro que el vínculo que le permite a la Corte establecer este límite está en los efectos que tiene dicha situación para los derechos humanos efectivamente garantizados por la Convención Americana. Esta es la base que nos parece puede legitimar este acercamiento de la Corte al tema y el establecimiento de un límite a las políticas migratorias fundado en los efectos de una particular situación.

9. DERECHO DE PROPIEDAD Y MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 21 de la CADH:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

En el *Caso Chaparro Álvarez y otro*,¹⁵⁵ la Corte analiza el derecho de propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH. En esta sentencia, la Corte desarrolla las medidas cautelares y su impacto en el derecho de propiedad, cuestión que no había sido tratada antes por este tribunal.

La Corte parte su análisis fijando el contenido y alcance general del derecho de propiedad en los siguientes términos:

La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. La Corte observa, sin embargo, que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención” (~ 174).

Un aspecto interesante que desarrolla el fallo sobre los alcances del derecho de propiedad es la relación entre los derechos individuales de pro-

¹⁵⁵ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez* (2007). Para facilitar la lectura de este apartado, al final de cada párrafo se indica entre paréntesis el párrafo respectivo de la sentencia *Caso Chaparro Álvarez y otros* al cual corresponden los textos entre comillas.

propiedad y los derechos que emanan de la calidad de accionista de una empresa. Señala la Corte:

Ahora bien, antes de entrar a analizar la controversia, la Corte nota que los alegatos de todas las partes, en lo que al señor Chaparro respecta, no hacen distinción entre los bienes de la fábrica Plumavit y los bienes del señor Chaparro. Esta Corte ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros (~ 181).

A su juicio,

De la prueba aportada se desprende que en noviembre de 1997 el señor Chaparro tenía una participación en las acciones de la empresa Plumavit que alcanzaba el 50% del capital. Además, el señor Chaparro era el gerente general de dicha empresa. Es evidente que esta participación en el capital accionario era susceptible de valoración y formaba parte del patrimonio de su titular desde el momento de su adquisición. Como tal, esa participación constituía un bien sobre el cual el señor Chaparro tenía derecho de uso y goce. Corresponde entonces determinar si el Estado interfirió de manera ilegal o arbitraria en el ejercicio de este derecho (~ 182).

Este es un aspecto interesante, ya que abre la puerta a un nuevo tipo de casos ante la Corte, donde lo discutido sean cuestiones patrimoniales que afectan a personas jurídicas y sólo indirectamente a personas naturales, únicos titulares de los derechos convencionales.¹⁵⁶

En cuanto a las medidas cautelares, la Corte señala que estas son expresión de las restricciones legítimas al derecho de propiedad y deben ser analizadas en dicho contexto.

Sobre la procedencia de las cautelares, la Corte analiza los alcances de la legislación interna del Estado, determinando los principios que las rigen y los objetivos que persiguen, para así determinar su compatibilidad con la Convención:

La Corte observa que estas medidas cautelares reales están reguladas expresamente en la ley. Dado su carácter precautorio, están subordinadas a los requisitos que cobijan a medidas cautelares personales tales como la prisión preventiva, razón por la cual son compatibles con la presunción de inocencia en la misma forma que éstas lo son. Teniendo en cuenta la normativa ecuatoriana precitada, en cuanto a la finalidad de estas medidas, la Corte interpreta que a través de ellas se busca: i) evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actuaciones ilícitas, ii) procurar el éxito de la investigación penal, iii) garantizar las responsabilidades pecuniarias que podrían declararse como resultado del proceso, o iv) evitar la pérdida o deterioro de la evidencia. Es claro que estas

¹⁵⁶ ART. 1: "2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

medidas son adecuadas y eficaces para disponer de la evidencia que permite investigar los delitos de tráfico de estupefacientes (~ 186).

La Corte se encarga de establecer los límites para la legitimidad de dichas medidas, que no haya un traslado de titularidad del derecho de dominio y ciertas restricciones a la disposición de los bienes que sea compatible con esta ausencia de traslado del dominio: “en este sentido, la disposición de los bienes no puede efectuarse en forma definitiva y se restringe exclusivamente a su administración y conservación; y a los actos de investigación y manejo de evidencia respectivos” (~ 187).

Ahora, si bien señala que estas medidas no son incompatibles *per se* con la Convención, sí es necesario que el Estado las justifique, en tanto constituyen restricciones a un derecho convencional, esto es, que cumplan con los requisitos propios de una restricción, en particular la proporcionalidad de la medida:

... la adopción de medidas cautelares reales debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad. En este sentido, sólo es admisible la aprehensión y depósito de bienes frente a los cuáles se encuentran indicios claros de su vinculación con el ilícito, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la investigación, el pago de las responsabilidades pecuniarias a que haya lugar o evitar la pérdida o deterioro de la evidencia. Asimismo, la adopción y supervisión de estas medidas debe recaer en funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria, el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso. Este punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad” (~ 188).

Enseguida, la Corte analiza algunas cuestiones particulares sobre la legitimidad de las decisiones de la administración de justicia sobre la materia. En primer lugar, establece la obligación de que estas medidas se dicten en forma justificada: “... Ello exigía precisar la ‘apariencia de buen derecho’, esto es, que existían probabilidades e indicios suficientes para inferir que los bienes estaban realmente involucrados en el ilícito” (~ 197).

Por lo tanto, si estas medidas no están suficientemente justificadas, cuestión que podrá ser alegada ante el órgano de control internacional, estaremos ante una violación del artículo 21.1 de la CADH (~ 199). Esto es interesante en la medida que es un razonamiento que puede extrapolarse a cualquier restricción de derechos: siempre la restricción debe ser justificada y en caso de no existir elementos de hecho que avalen la medida de restricción, esta es incompatible con la Convención.

Sobre la restitución de los bienes, la Corte es clara en señalar que la

demora en la restitución de estos a la víctima constituye también una forma de violación del artículo 21.1 en tanto hizo más gravosa la afectación al derecho de propiedad (~ 204). El razonamiento de la Corte sólo tiene sentido como un desarrollo teórico del alcance de la obligación de garantía, lo que no nos parece necesario a la luz del caso, donde la dictación de la medida ya constituía una violación. Lo restante sólo sería una agravación de la violación, que podría servir para efectos reparatorios, pero no para constituir una violación en sí misma.

Un punto interesante es el que plantea la Corte al establecer que la no devolución de los bienes de propiedad de la empresa de la víctima, también afectaba el derecho de propiedad de esta, en tanto constituía una afectación a su derecho de goce de la propiedad: "... Este perjuicio debe ser entendido como una intromisión arbitraria en el 'goce' del bien, es decir, en el marco del artículo 21.1 de la Convención ..." (párr. 209).

También en el ámbito de la administración de los bienes, la Corte determina la responsabilidad del Estado toda vez que éstos estaban bajo su custodia. Señala la Corte:

La Corte considera que el Estado es responsable por estos daños, toda vez que los bienes estuvieron bajo su custodia. Consecuentemente, declara que violó el derecho a la propiedad privada [...] puesto que, como consecuencia de la mala administración de la fábrica y los deterioros de la misma, el señor Chaparro fue privado arbitrariamente de la posibilidad de continuar percibiendo las utilidades que recibía con ocasión del funcionamiento de la empresa (~ 214).

Esta mala administración implicó que la víctima no continuara percibiendo las utilidades de la misma. Aquí se abre, sin duda, un tema que puede ser complejo. ¿A qué se obliga el Estado cuando se establece una medida de incautación de bienes? ¿Qué nivel de responsabilidad tiene? Percibir las utilidades ¿es un derecho de la víctima? Nos parece que la Corte debe ser más clara en los alcances de esta afirmación ya que abre una puerta demasiado ancha a la responsabilidad del Estado en este campo.

Finalmente, la sentencia analiza la incautación del vehículo de la víctima. Aquí el razonamiento de la Corte es interesante en cuanto establece la obligación del Estado de justificar el vínculo entre el bien incautado y el ilícito, así como la obligación de revisar la continuidad de la medida y adoptar las decisiones de término de la misma y devolución del bien incautado en tanto desaparezcan los motivos que lo justificaron:

... la ilegalidad de la incautación se vio agravada porque no se indagó ni determinó, siquiera de manera sumaria, la relación de dicho automóvil con el ilícito investigado ni con los demás bienes muebles que se encontraban en la fábrica al momento de la incautación, no se evaluó la pertinencia de continuar con la medida cautelar real, y en varias ocasiones se ordenó su devolución, sin que el CONSEP cumpliera con dichas órdenes. Hasta la presente fecha el vehículo

del señor Lapo no le ha sido devuelto ni se le ha otorgado compensación alguna (~ 217).

El razonamiento de la Corte, mirado en su conjunto, es interesante porque confirma el hecho que aquellos derechos convencionales que pueden ser objeto de restricciones, para ser legítimas éstas deben cumplir con ciertos requisitos para su legitimidad y en este caso dichos requisitos se hacen más estrictos en esta sentencia y por tanto podrían trasladarse a otras restricciones.

* * *

Al igual que en el caso de las situaciones generales analizadas previamente, respecto de los derechos particulares también hay algunos elementos que al parecer subyacen en la jurisprudencia: rol de la titularidad de derechos como elemento determinante en el proceso hermenéutico de la Corte (materia a la cual ya me he referido), una cierta visión sustantiva de la democracia, efectividad como marco general de análisis del contenido y alcance de los derechos y las restricciones de derechos y sus vínculos con otras materias. En primer lugar, me parece que en la construcción jurisprudencial de la Corte sobre algunos derechos con un fuerte contenido colectivo subyace una cierta justificación de los derechos humanos como supuestos de la democracia, esto es, la forma en que la Corte Interamericana aborda la relación entre derechos humanos y democracia la pone en una cierta teoría justificatoria de los derechos humanos en tanto estos constituirían un presupuesto de la democracia. En efecto, de los fallos que se analizan, en particular aquellos referidos a temas de libertad de expresión y derechos políticos, se desprende la idea de la Corte, de que el proceso de decisión democrática es legitimado por la concurrencia de ciertas condiciones mínimas que posibilitan la discusión democrática y una toma de decisiones es legitimada por el cumplimiento de esos mínimos. Ideas como la de control democrático o la participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales son expresión de una mirada sustantiva del proceso democrático basado en la idea de igualdad. De esta forma, en la jurisprudencia sustantiva de la Corte se desprende una una relación tríada entre Estado de Derecho, derechos humanos y los mecanismos de garantía de estos. Esta relación implica que el sistema político (democrático) se legitima en la medida que respeta y garantiza adecuadamente los derechos humanos. Esta legitimación desde los derechos humanos puede ser una buena explicación para superar la tensión que para muchos presenta la idea de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Otra característica de la jurisprudencia de la Corte es el énfasis que esta

pone en la efectividad en el goce y ejercicio de los derechos. Toda la jurisprudencia gira en torno a la idea de que los derechos deben poder gozarse y ejercerse en condiciones de igualdad y sin discriminación, para lo cual el Estado está obligado a tomar medidas efectivas para asegurar el cumplimiento de esta condición de legitimidad. En este sentido, la jurisprudencia no sólo relativa a la obligación de garantía gira en torno a este principio de la efectividad, sino que el conjunto de la jurisprudencia sobre el contenido y alcance de los derechos lo hace. Esto es particularmente claro en el desarrollo de las ideas sobre “medidas especiales” respecto de grupos en situaciones de vulnerabilidad en sus derechos o personas sujetas a una condición particular; o el razonamiento sobre la responsabilidad que otorga un rol preventivo a la actividad del Estado, pudiendo éste incurrir en responsabilidad aun sin que se produzca daño alguno para el titular de derechos. Todo este sistema apunta a la efectividad de la Convención respecto de cada persona titular de derechos en nuestra región.

Finalmente, en materia de restricciones del pleno goce y ejercicio de los derechos, también hay algunas cuestiones interesantes que surgen de la jurisprudencia de la Corte. El principal aspecto que me interesa destacar aquí es la forma en que la Corte va endureciendo las condiciones de validez de las medidas de restricción al momento de aplicarlas a cada caso concreto, más allá del texto normativo. Sin duda que la Corte es conciente que la restricción de derechos es legítima, pero su test es más estricto del que aparece en el texto convencional. Esto es evidente en dos derechos que aquí se han analizado y que responden a lógicas distintas, pero con un similar tratamiento de la Corte. Por una parte la libertad de expresión, cuya restricción es más estricta atendida su vinculación con el sistema democrático; por otra, el derecho a la propiedad, cuya restricción también se hace estricta aunque no tenga este componente social de que sí es titular el derecho a la libertad de expresión. De esta forma, las restricciones de derechos bajo un cierto prisma de estrictez parecen ser una constante en la Corte y obedecen a una lógica única: lo normal es el pleno goce y ejercicio de los derechos, su restricción siempre es excepcional y debe ser rigurosamente justificada por el Estado, tanto en la dictación de la medida como en su implementación.

DOCTRINA

BAYEFSKY, A., “The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, Vol. II No.1-2, 1990.

CHARLESWORTH, H., “What are Women’s Human International Rights?”, en: COOK, R., *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 1994.

- FERRAJOLI, L., "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, M. (ed.), *Neo constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- GARRETÓN, M. A., "Cambios sociales, actores y acción colectiva en América Latina", en *Serie Políticas sociales*, CEPAL, N° 56, 2001.
- DWORKIN, R., *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, 2003.
- MEDINA, C., "The Inter-American comision on Human Rights and Women, whit Particular Reference to Violence", en Castermans-Holleman Monique, Van Hoof Fried and Smith Jaqueline (eds.) *The Role of the Nation State in the 21st Century. Human Rights Organizations and Foreign Policy. Essays in Honor of Peter Baehr*, Kluwer Law International, La Haya, (1998).
- , *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- RODLEY, N., *The treatment of prisoners under International Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2002.
- NASH, C., *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, 2004.
- , "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004", en *Anuario de Derechos Humanos 2005*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl am Rhein; Strasbourg; Arlington: Engel, 1993.
- PALACIOS, P., *La No Discriminación, Estudio de la del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*, LOM ediciones Ltda., Santiago, 2006.
- VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, La Haya - Londres - Boston, cuarta edición, 2006.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Opiniones consultivas citadas

- 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.
- La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.
- La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A, No. 6.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17.
- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.

Sentencias definitivas citadas

- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C, No. 4.
- Caso Godínez Cruz vs. Honduras.* Sentencia 20 de enero de 1989. Serie C, No. 5.
- Caso Gangaram Panday vs. Honduras.* Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, No. 16.
- Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33.
- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52.
- Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69.
- Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72.
- Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.* Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73.
- Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74.
- Caso Barrios Altos vs. Perú.* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75.
- Caso "Cinco Pensionistas" vs. Colombia.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No. 98.
- Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.* Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, No. 99.
- Caso Bulacio vs. Argentina.* Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, No. 100.
- Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Interpretación de Sentencia,* Sentencia de 26 de noviembre de 2003, Serie C, No. 102.
- Caso Maritza Urrutía vs. Guatemala.* Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, No. 103.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.
- Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay.* Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, No. 112.
- Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114.
- Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, No. 119.
- Caso Huilca Tecse vs. Perú.* Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C, No. 121.
- Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125.
- Caso Yatama vs. Nicaragua,* Sentencia 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127.
- Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana,* Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, No. 130.

- Caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C, No. 137.
- 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*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146.
- Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, No. 148.
- Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149.
- Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, No. 152.
- Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160.
- Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 164.
- Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, No. 166.
- Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, No. 167.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, No. 170.

296 blanca

ÍNDICE ANALÍTICO

- A**
- Admisibilidad 71
agotamiento de los recursos internos 55, 65, 73
Autogobierno 14
- B**
- Bloque de Constitucionalidad 91, 97
- C**
- CADH 34, 38, 41, 44, 52, 55, 69, 71, 72, 73, 76, 77, 80, 147, 150, 164, 169, 170, 175, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 192, 193, 194, 195, 196, 202, 205, 206, 207, 208, 213, 227, 228, 230, 238, 239, 241, 245, 246, 247, 248, 249, 254, 257, 267, 269, 270, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 284, 287, 289
CDH 35, 36, 37, 43, 46, 54, 55, 58, 63, 64, 65
Comisión Interamericana 58, 66, 68, 69, 71, 76, 77, 97, 98, 112, 120, 142, 163, 165, 168, 188, 209, 241
Comité de Derechos Humanos 35, 36, 37, 46, 54, 58, 62, 63, 66, 73, 76, 165, 293
Competencia 64, 71, 72, 73, 78
competencia 11, 15, 58, 63, 64, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 84, 85, 87, 118, 119, 122, 178, 193, 194, 202, 204, 238, 240, 241, 260, 284, 285
concepción 8, 11, 14, 91
concepto 5, 9
condiciones de vida 12, 176, 178, 179, 192, 193, 202, 203, 204, 205, 206, 219, 235, 237, 245, 255, 256
Convención Americana sobre Derechos Humanos ix, xi, 27, 44, 55, 68, 69, 72, 76, 78, 98, 99, 133, 151, 157, 159, 160, 164, 169, 188, 189, 201, 227, 241, 242, 248, 256, 264, 293
Corte Interamericana ix, x, xi, 1, 27, 32, 33, 34, 37, 42, 46, 49, 51, 52, 54, 55, 58, 68, 69, 70, 71, 75, 77, 89, 96, 97, 109, 114, 120, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 138, 155, 158, 159, 163, 164, 169, 170, 211, 212, 213, 214, 225, 227, 228, 236, 240, 241, 243, 247, 274, 291, 293
crímenes contra la humanidad 82, 83, 223
Crímenes de guerra 84, 86
crímenes de guerra 82, 85, 86, 87
Crímenes de lesa humanidad 84, 86
crímenes de lesa humanidad 36, 85, 86, 217
cuasi-judicial 58, 62, 68, 70
cuasi-jurisdiccional 120
- D**
- Democracia 14
democracia xi, 8, 9, 10, 11, 12, 106, 152, 153, 154, 156, 199, 216, 217, 220, 234, 271, 279, 280, 282, 291
derecho a la vida 33, 34, 35, 39, 44, 73, 112, 117, 134, 142, 163, 175, 176, 177, 178, 179, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 229, 230, 231, 238, 248, 249, 254, 255, 256, 257, 259, 277
Derecho Internacional de los Derechos Humanos 1, 25, 29, 51, 96, 130, 158, 225, 236, 237, 263

- derechos fundamentales 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 91, 92, 93, 94, 95, 97
- derechos humanos 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 13, 15, 17, 32, 36, 37, 93, 94, 95, 97
- derechos indígenas x, xi, 164, 180, 183, 186, 188, 195, 208, 209
- derechos prestacionales 30, 32
- DIDH 1, 2, 3, 4, 5, 7, 10, 16, 26, 27, 37, 39, 55, 88, 155
- Dworkin 8, 9, 13
- E**
- efectividad 11, 26, 31, 104, 120, 123, 137, 172, 177, 180, 181, 182, 184, 203, 205, 231, 239, 248, 256, 268, 270, 281, 291, 292
- estado de cosas inconstitucional 17, 92
- F**
- fuerza vinculante 21
- funciones 2, 92, 93
- G**
- garantía* 32
- garantía 7, 10, 13, 15, 17, 26, 27, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 43, 53, 56, 89, 92, 104, 112, 113, 116, 119, 124, 147, 148, 149, 168, 175, 177, 178, 180, 194, 202, 203, 204, 205, 212, 213, 214, 215, 218, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 235, 237, 239, 247, 251, 253, 256, 267, 276, 277, 279, 290, 291, 292
- garantía de no repetición 56, 119, 147
- garantías de no repetición 114, 119, 130, 144, 145, 146, 147, 243
- I**
- Igualdad 169
- igualdad xii, 3, 5, 6, 9, 11, 12, 26, 30, 35, 37, 38, 40, 43, 83, 90, 109, 121, 122, 124, 164, 165, 169, 183, 184, 185, 243, 253, 266, 267, 278, 279, 280, 281, 283, 286, 291, 292, 293
- Indemnización 159
- indemnización 55, 80, 98, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 150, 151, 173, 174, 185, 187, 188, 199, 200, 208, 209, 224, 287
- integridad personal 35, 44, 86, 112, 117, 142, 150, 186, 206, 207, 216, 233, 242, 243, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 259, 265, 277
- J**
- Judicial 53
- judicial 8, 9, 10, 13, 14, 30, 37, 71, 143, 149, 194, 217, 222, 242, 248, 264, 265, 266
- L**
- Legitimidad 15
- legitimidad 2, 5, 6, 7, 8, 10, 12
- libertad de expresión 12, 42, 112, 271, 272, 273, 274, 275, 291, 292
- M**
- medidas especiales 33, 34, 35, 43, 165, 166, 168, 178, 203, 204, 230, 248, 249, 250, 251, 253, 255, 257, 267, 282, 286, 292
- N**
- nacionalidad 27, 44, 67, 73, 183, 212, 278, 284, 285, 286
- No discriminación 97
- O**
- objetiva 92
- obligaciones positivas 33, 34, 91
- obligaciones prestacionales 30
- obligación prestacional 31
- orden público internacional 4, 22, 24
- P**
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 31, 36, 59, 63, 100, 166, 286
- particularidades culturales xi, 163, 169, 176, 177, 182, 185, 186, 199, 202, 255, 256, 257, 284

penal internacional 26, 80, 81, 83, 85, 225
 Político 5
 político 2, 3, 8, 12, 14, 20, 24, 25, 58, 60,
 61, 88, 106, 111, 114, 149, 152, 211,
 212, 221, 222, 273, 279, 280, 281,
 283, 291
 ponderación 91
 prestacional 30, 31, 32, 34
 prevención 26, 33, 36, 54, 147, 149, 177,
 179, 202, 205, 215, 233, 250, 256
 principios 5, 7, 8, 10, 13, 91, 94
 proporcionalidad 41, 42, 43, 45, 95, 258,
 264, 265, 281, 289

R

Rawls 2, 5, 10, 13
 regla de mayorías 10, 11
 reglas 11, 91
 reparación x, 55, 71, 114, 118, 119, 121,
 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133,
 134, 135, 136, 137, 142, 143, 144,
 145, 146, 147, 149, 152, 153, 154,
 155, 156, 186, 188, 208, 209, 214,
 224, 232
 Reparaciones 99, 135, 138, 153, 154,
 155, 159, 160, 161, 185, 186, 188,
 208, 225, 226, 293, 294, 295
 reparaciones x, 36, 55, 56, 71, 97, 118,
 119, 121, 125, 127, 129, 130, 131,
 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138,
 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145,
 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152,
 153, 154, 155, 156, 158, 163, 185,
 186, 187, 206, 208, 217, 220, 222,
 224, 295
respeto 30
 responsabilidad agravada 224, 225
 Responsabilidad internacional 29
 responsabilidad internacional xi, 15, 26,
 29, 34, 51, 52, 53, 54, 83, 121, 127,
 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135,
 147, 175, 178, 202, 204, 224, 229,
 230, 236, 237, 238, 239, 240, 245,
 253, 267
 Restitución 133
 restitución 55, 119, 130, 133, 289

restricción 37, 40, 41, 42, 43, 50, 173,
 184, 199, 225, 245, 264, 265, 270,
 273, 274, 275, 283, 289, 292

S

Satisfacción 145
 satisfacción 30, 55, 81, 119, 130, 144,
 145, 147, 176, 255
 situación xi, 4, 9, 11, 22, 25, 33, 34, 35,
 36, 37, 40, 42, 45, 53, 55, 57, 58, 61,
 65, 70, 80, 103, 106, 108, 109, 110,
 112, 118, 119, 121, 124, 131, 133, 134,
 135, 141, 146, 148, 154, 163, 166, 167,
 168, 169, 170, 172, 173, 176, 177, 178,
 179, 180, 182, 184, 185, 186, 193, 196,
 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205,
 206, 208, 213, 215, 220, 221, 227, 229,
 230, 231, 232, 244, 245, 247, 250, 251,
 252, 253, 254, 255, 256, 257, 265, 266,
 267, 269, 281, 282, 283, 284, 286
 subjetiva 92

T

Tortura 59, 62, 63, 68, 69, 72, 78, 155,
 221, 233, 242, 260
 tortura 1, 36, 40, 44, 63, 86, 211, 215,
 218, 223, 232, 235, 244, 247, 252,
 259, 260, 263

U

Uprimny 97

V

Vida 144
 vida 9, 12, 33, 34, 35, 36
 violación estructural 109
 violación grave 150, 206
 vulnerabilidad xi, 34, 42, 43, 109, 116,
 119, 169, 176, 178, 182, 185, 186,
 193, 203, 204, 205, 208, 219, 229,
 230, 231, 235, 250, 252, 255, 256,
 257, 286, 292

W

Waldron 7, 8, 11, 12

300 blanca

ÍNDICE

| | |
|------------------------|-------------------|
| PRESENTACIÓN | <i>Pág.</i> IX |
|------------------------|-------------------|

CAPÍTULO I

LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL Y SUS CONSECUENCIAS LEGITIMADORAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

| | |
|--|----|
| Introducción | 1 |
| I. Justificación del DIDH | 2 |
| 1. El rol primordial de los derechos humanos en el ámbito internacional hoy y la pregunta sobre la justificación de su obligatoriedad | 2 |
| 2. El DIP y los derechos humanos: hitos relevantes en materia de justificación | 3 |
| 3. Justificación positivista del DIDH | 4 |
| 4. Justificación del DIDH en base al principio del autogobierno | 5 |
| II. Consecuencias de justificar el DIDH a la luz del principio del autogobierno | 7 |
| 1. Discusión sobre la legitimidad del diseño institucional | 7 |
| 2. Críticas de Waldron | 7 |
| 3. Visión fuerte de los derechos: Dworkin | 8 |
| 4. Rawls y la tesis dualista de Ackerman | 10 |
| 5. La justificación sobre la base del principio del autogobierno | 10 |
| III. La respuesta al debate interno: un esbozo sobre la legitimidad de la praxis de protección internacional | 14 |
| 1. Autogobierno y derechos fundamentales | 14 |
| 2. Cuestiones sobre la legitimidad dentro del diseño institucional | 15 |
| 3. Un criterio básico de corrección: efectiva respuesta ante la realidad | 16 |
| Bibliografía | 17 |

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO

| | |
|--|----|
| I. El derecho internacional público y los derechos humanos | 20 |
| 1. Antecedentes remotos | 20 |

| | |
|--|----|
| 2. La historia reciente de la consagración internacional de los derechos humanos | 23 |
| 2.1. El fracaso de los mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos individuales | 23 |
| 2.2. El gran cambio para el derecho internacional: la experiencia de las guerras mundiales. | 24 |
| 3. Propósitos de la protección internacional | 26 |
| 4. La especial naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. | 27 |
| II. Los sistemas internacionales de responsabilidad estatal | 28 |
| 1. Normas Comunes | 29 |
| 1.1. Las obligaciones generales | 29 |
| 1.2. El catálogo de derechos y libertades consagrados internacionalmente | 38 |
| 1.3. Los límites legítimos: restricciones y suspensiones. | 40 |
| 1.3.1. Restricciones | 40 |
| 1.3.2. La suspensión temporal de obligaciones | 43 |
| 1.4. La interpretación. | 46 |
| 1.5. La responsabilidad internacional del Estado | 51 |
| 1.6. La obligación de reparar a la víctima | 55 |
| 2. Mecanismos de control internacional: órganos y procedimientos | 56 |
| 2.1. El sistema de Naciones Unidas. | 58 |
| 2.2. El sistema interamericano. | 67 |
| III. Responsabilidad penal internacional | 80 |
| 1. La justificación de la jurisdicción internacional y su evolución histórica | 81 |
| 2. Corte Penal Internacional. | 83 |
| 3. Crímenes internacionales. | 84 |
| IV. El impacto del sistema internacional en los sistemas nacionales, en particular la experiencia latinoamericana | 88 |
| Bibliografía | 95 |

CAPÍTULO III

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

| | |
|---|-----|
| Introducción | 103 |
| I. Evolución del sistema y su estado actual | 104 |
| 1. Algunas cuestiones que se desprenden de la evolución del sistema interamericano de derechos humanos. | 104 |
| 1.1. Objetivo del sistema: la protección efectiva de los derechos humanos | 104 |
| 1.2. Elementos que deben tenerse en consideración para evaluar la efectividad del sistema | 104 |
| 1.3. Evaluación del sistema interamericano de derechos humanos. | 106 |
| II. Una nueva realidad | 107 |
| 1. Un nuevo tipo de violación de derechos humanos: estructurales | 108 |
| 2. Interacción entre los sistemas nacionales y el sistema regional. | 110 |

| | |
|--|-----|
| 3. Un mayor conocimiento y uso del sistema interamericano por parte de la sociedad civil | 112 |
| III. Replanteándose la respuestas desde el sistema interamericano | 113 |
| 1. Normativo, sin cambios | 113 |
| 2. Órganos: redefiniendo los roles y las relaciones | 114 |
| 3. Procedimientos | 115 |
| 3.1. Protección de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través del sistema interamericano | 115 |
| 3.2. Problemas con la prueba | 116 |
| 3.3. Medidas provisionales | 116 |
| 3.4. Las <i>class action</i> | 118 |
| 3.5. Las medidas reparatorias | 119 |
| 3.6. El cumplimiento de sentencias | 120 |
| IV. Límite: legitimidad del sistema | 120 |
| 1. Los Estados | 121 |
| 2. La sociedad civil | 122 |
| V. Conclusiones preliminares | 123 |
| Bibliografía | 124 |

CAPÍTULO IV

LAS REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MUCHO MÁS ALLÁ DE LO ESPERADO

| | |
|--|-----|
| I. La responsabilidad y el deber de reparación en el derecho internacional público | 127 |
| 1. Nociones generales sobre la responsabilidad | 127 |
| 2. Nociones generales sobre las reparaciones | 129 |
| II. La responsabilidad del Estado en el derecho internacional de los derechos humanos | 130 |
| III. Consecuencias de la responsabilidad por violación a los derechos humanos | 131 |
| 1. Base normativa | 131 |
| 2. Hacia una noción de reparación | 132 |
| IV. Las modalidades que adopta la obligación de reparar | 134 |
| 1. Reparaciones materiales | 135 |
| 1.1. El daño emergente | 136 |
| 1.2. Lucro cesante o pérdida de ingresos | 138 |
| 1.3. El daño inmaterial | 140 |
| 1.4. Proyecto de vida | 144 |
| 2. Otras formas de reparación | 145 |
| 2.1. Satisfacción y garantías de no repetición | 145 |
| 2.2. Deber de actuar en el ámbito interno | 147 |
| 3. Los beneficiarios de las reparaciones | 149 |
| V. La responsabilidad por violaciones graves (gross) y sistemáticas de derechos humanos y la obligación de reparar | 152 |
| Bibliografía | 156 |

CAPÍTULO V
LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

| | |
|--|-----|
| I. Planteamiento general sobre la problemática indígena desde la perspectiva de los derechos humanos | 164 |
| II. La comisión interamericana de derechos humanos y los derechos indígenas | 165 |
| 1. Primera aproximación: la protección. | 165 |
| 2. Segunda aproximación: utilización del concepto de minorías. | 165 |
| 3. Tercera aproximación: enfoque de derechos y los indígenas como titulares de derechos generales y particulares | 167 |
| 4. Desarrollos recientes: el <i>Caso Dann y Comunidad Maya Toledo</i> | 167 |
| III. Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y los derechos humanos de los indígenas | 169 |
| 1. Antecedentes generales | 169 |
| 2. Derecho a la tierra | 169 |
| 3. Derecho a la vida | 175 |
| 4. Recursos efectivos | 180 |
| 5. Derechos políticos | 183 |
| 6. Reparaciones. | 185 |
| Bibliografía. | 188 |

CAPÍTULO VI
“CASO SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY”:
¿Dos pasos adelante y uno atrás?

| | |
|---|-----|
| I. Antecedentes de hecho | 191 |
| II. Temas que debía resolver la Corte | 192 |
| III. Procedimientos para reconocimiento y reivindicación | 193 |
| 1. Cuestiones generales | 193 |
| 2. Reconocimiento líderes | 193 |
| 3. Reconocimiento comunidad | 193 |
| 4. Proceso reivindicación | 194 |
| IV. Derecho de propiedad (artículo 21). | 195 |
| 1. Punto de partida del análisis | 195 |
| 2. Problema del caso: reconocimiento sin posesión y posesión de un tercero de buena fe | 197 |
| 3. Acciones para efectivizar el derecho. | 198 |
| V. Derecho a la vida (artículo 4). | 201 |
| 1. Centralidad del derecho a la vida y las obligaciones del Estado | 201 |
| 2. Atribución de responsabilidad internacional por las muertes de miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa | 202 |
| 3. Aplicación de los estándares generales al caso concreto | 205 |
| VI. Derecho a la integridad personal (artículo 5) | 206 |
| VII. Derecho al reconocimiento de la personalidad (artículo 3) | 207 |

| | |
|---|-----|
| ÍNDICE | 305 |
| VIII. Reparaciones | 208 |
| Jurisprudencia de la Corte Interamericana | 209 |

CAPÍTULO VII

“CASO GOIBURU VS. PARAGUAY”:

la justicia transicional en el banquillo de la Corte Interamericana

| | |
|--|-----|
| I. Antecedentes generales | 211 |
| II. El análisis de fondo de la sentencia | 212 |
| 1. Las obligaciones del Estado frente a casos de violaciones graves (gross) y sistemáticas de derechos humanos | 212 |
| 2. Algunas consideraciones críticas referidas a la caracterización que hace la Corte sobre las violaciones masivas y sistemáticas y su vinculación con procesos de democratización | 219 |
| 3. Aportes de la sentencia y resurrección de viejos temas en discusión | 222 |
| Doctrina | 225 |

CAPÍTULO VIII

ACIERTOS Y DESACIERTOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004-2007)

| | |
|--|-----|
| I. Antecedentes generales | 227 |
| II. Situaciones generales | 228 |
| 1. La obligación de garantía | 228 |
| 2. Responsabilidad internacional del Estado | 236 |
| 3. Derechos de las mujeres | 240 |
| 4. Personas privadas de libertad | 244 |
| 5. Niños y niñas | 247 |
| 6. Personas con discapacidad mental | 250 |
| III. Derechos y libertades | 254 |
| 1. Derecho a la vida | 254 |
| 2. Derecho a la integridad personal | 259 |
| 3. Libertad personal | 263 |
| 4. Derechos a un recurso en proceso penal | 267 |
| 5. Libertad de expresión | 269 |
| 6. Libertad de asociación | 275 |
| 7. Derechos políticos | 277 |
| 8. Derecho a la nacionalidad | 284 |
| 9. Derecho de propiedad y medidas cautelares | 287 |
| Doctrina | 292 |
| ÍNDICE ANALÍTICO | 297 |

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 10 de marzo de 2009 en los talleres
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, México, DF

La tipografía de este libro se realizó
con fuente ZapfEllipt BT en cuerpo
de 10/12 pts., caja de 28 x 45 picas.